



CARLOS ALBERTO BAPTISTA

CRIMINALIDADE CRESCENTE : ESTADO AUSENTE?

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre.
Curso de Pós-Graduação em Direito,
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais,
Pontifícia Universidade Católica do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Néfi Cordeiro

CURITIBA

2003

Dedico esta dissertação à minha mãe, *Alir*, pelo amor e pelo exemplo de honradez.

Aos meus filhos, *Alessandro* e *Diego*, razão e orgulho da minha vida.

Ao meu pai, *Orlando* (*in memoriam*), cuja saudade é eterna desde meus onze anos.

Ao meu padrasto, *Silvino* (*in memoriam*), pelo estímulo à dedicação ao estudo e à pesquisa.

SE LA GENTE USASSE IL CUORE

Se la gente usasse il cuore
per decidere con semplicità
cosa é giusto e cosa no
ci sarebbe tra noi
molta più felicità

Se la gente usasse il cuore
si aprirebbe un orizzonte migliore
troppa indifferenza c'è
prova a vincerla tu
che puoi farcela se vuoi

E cerca di esser tu
il primo che ci sta
a rinunciare un po'
per dare a chi non ha
basta poco a te
ma forse no lo sai
che quello che tu dai
è quello che tu avrai
Se la gente usasse il cuore
anche l'aria prenderebbe colore
cresca la speranza in noi
e in futuro vedrà
cieli di serenità

E non ti pentirai
se adesso ti aprirai
a chi non ce la fa
e soffre accanto a te.
Forse no lo sai
ma basta poco a te
per somigliare a un re
e il cuore vincerà
ma comincia ad esser tu a rinunciare un po'
per dare a chi non ha... forse non lo sai ma basta poco a te
per somigliare a un re
e il cuore vincerà.

(Tony Renis - Massimo Guantini - Alberto Testa)

SUMÁRIO

Introdução	1
1. Direitos Humanos Fundamentais e sua Efetivação	
1.1. Sobre o conceito de direitos humanos fundamentais.....	6
1.2. Direitos humanos fundamentais : de declarações à sua normatização.....	8
1.3. Sistema internacional de proteção.....	12
1.3.1. Tribunal Penal Internacional.....	13
1.3.2. Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	17
1.4. Instituições nacionais de efetivação.....	19
1.4.1. Poder Judiciário.....	19
a. Crise(?) do Judiciário : (des)efetivação dos direitos humanos fundamentais.....	21
b. O papel do Juiz : (des)efetivando os direitos humanos fundamentais.....	26
1.4.2. Ministério Público : promotor da efetivação.....	31
1.5. Direitos sociais : da sua normatização à sua eficaciabilidade.....	38
2. Caracteres Evolutivos da Instituição Estatal	
2.1. A gênese do estado organizado.....	51
2.2. O Estado Absoluto.....	59
2.2.1. Sobre o conceito de Absolutismo.....	60
2.2.2. A lei no contexto absolutista.....	61
2.3. O Estado Liberal : Estado de Direito.....	65
2.3.1. Surgimento e consolidação do Estado Liberal.....	68
2.4. Montesquieu e a separação de poderes.....	70
2.5. O Estado visto por Hegel e Marx.....	76
2.6. O Estado Social.....	79
2.6.1. A Evolução do Estado Liberal para o Estado Social de Direito no Brasil.....	82
2.7. Instituição de um Estado de Bem Estar Social - <i>Welfare State</i> - Estado Providência.....	84
2.8. Estado Democrático de Direito.....	87
2.9. Neoliberalismo.....	89
2.9.1. Neoliberalismo e políticas governamentais no Brasil.....	92
2.10. Globalização.....	96
2.11. O Pensamento de Sigmund Freud (1856-1939).....	99
3. Segurança Pública - sua complexidade, seus desafios	
3.1. (In)Segurança pública.....	101
3.2. A violência, o medo, a insegurança.....	110
3.3. O fim da inocência : menoridade penal - uma visão jurídica ou cultural?.....	115
3.4. A criminalidade no Brasil.....	120
3.5. Mídia : espelho ou espectro?.....	123
3.6. Diagnóstico da segurança pública nacional : falência múltipla de órgãos.....	127
3.7. Polícia : conflitos, realidades e desconfianças.....	132
3.8. Políticas públicas.....	140
4. Aspectos da Política Criminal	
4.1. Considerações iniciais.....	147
4.2. O fenômeno do crime na atualidade e o expansionismo do Direito Penal.....	151
4.3. Sobre o conceito de política criminal.....	164
4.4. Movimentos de política criminal.....	168
4.5. O Direito Penal de "Duas Velocidades" segundo Jésus-María Sánchez.....	171
4.6. O "Direito Penal de Intervenção" segundo Winfried Hassemer.....	174
4.7. A Decantada "(In)Tolerância Zero" como nova razão penal ou de máxima discriminação.....	177
4.8. A Nova Prevenção (<i>Nouvelle Prévention</i>).....	182
5. Alguns Princípios Limitadores do Processo de Criminalização	
5.1. Sobre o conceito de princípios.....	186
5.2. A importância dos princípios para o Direito.....	187
5.3. Princípio da Proporcionalidade.....	194
5.4. Princípio da Intervenção Mínima.....	199
5.5. Princípio da Subsidiariedade/Fragmentariedade.....	211
5.6. Princípio do Devido Processo Legal Substantivo.....	212
6. O Poder Judiciário e o Ministério Público : atuação criminal, operacionalizando o social	
6.1. Considerações iniciais.....	219
6.2. O Magistrado com atuação na área criminal : seu papel na sociedade atual.....	227
6.3. O Promotor de Justiça com atuação na área criminal : seu papel na sociedade atual.....	239
Considerações finais	246
Referências Bibliográficas	248

RESUMO: A presente dissertação concentra-se na criminalidade, presente cada vez de maneira mais preocupante no cotidiano das pessoas, e o papel do Estado, em suas diferentes esferas, no que diz respeito à adoção de medidas razoáveis, justas, igualitárias e eficazes no controle daquela; desenvolvendo não somente uma política criminal científicizada, séria e não simbólica neste sentido, como também através da maximização da eficácia dos direitos humanos fundamentais (em suas diversas dimensões), destacando-se aqueles catalogados (na segunda dimensão) como "sociais prestacionais" ("A melhor política criminal é a política social.") que exigem do Estado a colocação à disposição das pessoas, de prestações de natureza jurídica e material, viabilizando o efetivo exercício das liberdades fundamentais em obediência ao princípio universal da dignidade humana. Tudo desenvolvido ao encontro dos anseios de segurança da população, como também através da conscientização e chamamento da sociedade civil para, engajando-se com a sociedade política, contribuir de maneira desapaixonada com as medidas necessárias à busca da paz social.



Palavras-Chave : criminalidade - direitos humanos fundamentais - direitos sociais - Estado - sociedade civil - segurança pública - polícia - mídia - política criminal - princípios constitucionais - expansionismo - Ministério Público - Poder Judiciário - efetivação.



ABSTRACT: This dissertation is focused in criminality is present in people's daily lives in a very preoccupying way, and the state's role in its different spheres of action, regarding to adoption of reasonable, fair, egalitarian, and effective measures to control it, developing not only a non-symbolic, serious and notifying criminal policy in this sense, but also increasing the effectiveness of the fundamental human rights (in its diverse dimensions), pointing out those catalogued ones (in the second dimension) as "social renderings" ("The best criminal policy is the social one.") that require the State to release the material and juridical renderings to people, making the effective practice of the fundamental liberties in obedience to the human universal dignity principle developed according to the population security wishes, and also through the awareness and convocation of the civil society to contribute, by engaging to the political society, to the necessary measures to achieve the social peace in a dispassionate way.

Key-words: criminality - fundamental human rights - social rights - State - civil society - public security - police - media - criminal policy - constitutional principles - expansionism - Public Prosecution Service - Judiciary Power - effectuation.

INTRODUÇÃO

Assunto de crepitantes discussões, hodiernamente tem-se as questões de direitos humanos fundamentais e de segurança pública, as quais podem ser analisadas sob o enfoque das políticas sociais e da política criminal.

As primeiras, pela atual fase histórica de sua identificação e fundamentação com reconhecimento universal, normatização internacional e constitucionalizações domésticas a impor uma nova fase, a de sua efetivação, o que vem desnudar a inadequação do modelo de Estado atual a dar cumprimento a este mister.

A segunda, pelo recrudescimento dos índices de criminalidade (organizada e de massa), agravado pela sensação de insegurança subjetiva da sociedade, levando as pessoas ao cometimento de mais atos de violência, “privilégio” este em que o Brasil não aparece isolado, inclusive com organizações transnacionais, como é o caso do tráfico de drogas internacional, mola impulsora de inúmeras outras infrações no âmbito doméstico.

Estes dois tópicos apresentam-se extremamente relevantes para análise e impondo necessidades de mudanças; não somente no ordenamento jurídico, mas também na estrutura do Estado, como ainda no comportamento da própria sociedade. A segurança pública é dever do Estado, como é direito e responsabilidade de todos (art. 144, *caput* – CR/88).

Vivencia-se, atualmente, máxime a partir do último decênio do século transato, a consolidação no ordenamento jurídico interno, a partir de sua constitucionalização, a exemplo de inúmeros outros países, dos direitos humanos internacionalizados através de diplomas legais – convenções, tratados e pactos - alguns dos quais o Brasil já era signatário. De fórmulas abstratas de que se constituíam, fruto do movimento de universalização dos direitos humanos decorrente das atrocidades e horrores praticados no nazismo, adquiriram caráter concreto de normas jurídicas positivas, consequência da subjetivação e positivação dos direitos com sua enunciação constitucional (v.g. vide art. 5º e

parágrafos – CF/88). Estrutura-se, assim, um arcabouço garantista que objetiva possuir como conteúdo a efetivação dos direitos humanos.

Embora partícipes de um Estado Democrático de Direito, possuidor de base constitucional, em que o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito de direitos fundamentais, verifica-se um cotidiano desrespeitar destes por parte daquele, tendo como consequência a produção de cada vez maior graus de injustiças sociais. Este modelo de Estado – Democrático de Direito - sofre atualmente grandes abalos e sérias ameaças, decorrentes da ordem política internacional, em especial da atividade econômica-empresarial, relativizando a soberania e enfraquecendo o sistema constitucional, alheio à formatação de um processo de exclusão. A crise do capitalismo concorrencial não oferece respostas para tantos problemas sociais.

Também como consequência da pauperização do povo, fruto das injustiças sociais, nos defrontamos com o recrudescimento da criminalidade a vitimar cada vez mais, não só a classe mais abastada socialmente como ocorria antes, mas agora também todos aqueles vulnerabilizados pela omissão dos encarregados de fazer a efetivação dos direitos humanos mais elementares.

Um dos temas de maior discussão atualmente refere-se mesmo à questão da segurança pública, fragilizada neste contexto de políticas inadequadas, irreais e ilusórias, buscadas pelo administrador público e normatizadas pelos legisladores, na contra-mão das mais modernas concepções universais sobre aquela.

Diante de tal quadro, tem-se um Estado na dupla e ambígua posição de fomentador de situações que geram ambiência propícia para o aumento da insegurança pública, e de algoz a atuar severamente contra aqueles que se insurgem premidos pelas necessidades não satisfeitas em face da omissão daquele. E mais, passa este mesmo Estado a omitir-se ou a atuar de maneira incompetente na proteção dos demais membros da sociedade que sofrem as mais variadas violências por parte destes excluídos.

Defronta-se, também, com uma sociedade nesta mesma posição de duplicidade e ambigüidade, pois, cada vez mais individualista, des-solidarizada,

em constante busca da satisfação de desejos materiais, sem preocupar-se com as pessoas próximas, onde se deteriora o capital social sem a reposição necessária para balizar o comportamento das gerações futuras, e desta maneira contribuindo para a manutenção das práticas de atos infracionais, ao mesmo tempo em que clama por medidas mais eficazes por parte dos órgãos de repressão, vistas estas como sendo somente através de novas incriminações e de graduação mais severa das penas, máxime da privativa de liberdade.

Assim, este será o tema principal do estudo, objeto das páginas seguintes, procurando identificar a atual posição dos direitos humanos fundamentais no contexto da mundialização das sociedades democráticas, objeto de um capitalismo neoliberal caracteristicamente agressivo, gerando efeitos perversos e de exclusão social.

Como compatibilizar a observância dos direitos humanos fundamentais – universalizados, normatizados, constitucionalizados - com sua efetivação, missão não cumprida pelo Estado através de políticas sociais, com a adoção de medidas necessárias e suficientes para fazer minimizar o quadro de insegurança pública que paira sobre a sociedade? Como legitimar a atuação estatal na criminalização e apenamento de condutas para as quais ele mesmo exerce papel fomentador? Como propiciar proteção aos demais segmentos da população que, embora vitimados pelas injustiças sociais decorrentes da omissão do Estado, mantém condutas ordeiras, sofrendo uma segunda vitimização por parte dos que assim não agem? Como produzir uma cultura de co-responsabilidade, solidarização, dos membros da sociedade com relação à segurança pública que é de todos? Como propiciar a necessária integração entre sociedade civil e sociedade política na condução das questões de segurança pública dentro de critérios de razoabilidade e eficaciabilidade? Estas e outras indagações são objeto de constantes incertezas e angústias das pessoas, ante à nebulosa previsão do futuro, da visão obnubilada que advém desta situação, tendo consciência de que da sementeira feita agora, poderá advir boa ou má colheita em termos de segurança pública.

Isto posto, procura-se no presente trabalho, somente sob o critério de fornecer informações gerais de cada tópico, desenvolvê-lo em seis capítulos, cada um abordando temáticas ligadas diretamente ao título.

No primeiro capítulo - *Direitos Humanos Fundamentais e sua Efetivação* - procura-se realizar um bosquejo histórico das conquistas desses direitos em suas várias "gerações", saindo da sede de meras declarações humanitárias e atingindo o necessário grau de normatividade, embora com densificações diferentes, tanto em nível global, como regionais e locais, com maior ênfase às dificuldades de efetivação dos direitos ditos sociais.

No segundo capítulo - *Caracteres Evolutivos da Instituição Estatal* - procurou-se fazer uma abordagem temporal do surgimento e consolidação desta complexa instituição sob as várias visões teóricas e fases de existência, muitas vezes vista como ineficaz no que se refere ao alcance do bem-estar da coletividade que o compõe, bem como suas relações com a sociedade dentro de cada enfoque teórico.

No terceiro capítulo - *A Segurança Pública - sua complexidade, seus desafios* - poder-se-á constatar que as dificuldades enfrentadas para a obtenção da "verdadeira segurança", quando não latentes, são extensas demais para serem compreendidas numa rápida análise e que o arcabouço que a compõe necessita de ajustes a fim de torná-lo eficaz no controle da criminalidade, sem imputar o quadro atual à omissão única do Estado, embora o principal, mas de tudo e todos que dele fazem parte.

No quarto capítulo - *Aspectos da Política Criminal* - busca-se trazer ao leitor as dificuldades em se delimitar a senda de aplicação das políticas, variáveis em decorrência das particularidades de cada fase histórica sócio-econômico-cultural, quer em sede preventiva, quer em sede repressiva, de maneira a compatibilizar as necessidades de controle da criminalidade com a observância irrestrita dos direitos fundamentais, engajada numa interdisciplinariedade que se faz necessária.

No quinto capítulo - *Alguns Princípios Limitadores do Processo de Criminalização* - são abordados somente alguns dos vários princípios insertos na

construção constitucional explícita ou implícita, os quais servem de balizadores não só para a atuação dos julgadores e operadores jurídicos, mas também, e em especial, aos legisladores, a fim de impedir uma atividade legiferante irrazoada, casuística, simbólica, ineficaz e afastada do buscado Direito penal humanitário.

No sexto capítulo - *Poder Judiciário e Ministério Público - atuação criminal, operacionalizando o social* - faz-se considerações acerca da atual relevância do poder estatal e do órgão institucional como instrumentos de filtragem da violência decorrente da estrutura do sistema penal, tendo em conta sua característica de seletividade, entre outras, bem como a situação de desigualdades vicejante no país, que produz vítimas sociais e cria uma realidade propícia para mais violência, fomentando desvios os mais variados.

Capítulo I

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SUA EFETIVAÇÃO

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. (Norberto Bobbio)

1.1. SOBRE O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Conceituar ou definir algo de maneira conclusa e livre de discordância constitui tarefa inatingível.

No caso dos direitos humanos, a imprecisão já principia pela variedade terminológica¹, podendo-se citar, v. g.: *direitos do homem* e *direitos fundamentais*; *direitos do homem* e *direitos do cidadão*; *direitos naturais* e *direitos civis*; *direitos civis* e *liberdades* ou *direitos políticos*; *direitos civis* e *direitos* ou *liberdades individuais*; *direitos* e *liberdades públicas*; *direitos* e *garantias*; *direitos fundamentais* e *direitos de personalidade*; *direitos, liberdades e garantias* e *direitos econômicos, sociais e culturais*; *direitos fundamentais* e *garantias institucionais*².

A dificultar ainda mais a precisão de um conceito de direitos humanos fundamentais, está o fato de que estes se apresentam em cada fase da

¹ "Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados." SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1992, p. 163-164.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 517-521.

evolução histórica da humanidade³, com modificações significativas⁴ – gerações de direitos - quer em termos qualitativos, quer em termos quantitativos.

Alexandre de MORAES posiciona-se nos seguintes termos: “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana poder ser definido como *direitos humanos fundamentais*.”⁵

Este mesmo constitucionalista pátrio traz à colação o autor Pérez LUÑO, que define os direitos fundamentais do homem como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”⁶.

Embora considerando que os *direitos fundamentais*, sob o ponto de vista histórico, são *direitos humanos*, segundo Willis Santiago GUERRA FILHO⁷, para estudá-los sincronicamente, devemos fazer a distinção entre ambos. Os primeiros como manifestações positivas do Direito e desta maneira produzindo efeitos jurídicos; os segundos como pautas ético-políticas – “direitos morais” – supra-positivas.

³ “Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. A expressão ‘direitos do homem’, que é certamente enfática - ainda que oportunamente enfática -, pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 15. Tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Editora Campus, 1992, p. 32.

⁴ “Os direitos ampliam-se, estendem-se, condicionam-se, adensam-se nos que se seguem e que se põem como *plus* em relação ao que se tinha anteriormente”. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para eficácia dos direitos fundamentais*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 16, p. 39-58.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Editora Atlas, 1997, p. 39.

⁶ *Op. cit.*, p. 40.

⁷ *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2001, p. 37.

Para Uadi Lammêgo BULOS, o emprego da locução *direitos fundamentais do homem* refere-se ao "complexo das prerrogativas e institutos inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência digna, livre e igualitária de qualquer indivíduo, independentemente de credo, raça, origem ou cor"⁸. São estes direitos *fundamentais*, por constituírem a normatividade necessária a dar concretude aos anseios com merecimento de tutela constitucional, propiciando a realização, convivência e sobrevivência da pessoa humana.

São considerados fundamentais em duplo sentido jurídico: "são essenciais aos homens em sua vivência com outros, fundando-se neles, em seu respeito e acatamento, as relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado; são eles que dão os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos)"⁹. Na análise desses dois sentidos se verifica a conjugação das dimensões dos direitos fundamentais, individual e coletivamente considerados, a impor em determinadas situações abstenha-se o Estado de interferir na esfera privada dos homens respeitando suas liberdades, ou a atuar através de prestações, viabilizando a estes mesmos homens os meios necessários para fruir integralmente destas liberdades.

1.2. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: DE DECLARAÇÕES À SUA NORMATIZAÇÃO

Decorrente do princípio da universalização¹⁰, os direitos humanos fundamentais, até então considerados somente de forma declaratória –

⁸ *Constituição federal anotada*. São Paulo : Editora Saraiva, 2000, p. 69.

⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰ "A universalização da positividade dos direitos fundamentais quer através da generalização do 'catálogo' de direitos entendido como núcleo material das constituições escritas, quer

Declaração Universal/48¹¹ – com vinculação estritamente moral dos Estados partes, foram objeto da formação de uma sistematização normativa internacional – internacionalização - com a juridicização das declarações o que transformou os vínculos em jurídicos dando origem ao Direito Internacional dos Direitos Humanos¹² (*International Human Rights Law*), como novo ramo do Direito Internacional Público, operadas distinções¹³, “cuja finalidade precípua consiste na concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais tuteladoras de bens da vida primordiais (dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral, entre outros) e previsões de instrumentos políticos e jurídicos de implementação dos mesmos”¹⁴.

Esta sistematização internacional também veio atender ao surgimento de uma nova gama de direitos, cuja multiplicação ocorreu de três modos¹⁵: “a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos

através da internacionalização convencional dos direitos pessoais e políticos, dos direitos econômicos, sociais e culturais que apontam, decisivamente, para a idéia de que aqui reside uma última *racionalidade* moderna compatível com pretensões universalistas. Para além das *práticas* plurais e da pluralidade da posição dos observadores, os direitos fundamentais postulam um *princípio* universalista. Em síntese e para terminar: as normas de direitos fundamentais assentam na realização do *princípio da universalização*, porque uma norma não pode ter pretensão de validade a não ser que todas as pessoas que podem ser abrangidas por ela estejam (ou possam estar) de acordo enquanto participantes, numa discussão prática sobre a validade dessa norma.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano IV, n. 45, p. 40, set. 2000.

¹¹ “A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e a partir da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais.” GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

¹² “O moderno Direito Internacional dos Direitos humanos é um fenômeno do pós guerra. Seu desenvolvimento poder ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.” Thomas Buerghental. *International human rights*. St. Paul: West Publishing, 1988, p. 17, *apud* STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

¹³ “Enquanto as relações regidas pelo Direito Internacional Público ‘são marcadas pela reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, disciplinando relações em que são eles, exclusivamente, sujeitos ativos e passivos de direito’, as relações regidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos têm por objetivo ‘estipular os direitos fundamentais do ser humano e garantir seu exercício, geralmente tendo o Estado como obrigado’. É dizer, a salvaguarda é dos direitos fundamentais dos seres humanos e não das relações entre os Estados.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988*. Revista Jurídica, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 278, p. 41, dez. 2000.

¹⁴ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p. 68.

diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc.”¹⁶.

Este sistema normativo de proteção dos direitos humanos fundamentais, com abrangência global, espraia-se nos níveis regional e local.

No sistema normativo global há a coexistência de instrumentais que possuem alcance geral (sistema geral) e outros cujo alcance é específico (sistema particular ou especial), dirigindo-se aqueles à proteção de toda e qualquer pessoa indeterminadamente (v. g. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, *et alii*), e estes a determinadas pessoas especificadamente (v. g. Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, Convenção sobre os Direitos da Criança, *et alii*).

No âmbito regional, encontra-se um Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, atualmente implantados o europeu (Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais – 1950), o interamericano (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica – 1969) e o africano (Carta Africana de Direitos Humanos – 1981), um incipiente sistema árabe (Carta Árabe de Direitos Humanos – 1994 – ainda não em vigor) e uma proposta de sistema asiático, os quais buscam

¹⁶ “Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdades – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da ‘pessoa’ –, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. [...] Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, como base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc.” BOBBIO, *op. cit.*, p. 69.

“internacionalizar os direitos humanos a nível regional”¹⁷, complementarmente ao Sistema Global, adotando o seu disciplinamento e fazendo uma especificidade de seu conteúdo no âmbito regional, o que acarreta uma ampliação e um fortalecimento da proteção dos direitos humanos.

Ambos os sistemas, global e regional, não são excludentes, estanques, divorciados, mas complementares; embora possuindo cada um uma estrutura jurídica própria¹⁸, compondo “o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional”¹⁹.

Os direitos fundamentais do homem são o coração – órgão dominante e diretor das ações – de uma Constituição cuja alma é o Direito e a forma é a lei²⁰. Assim, a constitucionalização²¹ de tais direitos se faz mister para a consolidação de um Estado Democrático de Direito, como é o que se pretende para a nossa pátria (art. 1º, *caput* – CR/88), passando os mesmos a constituir um arcabouço principiológico a ser observado na interpretação do texto²². Está a positivação destes direitos na esfera local, diretamente ligada ao momento histórico de um determinado país, pois de sua essência é a necessidade da presença de um Estado Constitucional Democrático. A respeito, examinando o assunto com profundidade, leciona Ingo Wolfgang SARLET:

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do

¹⁷ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸ “Percebe-se, assim, que os instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos formam um complexo conjunto de regras, que apresentam diferentes âmbitos de aplicação e, por vezes, distintos destinatários.” PIOVESAN, Flávia. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 3, n. 3, p. 29, out./dez. 1994.

¹⁹ PIOVESAN, *O sistema interamericano...*, p. 24.

²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 42.

²¹ “Designa-se por *constitucionalização* a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh).” CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 498.

²² “Para captar o sentido de qualquer disposição do texto constitucional deve-se, portanto, ter em mente toda essa série de direitos fundamentais que, acima de tudo, se pretende sejam preservados no âmbito do estado brasileiro, com base nos princípios e objetivos fundamentais declarados no Título I da CR. [...] Além disso, há que se situar os direitos fundamentais dentro de concepções diversas a respeito do Estado e da Constituição, enquanto marco conceitual básico para uma *teoria do estado* e para a *teoria constitucional* (Verdú, 1977, p. 406 s.). Aqui importa centrar a atenção naquela formação estatal que se apresenta contemporaneamente como a mais difundida e em pleno processo de expansão: a do Estado democrático (e Social) de Direito.” GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 30-31.

Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.²³

Um sistema de direitos fundamentais, por sua vez, constitui uma das dimensões fundamentais do princípio do Estado de direito.²⁴

1.3. SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO

Os direitos humanos fundamentais tiveram sua universalidade de valores reconhecida no plano internacional quando, ainda sob o horror das atrocidades da 2ª Guerra Mundial, foi aprovada por 48 Estados, na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Até então as declarações de direitos tinham base em teorias filosóficas ou decorriam de manifestações do legislador ao positivá-los, mas neste caso produziam efeitos jurídicos somente no âmbito restrito do Estado que o acolhia. Com aquela declaração, a consensualidade – *consensus omnium gentium* - dos valores passa a ser universal e positiva²⁵.

Desta maneira, reconhecidos universalmente – princípio da universalidade²⁶ - a proteção dos direitos humanos fundamentais não mais deve ficar circunscrita tão somente ao âmbito tutelar do Estado, embora este seja o seu

²³ *Op. cit.*, p. 62.

²⁴ Vide: CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 362.

²⁵ “[...]universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.” BOBBIO, *op. cit.*, p. 30.

²⁶ Vide: CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 554-555.

garantidor por excelência²⁷, espraçando-se à ordem internacional de incidência garantista. Disto resulta, como traz a ensinamento Flávia PIOVESAN²⁸, duas conseqüências: a relativização da soberania do Estado²⁹, até então tida como absoluta, frente à possibilidade de intervenção interna para a proteção destes direitos, em especial quando violados; e a nova concepção do indivíduo como sujeito de direito internacional.

1.3.1. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Criado através do chamado Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998, com 07 votos contrários (dos Estados Unidos, da China, da Índia, de Israel, das Filipinas, do Sri Lanka e da Turquia) e 21 abstenções, mas com 120 votos a favor, pela Conferência³⁰ Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, tem-se agora o Tribunal Penal Internacional com a finalidade de dar proteção à pessoa humana, da sua dignidade e de seu bem-estar, atendendo à atividade de garantia implementada internacionalmente, eis que as atividades de promoção e controle já vinham ocorrendo na tutela dos direitos do homem³¹.

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Globalização e direitos humanos*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 33, p. 48, 2000.

²⁸ PIOVESAN, *O sistema interamericano...*, p. 19.

²⁹ Vale trazer a colação o afirmado pelo Secretário Geral das Nações Unidas, no final de 1992: “Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania [...]. Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional.”

³⁰ “[...] enquanto se realizava a conferência histórica e como forma de pressionar os que dela participavam, cerca de 5.000 pessoas procedentes das várias partes da Itália atenderam ao convite da *Anistia Internacional* para o *tutti per terra* e tendo como cenário o sugestivo Foro Imperial, se deitaram no chão, como forma de pedir que fosse aprovada a instituição do Tribunal Penal Internacional. A palavra de ordem foi ‘giro giro tondo, casca il mondo, casca la terra, tutti giù per terra’. E um tapete humano se fez, em silêncio sepulcral, por 08 minutos, de reverência a todos aqueles que ainda hoje estão à espera de que se faça justiça contra violadores dos direitos humanos.” DAHER, Marlusse Pestana. *Tribunal Penal Internacional*. Revista Jurídica, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 258, p. 62, abr. 1999.

³¹ “As atividades até aqui implementadas pelos organismos internacionais, tendo em vista a tutela dos direitos do homem, podem ser consideradas sob três aspectos: *promoção, controle e garantia*. [...]”

Uma corte penal internacional já era prevista desde 1948, através da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, para o julgamento deste tipo de infração, embora já antes da Segunda Grande Guerra fosse suscitada a criação de um Tribunal nestes moldes (v. g., Tribunal Arbitral Permanente, criado em 1907 pela Conferência de Paz de Haia; Tribunal Permanente de Justiça Internacional, em 1922 no quadro da Sociedade das Nações (SdN); Tribunal Internacional de Justiça, em 1945, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), todos sem atribuições penais; Tribunal Penal Internacional, de 1937 no quadro da Sociedade das Nações (SdN). Após a Segunda Grande Guerra foram criados, através do Acordo de Londres em 1945, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (decorrente da “declaração sobre atrocidades alemãs”, datada de 01.11.1943 e assinada por Roosevelt, Churchill e Stalin); e, por decisão do General norte-americano MacArthur, em 1946, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de Tóquio), ambos Tribunais Penais *ad hoc*, sem caráter permanente. Já na década de 90, outros dois tribunais *ad hoc* foram criados, O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, através de Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas nº 808, de 23 de fevereiro de 1993, e o Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, através da Resolução nº 955, de 08 de novembro de 1994, do mesmo Conselho. Tratam-se de verdadeiros tribunais de exceção, criados pelos Estados vencedores da guerra, para julgar os vencidos.

A aprovação do Estatuto deu-se após várias discussões e controvérsias entre os Estados participantes e somente foi viabilizada com a adoção de algumas medidas, das quais, pode-se citar a manifestação de Márcio Medeiros FURTADO, nos seguintes termos:

a) aprovou-se uma cláusula – *option out* – proposta pelo Japão, a qual reconhece o direito de cada Estado de não aceitar por um período de sete anos a

Finalmente por atividades de garantia (talvez fosse melhor dizer de ‘garantia em sentido estrito’), entende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional. A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do estado, ou seja, tendem a reforçar ou a aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente.” BOBBIO, *op. cit.*, p. 39-40.

jurisdição do Tribunal para julgar crimes de guerra (art. 124); b) adotou-se posição intermediária quanto ao financiamento do Tribunal; decidiu-se que os Estados-partes seriam os responsáveis pelo financiamento, mas a ONU poderia também contribuir (arts. 114 e 115); além disso foi aberta a possibilidade para contribuições voluntárias de governos, organizações internacionais, corporações e outras entidades (art. 116); c) adiou-se a discussão acerca da definição do crime de agressão, dada a dificuldade – quiçá impossibilidade – de se chegar a um denominador comum durante a Conferência; d) infelizmente foi necessária a recusa da proposta de emenda – digna de elogios – da Índia, no sentido de que o uso de armas nucleares, biológicas e químicas fosse considerado, por si só, crime de guerra; e) estabeleceu-se uma Câmara de pré-julgamento, que se encarregará de analisar os requisitos de admissibilidade dos casos, no intuito de afastar tentativa de julgamento por motivos políticos (arts. 56 a 61); f) aprovaram-se moções de rechaço (*no-action motion*) contra as inúmeras emendas – voltadas na maioria para tumultuar e inviabilizar a aprovação do projeto de estatuto – propostas pelos EUA e pela Índia, Estados, aliás, que votaram contra o estatuto de Roma; g) adotaram-se restrições à atuação do Tribunal quanto à abertura de processos; estabeleceu-se que só seriam iniciados processos nos casos de crimes cometidos por cidadãos de Estados que ratificaram o Estatuto ou quando os crimes ocorrerem em tais Estados; ficou desconsiderada, pois, a nacionalidade da vítima; aliás, a vítima não tem legitimidade para determinar o início das investigações; os processos só podem ser iniciados mediante comunicação de um Estado-parte, do Conselho de Segurança da ONU ou por iniciativa do próprio Promotor, o qual evidentemente poder receber informações de organizações ou indivíduos, inclusive, é claro, das vítimas (art. 13).³²

Consta no preâmbulo do estatuto o reconhecimento dos graves crimes cometidos no século passado contra a pessoa humana, constituindo uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade (bem jurídico comum universal), não mais se podendo admitir a impunidade dos infratores.

O Tribunal Penal Internacional constitui instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas, com competência para crimes mais graves (crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão – art. 5º) e com transcendência internacional, mas sempre em caráter complementar (princípio da complementariedade) às jurisdições internas, observado o modelo garantista do processo penal.

Com a adoção do princípio da complementariedade³³, o Tribunal somente poderá exercer jurisdição em duas hipóteses³⁴: “a) incapacidade,

³² *Algumas consignações acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos*. Revista dos Tribunais, Fascículos Penais, ano 90, v. 783, p. 483, jan. 2001.

³³ “O Tribunal Internacional Criminal Permanente surge como aparato complementar às Cortes nacionais, como o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais mostram-se

colapso, impossibilidade de realização da justiça, dada a ausência de condições mínimas do sistema judiciário interno; b) ausência de disposição, falta de interesse por parte do sistema judiciário interno de condenar o acusado, em decorrência de influências indevidas ou escusas (art. 17). Naquela hipótese, ou o processo sequer será iniciado ou apresentará atraso injustificado e o julgamento não ocorrerá em tempo aceitável, dentro do razoável; nesta hipótese, porém, o julgamento pode ocorrer, mas não será realizado com independência e imparcialidade, será apenas uma farsa, uma fraude para proteger o acusado.”³⁵

Para encerramento, pode-se trazer como principais objetivos do tribunal, tomando de empréstimo a relação de Márcio Medeiros FURTADO, os seguintes:

a) realização de justiça para todos, em caráter universal; b) por fim a impunidade; c) ajudar a terminar e prevenir conflitos, pois a certeza do julgamento e condenação dos criminosos coopera para isso; d) remediar as deficiências dos Tribunais *ad hoc*, que têm limitações de tempo e lugar, além de serem menos eficazes, pois mais lentos, o que possibilita a destruição de provas, fuga de criminosos e intimidação de testemunhas; com um tribunal permanente as investigações são bem mais rápidas, eficazes e economicamente mais baratas; e) assunção da responsabilidade de fazer justiça quando as instituições nacionais da justiça criminal não estiverem dispostas – *não querer*, caso da ex-Iugoslávia – ou não estiverem capacitadas – *não poder*, caso de Ruanda – para julgar adequadamente os acusados, principalmente quando envolver crimes cometidos por oficiais de alta patente, ou por membros do governo; f) dissuadir potenciais futuros criminosos de guerra a mudarem seus planos, desistindo da incitação e prática de, por exemplo, genocídio, limpeza étnica, homicídios e estupros em massa, pois será colocado termo à impunidade, e ninguém no mundo, desde o mais graduado oficial até o mais novo recruta, poderá alegar desconhecer os termos da lei penal internacional e do alcance do Tribunal Penal Internacional.³⁶

falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, deste modo, a responsabilidade primária do estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. [...] Desta forma, o estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementariedade.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, p. 202-203.

³⁴ “Assim, de acordo com o princípio da complementariedade, o Tribunal Penal Internacional só tem competência para julgar se e quando se verificarem as exceções estabelecidas nas alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 17º, ou seja, se se comprovar que o Estado não pretende efectiva e seriamente fazer o inquérito e/ou a instrução judicial, levar a julgamento e julgar o suspeito (aqui surge o conceito de ‘unwillingness’) ou não tenha capacidade efectiva de contra este proceder criminalmente (aqui é a questão da ‘inability’ que está em causa).” BRITO, Wladimir. *Tribunal Penal Internacional: uma garantia jurisdicional para a protecção dos direitos da pessoa humana*. BFD, n. 76, p. 119, 2000.

³⁵ FURTADO, *op. cit.*, p. 486.

³⁶ *Op. cit.*, p. 499.

Verifica-se, assim, que através de um tratado internacional multilateral, foi criado o almejado Tribunal Penal Internacional, já instalado a partir de 01 de julho de 2002, após o depósito do 65º instrumento de ratificação em abril do mesmo ano, com o que se propiciará, não obstante ainda os vários obstáculos que se colocam à frente, efetivamente uma tutela internacional dos direitos humanos, inibindo a prática de atos contra o bem jurídico humanidade pela sua simples existência e afastando a possibilidade de impunidade, fortalecendo o dogma universal da dignidade da pessoa humana.

O Estatuto de Roma, referente ao Tribunal Penal Internacional, foi aprovado no Brasil através do Decreto Legislativo nº 112, de 06 de junho de 2002³⁷, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002³⁸.

1.3.2. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A exemplo do que ocorre no âmbito do sistema regional europeu, onde existe a Corte Europeia de Direitos Humanos, tem-se no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como órgão jurisdicional do sistema regional, com competência consultiva e contenciosa, objetivando, juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fazer a implementação da Convenção Americana.

No exercício da primeira competência, a Corte procede à interpretação da Convenção Americana e de tratados de direitos humanos, em procedimentos que não envolvam a adjudicação para fins específicos; enquanto que na contenciosa atua quando da existência de denúncia de violação da Convenção por um Estado-parte, sendo que suas decisões possuem força jurídica

³⁷ Art. 1º Fica aprovado o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000.

³⁸ Art. 1º O estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão integralmente como nele se contém.

vinculante e obrigatória, desde que sua jurisdição tenha sido reconhecida pelo Estado por tratar-se de cláusula facultativa³⁹.

Assim, juntamente com a Comissão, a Corte Interamericana constitui-se importante esfera jurisdicional do sistema regional, a atuar quando da omissão ou falha do sistema local, na tutela dos direitos humanos.⁴⁰

A delegação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998⁴¹ e promulgada pelo do Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002⁴².

³⁹ PIOVESAN, *O sistema interamericano...*, p. 45.

⁴⁰ “A partir do recente reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Estado Brasileiro, pode-se afirmar que o sistema interamericano invoca uma cidadania fortalecida e ampliada, que assegura o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos, nacional e internacionalmente enunciados.” Idem, p. 52.

⁴¹ Art. 1º É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.

⁴² Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com o art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (“Pacto de São José”).

Artigo 62 – 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-

1.4. INSTITUIÇÕES NACIONAIS DE EFETIVAÇÃO

1.4.1. PODER JUDICIÁRIO

Ao Judiciário cabe desempenhar uma função garantidora de direitos, no exercício de um poder popular, atuando como guardião da democracia e da cidadania⁴³. Ao exercer esta função, o Judiciário não fica restrito ao universo legal, produzindo efeitos em outros sistemas, como o social, o político, o econômico, com os quais o sistema legal se relaciona.

Com o alargamento dos direitos humanos⁴⁴, alcançando também a sua dimensão social, e com a conscientização dos grupos sociais mais desfavorecidos acerca destes direitos, para efetivação de sua condição humana, o Poder Judiciário⁴⁵ apresenta-se como a instância garantidora dessa efetivação ao alcance dos destinatários do catálogo daqueles, como principal responsável por dar ou negar a tutela daqueles direitos.

partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

⁴³ “Seguramente o Poder judiciário é o principal guardião da cidadania, por ser o órgão do estado incumbido de proteger o particular e a sociedade contra abusos de quem, transitoriamente detém o poder, ou mesmo, proteger os particulares dos desrespeitos e agravos perpetrados uns contra os outros. É o Poder judiciário que tem a função de garantir a sociedade que o conjunto de direitos básicos da cidadania será rigorosamente observado, não sendo aceitas atitudes contrárias aos interesses maiores da cidadania.” TASSE, Adel El. *A “crise” no Poder Judiciário*. A falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural. Curitiba : Editora Juruá, 2001, p. 55.

⁴⁴ “Com a expansão dos direitos humanos, que nas últimas décadas perderam seu sentido ‘liberal’ originário e ganharam uma dimensão ‘social’, ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar do reconhecimento da ‘condição humana’.” FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. ADV Advocacia Dinâmica, Centro de Orientação, Atualização e Desenvolvimento Profissional, Seleções Jurídicas, p. 5, jan. 1994.

⁴⁵ “O século XX vê o seu final mostrar a face recatada e quase sempre silenciosa do Poder Judiciário como a garantia essencial dos direitos fundamentais. Todos os indicativos que se têm são de que sobrevém uma quadra na qual esse Poder terá um papel decisivo no modelo de Estado e de sociedade que predominará. Logo, o figurino jurídico a ser não apenas posto, mas sobretudo aplicado em cada sociedade, dependerá essencialmente do Poder judiciário.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *A reforma do poder judiciário*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXVIII, n. 66, p.13, jan./jun. 1998.

Está se vivenciando uma fase histórica de consolidação normativa internacional dos direitos humanos fundamentais, juntamente com um processo de constitucionalização⁴⁶ dos mesmos, o que não pode acarretar uma função eminentemente tópica, retórica e ideológica. A jurisdicionalização impõe a concreção destes direitos e encontra no Estado-jurisdicção seu “porto seguro”, devendo ser garantido aos cidadãos não só o acesso aos tribunais⁴⁷, bem como a obtenção de uma decisão judicial pronta, eficiente e tempestiva, compondo aquele e esta o direito fundamental à jurisdição⁴⁸ – princípio da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle jurisdicional.

No entanto, como consequência de fatores conjunturais impossíveis de tratar na estreiteza do presente trabalho, o Poder Judiciário pátrio, salvo esparsas decisões, não vem atendendo satisfatoriamente a este mister, postergando a garantia de direitos fundamentais sob os mais variados argumentos, em prejuízo de seus destinatários, máxime das classes mais desfavorecidas.

T. Miguel PRESSBURGER, em artigo intitulado *Apontamentos sobre a (dis)função e o (des)funcionamento do Judiciário* – p. 13-14, assim se manifesta sobre esta ineficiência comprometedora daqueles direitos:

A já mencionada obtusa preocupação das cúpulas judiciais com a ‘certeza jurídica’, leva o Poder Judiciário a voltar as costas para as angustiantes carências de justiça de largas parcelas da população, fazendo com que se perpetue a ideologia de que a lei só vale para o favorecimento de um segmento social e de que ao Judiciário não cabe universalizar a aplicação dos mais elementares Direitos Humanos, função exclusiva do Poder Executivo.

É verdade que, se os Direitos Humanos foram constituídos originalmente como forma de proteção do cidadão contra o risco de abusos e arbítrio por parte do Estado, os modernos direitos econômicos, sociais e culturais estão consagrados na Constituição como prerrogativas dos segmentos sociais desfavorecidos e como

⁴⁶ “[...] sem uma Constituição forte não há Poder Judiciário forte. Vale também o inverso. Sem um Poder judiciário forte, não há Constituição forte.” Idem, p. 15.

⁴⁷ Vide: CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 651 e segs.

⁴⁸ “Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidos na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciando em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de *garantias fundamentais do processo*, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito”. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Jurídica, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 305, ano 51, p. 62, mar. 2003.

obrigação dos Poderes do estado. No entanto, a aplicação de normas que façam contemplar Direitos Humanos relegados, tem perturbado a rotina dos Tribunais, incapacitados a exigir do Executivo o cumprimento de providências – a maioria das quais já claramente explicitados pela lei – sem o que os direitos sociais ficam carecedores de eficácia. De um modo geral, o Poder Judiciário sabe encontrar meios de se movimentar com celeridade quando se trata da defesa do direito de propriedade, inclusive arguindo a falta de til ou vírgulas em decretos expropriatórios para fins de reforma agrária. Mas se queda titubeante e reticente diante de ações baseadas em reconhecimento ou reposição de direitos fundamentais outros, listados no art. 5º da Constituição Federal, mesmo diante do que nela vem expresso – “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

a. CRISE(?) DO JUDICIÁRIO : (DES)EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Diante do quadro já suso mencionado e, máxime após a Constituição Federal de 1988, nos últimos anos a atividade jurisdicional passou a atrair mais atenção para si, alcançando espaços cada vez maiores no debate político, institucional e na mídia, gerando críticas à magistratura diante da resposta ineficiente ao aumento da demanda e às inadequações frente à nova realidade da sociedade brasileira, bem como da ordem internacional, inclusive com relação aos direitos humanos fundamentais, naquilo que se convencionou denominar de “crise do Judiciário”, com a revelação da existência de inúmeros problemas em sua estrutura, principalmente a morosidade, a qual também leva à injustiça.

Embora o assunto – “crise do Poder judiciário” – comporte abordagens em diferentes aspectos – crise mais ampla do próprio modelo de Estado em que ele se insere; crise no processo constitucional de produção jurisdicional do direito; crise na institucionalização dos agentes políticos por ele responsáveis; crise dos procedimentos adotados no processo constitucional⁴⁹ etc. – considerando ser o mais grave - limitar-se-á somente ao primeiro deles, em especial.

⁴⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 45, p. 86, 2001.

As “reformas” dos demais fatores a objetivar a superação da chamada “crise do Judiciário”, são medidas que vêm sendo adotadas pontualmente, sem que se atinja o problema em sua totalidade (“não basta vermos a árvore, temos que visualizar a floresta”), tomando por base mitos⁵⁰ estabelecidos que precisam ser exorcizados. Para usar-se a expressão de Calmon de Passos⁵¹, está-se “colocando curativos na epiderme de um sujeito canceroso”, ou na expressão de TASSE⁵², “é o mesmo que maquiar o corpo doente, fazendo-o parecer saudável, para esconder a morte próxima”.

Assim é que se verifica não se tratar de “crise” específica do Judiciário e sim do próprio Estado como um todo, do qual também o Estado-juiz faz parte. Aquele não vem atendendo aos reclamos feitos pelos cidadãos, apresentando-se com deficiente estrutura e gerando um incremento na litigiosidade já presente na sociedade, em muitas situações figurando no pólo passivo da relação processual por desmandos cometidos por seus prepostos, além de uma anárquica edição de textos e mais textos legais, tecendo um cipoal jurídico no país que dificulta, senão impossibilita, a sua plena aplicação, produzindo insegurança jurídica. Temos, em decorrência, também uma “crise da lei” e uma “crise da Justiça”, originárias da “distorção entre a lei e os anseios sociais” e da “ineficácia da realização da justiça”⁵³, advindas do próprio Estado como um todo.

O atual modelo de Estado, originado num discurso euro-norte-americano dos países cênicos, é adotado pelos estados periféricos, mostrando-se incapaz de atender às mais basilares necessidades de suas populações,

⁵⁰ “Primeiro mito: a rapidez acima de tudo (ou quanto mais depressa melhor); segundo mito: a ‘fórmula mágica’ (ou abracadabra); terceiro mito: supervalorização de modelos estrangeiros (ou ‘a galinha da vizinha é sempre mais gorda que a minha’); quarto mito: a onipotência da norma (ou ‘vale o escrito’).” [...] “Nenhuma construção sólida pode erguer-se sobre terreno minado. Se queremos edificar um novo aparelho judicial, isento das chagas que enfeiam a face da Justiça, é mister antes de mais nada que nos libertemos de falsas idéias, como as que acabo de denunciar. Elas turvam a nossa visão e nos induzem a caminhos pelos quais, em vez de avançar, corremos o risco de cair no mais fundo despenhadeiro.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Revista Jurídica, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 282, p. 19-26, abr. 2001.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 87.

⁵² TASSE, *op. cit.*, p. 44.

⁵³ RIBEIRO, Antônio de Pádua. *O Judiciário como poder político no século XXI*. Revista Direito e Sociedade, Ministério Público do Paraná, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 15, set./dez. 2000.

afastando-se dos direitos humanos fundamentais, para servir somente àqueles e às camadas economicamente mais abastadas destes. Diante deste quadro, acentua-se o descrédito popular para com o Estado-jurisdição.⁵⁴

Para Adel El TASSE, não há crise no Poder Judiciário e sim a conscientização agora da população da existência, embora isto sempre tenha existido, da ineficácia da estrutura judicial brasileira para resolução dos complexos problemas da vivência comunitária nacional. Para o autor paranaense, o surgimento da “crise” no Poder Judiciário decorre da “necessidade dos detentores do Poder, no Brasil, de dotarem a justiça brasileira, novamente, de credibilidade social, permitindo que o controle do estado como um todo e de sua função resolutiva de conflitos, em específico, permanecessem inalterados”⁵⁵

As crises estruturais no plano sócio-econômico (de hegemonia dos setores dominantes), político (de legitimação do regime representativo) e jurídico-institucional (da própria matriz organizacional do Estado brasileiro)⁵⁶ geraram indicadores sócio-econômicos perversos que revelam a existência de um dualismo estrutural básico, o qual se manifesta através do contraste entre uma pobreza urbana massiva e alguns bolsões de riqueza. Diante deste quadro as demandas – “crise de sobrecarga” - surgem diante das instituições que se apresentam incapazes de oferecer respostas rápidas e eficazes. As instituições judiciais revelam-se: “(a) crescentemente enrijecidas, do ponto de vista organizacional; (b) presas a matrizes teóricas arcaicas, do ponto de vista de sua cultura técnico-profissional; (c) excessivamente formalistas e ritualistas, do ponto de vista processual e procedimental”⁵⁷.

⁵⁴ TASSE, *op. cit.*, p. 25-42.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 42.

⁵⁶ “Em termos esquemáticos, a crise de hegemonia traduz a perda da capacidade de direção política e ideológica por parte dos grupos dominantes ou prevaletentes num dado sistema social; essa crise ocorre quando não há grupos capazes de, partindo de seus valores específicos, forjar a unidade social ou obter uma convergência ideológico-cultural geradora de consenso. A crise de legitimidade, por sua vez, eclode quando essa condição social passa a não ser mais aceita de modo consensual pelos diferentes segmentos sociais. E a crise da matriz organizacional do estado surge quando essa dada condição social, ao perder sua estabilidade, sobrecarrega e compromete as instituições jurídico-administrativas e político-econômicas que até então propiciavam e alimentavam sua capacidade de auto-reprodução.” FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed.. São Paulo : Malheiros Editores, 2002, p. 12-13.

⁵⁷ *Idem.*, p. 17.

Celso Fernandes CAMPILONGO⁵⁸ entende que se está diante de um novo Estado a que ele conceitua como “pós-social”, o qual se caracteriza pelo deslocamento do centro de poder daquele para as várias organizações presentes na sociedade e pela atuação de grupos por ele denominados de “novos atores sociais”, assumindo o lugar central na cena social em detrimento dos atores tradicionais, partidos e sindicatos, presentes no Estado Liberal e no Estado Social. “Nesse Estado, obviamente sem eliminar os problemas interindividuais nem ignorar a relevância da conflituosidade de classes, os *novos movimentos sociais*⁵⁹ se apresentam como sucedâneos funcionais de partidos e sindicatos”⁶⁰.

Tem-se uma convivência não harmoniosa, gerando conflitos entre o ordenamento jurídico estatal e a produção normativa originada da sociedade civil, o que impõe uma reavaliação da concepção clássica de sistema jurídico. Não obstante, o Judiciário continua com as atribuições de assegurar a estes “novos atores sociais” seus direitos individuais e liberdades públicas (*direitos de*), bem assim os direitos sociais (*direitos à*) e os chamados interesses difusos, devendo estar atento à necessidade de resgate da “norma jurídica como critério objetivo de prática redistributiva e justiça social”⁶¹.

Com a crise do Estado Social, delineando-se um Estado “pós-social” como descrito, o Judiciário assume atuação importante no controle não só do arbítrio do Estado, como também de possíveis desvios autocráticos das grandes organizações e mobilizações sociais, devendo estar atento às transformações das estruturas normativas daí decorrentes⁶². Essa multiplicação dos sujeitos e objetos de tutela jurídica e a maior complexidade dos sistemas normativos não esvaziam ou descartam a relevância do Judiciário, mas são indicadores da urgente

⁵⁸ Ibidem, p. 32-35.

⁵⁹ “[...] a emergência de movimentos comunitários, sindicais e religiosos vem desafiando a rigidez lógico-formal dos sistemas legais/judiciais, mediante a politização de questões aparentemente técnicas e a tentativa de criação de novos direitos a partir de fatos consumados [...]” OLIVEIRA, José Eduardo Campos de. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O magistrado e sua sindicalização*. Introdução Crítica ao Direito. José Geraldo de Sousa Júnior (org.). 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 134.

⁶⁰ CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 32.

⁶¹ Idem, p. 33-35

⁶² Ibidem, p. 35-44.

necessidade de revisão dos procedimentos, da mudança na formação e do incremento da operacionalidade do Poder Judiciário⁶³.

Se no Estado liberal a função judiciária é marcada pela ideologia da fidelidade à lei, sendo o juiz liberal aquele que circunscreve as atividades do Estado e as funções do próprio judiciário; e no Estado social a marca é a incorporação à tradição jurídica legalista de uma cultura sociológica, sendo o juiz o sujeito ativo do processo político, como garantidor da estabilidade e da dinâmica institucionais; no Estado “pós-social” a marca é o caráter residual da aplicação do direito como atividade judiciária, devendo ser combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça, sendo o juiz não só o responsável pela tutela dos direitos e situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais.⁶⁴

Concluindo, para o autor sob comento, o Judiciário desempenha uma função garantidora de direitos, devendo a atividade jurisdicional alterar seu padrão de acordo com os “novos atores”; com as transformações das normas e as novas funções judiciais.⁶⁵

Verifica-se, assim, que a atual situação de desencontro do Poder Judiciário com os anseios dos jurisdicionados decorre conjunturalmente das mutações cada vez mais intensas e velozes ocorridas e ocorrentes na estrutura sócio-político-administrativa do Estado como um todo e da sociedade. Os cientistas sociais, de há muito, vêm alertando sobre a problemática institucional no país, ao não corresponder às aspirações, tendências e tradições de nosso

⁶³ Ibidem, p. 44.

⁶⁴ Ibidem, p. 44-49

⁶⁵ “Examinar o impacto da presença de *novos atores* na arena judicial não pode se confundir com a apologia dos movimentos sociais. Mas a administração dos conflitos e problemas institucionais do estado pós-social exige atenção especial a este fenômeno. Realçar a importância das *regras e da legalidade* não significa legalismo, formalismo ou positivismo. Mas pode representar um resgate dos direitos fundamentais como valores intrínsecos do ordenamento e fonte privilegiada de legitimação política do estado e do Judiciário. Por fim, perceber a *multiplicidade de funções do Judiciário*, inclusive sua posição destacada na engenharia institucional, implica vê-lo não como o sustentáculo da governabilidade autoritária e ‘flexibilizadora’ dos direitos sociais, mas como o garante de uma governabilidade ampliadora dos sujeitos e objetos de tutela jurídica.” [sem grifo no original] CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 50-51.

povo⁶⁶. Embora pontualmente tenha-se algumas respostas mais ajustadas a esta nova realidade, defronta-se ainda com um Poder Judiciário burocratizado, não democratizado, anacrônico, divorciado da situação fática, afastado da racionalidade substancial, apegado a concepções clássicas de como exercitar sua atividade jurisdicional dentro de uma racionalidade formal, desprovido de consciência social e política quanto ao seu importante papel nas soluções das situações litigiosas surgidas cada vez mais complexas e em número maior, e assim comprometendo a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Encontra-se uma conscientização e reflexão maior quanto a este papel político e social dos magistrados, em especial junto a alguns juízes de primeira instância com atuação em pequenas comunidades do interior, os quais, ao tomarem contato com a realidade perversa que abate os desfavorecidos em seus direitos, se desapegam do formalismo normativista. Infelizmente o mesmo não ocorre nas cúpulas dos tribunais, inclusive os superiores.

O decantado direito fundamental à jurisdição, universalmente reconhecido⁶⁷ e constitucionalmente assegurado⁶⁸, no entanto, já encontra barreiras no próprio momento da propositura da ação correspondente, dificultando-se o encontro do cidadão com a jurisdição plena e eficaz a que faz jus.

b. O PAPEL DO JUIZ : (DES)EFETIVANDO OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Neste tópico tratar-se-á daquele que exerce uma função judicial frente ao poder político e à sociedade como um todo, como garante individual da efetivação dos direitos humanos fundamentais. As condições pessoais (elemento

⁶⁶ SOUZA, Nelson Oscar de. *Uma reforma que se impõe*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 71, p. 44-45.

⁶⁷ Declaração dos Direitos do Homem, artigos VIII e X.

⁶⁸ Constituição Federal – 1988.

Art. 5º - [...]

subjetivo, intelectual, estereótipos, ideologias, “teorias” etc.) do magistrado – *second code judicial*⁶⁹ – a influir na prestação da jurisdição, em face da vagueza e ambigüidade da linguagem da lei, são fatores preponderantes na eficácia social do trabalho do Judiciário.

Não podem os magistrados atuar⁷⁰ como meros instrumentos do *status quo* vigente⁷¹, assegurando a permanência do quadro de injustiça social presente ainda na sociedade brasileira, fruto também do descaso com a efetivação dos direitos humanos fundamentais, mas dirigir sua atividade para afastar aquela⁷².

Vai-se buscar, na tipologia feita pela sociologia jurídica italiana, as maneiras como o magistrado pode se posicionar no exercício de sua atividade jurisdicional. Tem-se, assim, o *juiz tradicional* “aferrado à forma clássica de conceber a divisão dos poderes estatais, onde aquele exercido por ele aparece em uma posição subalterna frente aos demais, no que diz respeito à produção jurídico-normativa e às decisões políticas, dos objetivos a serem alcançados através desse instrumental normativo”. Tem-se, ainda, o *juiz tolerante* “imbuído de ideais emancipatórios, consciente do papel que pode exercer no sentido de

Inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direitos;

⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1997.

⁷⁰ “Quando o Magistrado consegue atuar plenamente, utilizando-se, amplamente, de seus conhecimentos técnicos e de sua sensibilidade social, o Poder Judiciário aproxima-se dos anseios populares, atuando, com efetividade, na resolução dos problemas coletivos, mesmo que em confronto com os interesses dos grupos dominantes.” TASSE, *op. cit.*, p. 52.

⁷¹ V. g. no sistema penal: “[...] Em outro nível, o sistema penal procura compartilhar essa mentalização ao segmento de magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais. Seleciona-os dentre as classes médias, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as leva a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com a sua dor. Este processo de condicionamento é o que denominamos *burocratização* do segmento judicial.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 77.

⁷² “[...] o julgador moderno não é mais o juiz neutro, distante e desinteressado da situação das partes privadas, mas um agente do poder cada vez mais solicitado pelos pobres, fracos, perseguidos e injustiçados e terão que absorver criticamente as preocupações desses segmentos, incorporando-as aos corolários de julgamento para não correrem o risco de, deixando de considerá-los, verem triunfar os ‘tribunais populares’, que a história já mostrou não serem raros nem indulgentes, ou a ‘privatização’ da Justiça.”

favorecer a melhoria das condições sociais, preconizando reformas no interior da organização judiciária, tudo para que se realize, progressivamente, o chamado – pela nossa Constituição mesma – Estado Democrático de Direito”. Por derradeiro, o *juiz revolucionário* “que aponta na ruptura da ordem jurídica que a ele se apresenta para implementar, por entendê-la como epifenômeno de uma organização política e econômica injusta e opressora, sempre com apoio em alguma ideologia coletivista e igualitária, em geral de cunho marxista”.⁷³

Dependendo do padrão pessoal assumido pelo magistrado, conforme a tipologia acima mencionada, tem-se ou não a possibilidade de efetivação dos direitos humanos fundamentais.

O juiz tradicional é imbuído de um espírito conservadorista, tendente à manutenção das coisas como se encontram e apegado a uma dogmatização – neutralidade/imparcialidade - de engessamento, com obnubilação de sua função social e política dentro da estrutura do Estado e da própria sociedade.

Trata-se de um produto do ensino jurídico dogmático-positivista, ainda incrustado em nossas faculdades, quer públicas ou particulares. Sistema de ensino alienante, mero reprodutor de textos e com forte conotação positivista, sem margens a desenvolvimento do raciocínio jurídico e a um principiar reflexivo de posição sócio-política, com caráter humanístico e interdisciplinar, herança de uma visão desfocada do que deve ser a universidade na atualidade. Transfere-se o direito dos professores aos alunos de forma acrítica, interessando-se somente o “saber” e descurando-se do “saber pensar”, do “saber fazer” e do “saber agir”. O escopo almejado é a adesão a modelos explicativos e causais, desnecessária a compreensão dos fatos.

A função do sistema universitário não deve se restringir à formação rápida de profissionais para inserção no mercado de trabalho – *universidade funcional* – mais sim cumprir com sua finalidade maior de formar cidadãos comprometidos com a sociedade na qual vivem e da qual poderão receber o

CASTILHO, Manoel L. V. *A propósito da “eficácia social da prestação jurisdicional”*. Revista de Direito Alternativo, Editora Acadêmica, São Paulo, n. 3, p. 120, 1994.

⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Judiciário e conflitos sociais* (na perspectiva da pós-modernidade). Revista de Direito Alternativo, Editora Acadêmica, São Paulo, n. 3, p. 105-106, 1994.

retorno de sua atuação profissional. Para isto deve ser efetivado o ensino jurídico no Brasil, desviando-se do caminho retilíneo e sem variantes do pensamento eminentemente dogmático do direito que leva a entendê-lo somente como fenômeno jurídico, partindo para um conhecimento interdisciplinar do direito com revisitação dos fenômenos sociais e políticos sobre os quais incide e incidirá este. Precisa-se construir uma ponte no abismo existente entre o que é ensinado nas faculdades e o que se pratica nos Tribunais; adequação do conteúdo dos conhecimentos hauridos em sala de aula com a realidade cotidiana vivenciada na senda do ambiente forense, desaguadouro das situações conflituosas ocorrentes na sociedade. É deste sistema de ensino superior jurídico que saem os magistrados tradicionais⁷⁴

O juiz tradicional profere decisões formais jungidas somente a uma *ética da convicção*, prestigiando a forma em detrimento do conteúdo, considerando impertinente qualquer preocupação com o resultado concreto de sua decisão.⁷⁵ É arredo a qualquer manifestação tendente a implantar formas alternativas de solução de situações conflituosas, vendo nisto uma ameaça ao seu monopólio de realização do justo, trazendo como fatores da “crise” a insuficiência de meios, de recursos materiais e pessoais deste Poder do Estado.

O juiz tolerante⁷⁶ tem plena consciência do papel do poder o qual representa, dentro de um Estado do qual também faz parte integrante e ativa, que se pretende seja democrático. Exerce a sua atividade não como mero aplicador do direito, mas como produtor, com criatividade, interpretando e aplicando aquele. Tais qualidades apresentam-se ainda mais importantes no caso dos direitos humanos fundamentais, previstos em normas constitucionais classificadas como

⁷⁴ “Grande parte dos juízes ainda se enquadra nesse modelo. Continua-se a decidir *de acordo com a lei*, sem preocupação com a *consequência concreta* da decisão, nem com a busca da *realização do justo*. Apenas por acaso coincidem *decisão judicial* e *decisão justa*.” NALINI, José Renato. *A função política do Judiciário*. Lex, Jurisprudência do STF, n. 272, v. 23, p. 12, ago. 2001.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁶ Sobre o significado da tolerância, o papel do Estado e suas dimensões sociais, vide: Declaração de Princípios sobre a Tolerância (aprovada pela Conferência Geral da Unesco em sua 28ª reunião), Paris, 16 de novembro de 1995. Vide também “As razões da tolerância”: BOBBIO, *op. cit.*, p. 203-217.

programáticas, sob pena de ineficácia material.⁷⁷ É um juiz moderno, que procura proferir decisões justas para isto não se limitando a seguir a cartilha positivista, mas utilizando-se de toda uma ossatura principiológica a lhe dar sustentação. Preocupa-se com as consequências concretas de suas decisões, jungidas a uma *ética de responsabilidade*, tendo consciência de suas próprias deficiências e do Poder que representa. Reconhece que a “crise” também decorre da insuficiência qualitativa dos quadros funcionais.

Deve o magistrado abrir-se “ao mundo ao invés de fechar-se nos códigos, interessando-se pelo que se passa ao seu redor, conhecendo o rosto da rua, a alma do povo, a fome que leva o homem a viver no limiar da sobrevivência biológica”⁷⁸. Não constitui ele uma classe à parte, mas integra a sociedade da qual decide os destinos⁷⁹.

⁷⁷ “[...] Auxilia-nos outra vez o escólio de Cappelletti afirmando que a mescla de nosso sistema legalista com ingredientes do juízo discricionário de equidade pode transformar o Judiciário em grande instrumento de evolução frente às disposições constitucionais programáticas.” PEREZ, Marcos Augusto. *O papel do Poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 3, n. 11, p. 245, abr./jun. 1995.

⁷⁸ FUX, Luiz. *O que se espera do Direito no terceiro milênio, frente às crises das leis, da justiça e do ensino jurídico*. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 31 ago. 1998. Aula magna. Citado por Antônio de Pádua Ribeiro, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ “Pode-se dizer que a maioria dos magistrados brasileiros, dada a especificidade de suas funções e das concepções que defendem, sempre alimentou a convicção de ser um grupo social à parte, sem vínculos de classe e dissociadas da realidade ‘como se viessem simplesmente implantar-se do exterior sobre uma realidade estática e ademais imutável’.” BUSNELLO, Ronaldo. *Magistratura: ideologia e condição social*. Razão e Racionalidade Jurídica. Edmundo Lima de Arruda Jr. (Apres.). São Paulo : Editora Acadêmica, 1994, p. 73.

1.4.2. MINISTÉRIO PÚBLICO : PROMOTOR DA EFETIVAÇÃO.

[...] realmente, do ponto de vista institucional e no desempenho que a Constituição traçou, nós temos no Brasil o Ministério Público que sempre desejamos: forte, independente e muito trabalhador. (Ada Pelegrini Grinover)⁸⁰

Indubitavelmente, seguindo a tendência universal de constitucionalização, adquiriu o Ministério Público, além de desvincular-se do Poder Executivo, uma nova roupagem funcional muito mais relevante e ampliada, sendo a instituição que sofreu a mais profunda alteração com o disciplinamento constitucional de 1988, podendo-se dividir a sua história em dois períodos: o primeiro anterior a esta Constituição e o segundo após a sua promulgação, sendo-lhe atribuída “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127).

Saído de um regime autoritário, era necessário reestruturar politicamente o Estado para funcionamento nos novos tempos democráticos. Assim, sofreram mudança de perfil os três poderes da república. No entanto, nenhum daqueles poderes foi contemplado com um novo *status* político e institucional tão diferente como o foi o Ministério Público, a ponto de, à época, equivocadamente, embora não fosse idéia nova⁸¹, falar-se em um “quarto poder”. Passou, assim, o Ministério Público a ser não um “quarto poder”, mas o “poder da sociedade” atuando nas áreas mais sensíveis para a vida de toda a coletividade, defendendo seus interesses num Estado Democrático de Direito, com a missão de

⁸⁰ *O papel do Ministério Público entre as instituições que compõem o sistema brasileiro de justiça* (Mesa redonda). O Ministério Público e a justiça no Brasil. Organizadora Maria Tereza Sadek. São Paulo : Idesp: Editora Sumaré, 1997, p. 13.

⁸¹ “Como sabe, o Ministério Público evoluiu tanto que o eminente Ministro Alfredo Valladão reivindica, hoje, para a instituição, apenas isto: - a função de órgão da soberania. As funções do Ministério Público – ensina o notável professor – subiram ainda mais de autoridade em nosso dias. Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a ‘*Divisão dos Poderes*’. Ao órgão que *legisla*, ao que *executa*, ao que *julga*, um outro acrescentaria ele – o que *defende* a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos, ou dos próprios poderes do Estado.” LYRA, Roberto. *Teoria e*

“guardião da Constituição”, no sentido de efetivação dos direitos e garantias previstos em seu texto, para não se constituírem somente num articulado de expectativas.

É o Ministério Público instituição estatal – ente que pertence ao Estado, embora não exerça poder – mas também é instituição jurídico-constitucional socialmente relevante – órgão do Estado estruturado constitucionalmente, a serviço da sociedade – pelo que deve atuar não na defesa do “soberano” (Estado), mas sempre e sempre na defesa da sociedade mesmo que, e em especial, contra o próprio Estado.

Os tratados internacionais de reconhecimento e proteção dos direitos humanos fundamentais, já recepcionados pelo sistema brasileiro, passaram a integrar o “ordenamento jurídico nacional”⁸² do qual o Ministério Público, como mecanismo de defesa social, deve exercitar a função de *custos legis*. Sendo o “regime democrático”⁸³ caracterizado através de três instituições fundamentais: 1) soberania popular; 2) limitação dos poderes estatais; e 3) respeito pelos *direitos humanos*; e, sendo os “interesses sociais e individuais indisponíveis”, também “direitos humanos”, a instituição tem imediata responsabilidade no reconhecimento e efetivação dos mesmos, inclusive promovendo uma verdadeira “cultura de direitos humanos”⁸⁴ a buscar-se uma eficácia social⁸⁵ destes com o exercício do princípio da solidariedade social, como se pretende através do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) lançado solenemente pelo governo federal.

prática da promotoria pública. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989, p. 102.

⁸² V. g. Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; Protocolo Adicional de 1988 à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995.

⁸³ “Temos, entretanto, por certo que um *Parquet* realmente voltado para os interesses sociais somente poderá vicejar e atingir seus objetivos num meio essencialmente democrático. Sensível a tal entendimento, o Legislador Maior de 1987/88 houve por bem entregar ao Ministério Público a tarefa de defender o próprio regime democrático.” SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e estado democrático de direito*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 202.

⁸⁴ ALVES, Léo da Silva, *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano VI, n. 131, p. 10-11, jun. 2002.

⁸⁵ “Sem o conhecimento dos direitos fundamentais pelos cidadãos e o seu exercício por eles, a zelar pelo seu patrimônio jurídico e pelo patrimônio de todos, não há como se dotar de eficácia social aquele elenco de direitos. [...] Mais que a ‘adesão social’ incumbe ao cidadão o papel de agente promotor da eficácia

Fábio Konder COMPARATO evidencia o papel de garante do Ministério Público contra a avassaladora onda neoliberalista, nos seguintes termos: “Em tempos de neoliberalismo impudente, que subordina o respeito à dignidade humana à eficiência lucrativa do capital financeiro internacional, compete mais do que nunca ao Ministério Público redobrar esforços para defender os direitos fundamentais de caráter econômico e social, mediante a mais larga utilização possível da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade”⁸⁶. Realmente, defronta-se, em especial a partir da década de 90, com uma massificação dos conceitos neoliberais cuja decorrência é o afastamento do Estado das questões sociais – enfraquecimento do poder político do Estado com subordinação aos interesses econômicos - ao mesmo tempo em que se implantam políticas econômicas intensificadoras das desigualdades e da pauperização da população periférica.

Para Alexandre de MORAES, “também é função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo,⁸⁷ Executivo e Judiciário, garantir ao indivíduo a fruição de todos os seus *status* constitucionais”⁸⁷.

Com o Poder Judiciário deve a instituição manter diálogo permanente “para definição de ações comuns de combate à impunidade, ou de medidas tendentes à aceleração da tramitação de feitos, à simplificação de procedimentos,

social dos direitos fundamentais, a fim de que todos possam contar, efetivamente, com eles.” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 57.

⁸⁶ *Ministério Público, Ministério do povo*. Revista Direito e Sociedade, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7, set./dez.-2000.

⁸⁷ “Assim, dentre as várias funções atuais do Ministério Público, encontra-se a proteção ao *status* (Jellinek) constitucional do indivíduo, em suas diversas posições. Uma das posições do *status* constitucional corresponde à esfera de liberdade dos direitos individuais, permitindo a liberdade de ações, não ordenadas e também não proibidas, garantindo-se um espectro total de escolha, ou pela ação ou pela omissão. São os chamados *status negativos*. Outra posição coloca o indivíduo em situação oposta à da liberdade, em sujeição ao Estado, na chamada esfera de obrigações, é o *status passivo*. O *status positivo*, por sua vez permite que o indivíduo exija do Estado a prestação de condutas positivas, ou seja, reclame para si algo que o Estado estará obrigado a realizar. Por fim, temos o *status ativo*, pelo qual o cidadão recebe competências para participar do Estado, com a finalidade de formação da vontade estatal, como é o caso do direito de sufrágio. Conclui-se, portanto, que a teoria dos *status* evidencia serem os direitos fundamentais um conjunto de normas jurídicas que atribuem ao indivíduo diferentes posições frente ao Estado.” MORAES, Alexandre, *op. cit.*, p. 53. Vide: SARLET, *op. cit.*, p. 157-160.

à criação conjunta de setores especializados, que ensejem tratamento diferenciado a questões prioritárias, dentre outras”⁸⁸.

Com o Poder Legislativo, defende Antonio Augusto Mello de Camargo FERRAZ:

[...] é conveniente o desenvolvimento de novos laços institucionais, da seguinte forma: a deve ser difundida a idéia da necessidade de permanente avaliação da eficácia das leis em vigor, bem como de adoção de mecanismos tendentes a assegurar essa eficácia (*‘enforcement’*); b o Ministério Público, responsável pela aplicação da lei nas diversas e relevantes áreas de atuação funcional, deve assumir papel destacado nesse sistema de avaliação e de implementação do Direito; c com esse objetivo, deve a Instituição se organizar para que esse trabalho seja feito de modo permanente e sistemático, levando depois ao *Legislativo* sob a forma de informações, diagnósticos e sugestões acerca do sistema normativo, em cada uma de suas áreas de atuação.⁸⁹

Com o Poder Executivo, o diálogo “deve ser aprofundado, para que o Ministério Público, com base em sua experiência no trato de questões concretas de interesse social, possa levar àquele, sugestões e contribuições para o aprimoramento da prestação de serviços públicos”⁹⁰.

O artigo 129 da Constituição Federal prevê funções institucionais que abarcam a promoção da defesa social⁹¹ dos direitos fundamentais como: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”; “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”⁹².

Trazendo à lume a relevância institucional na defesa social, pode-se também buscar os ensinamentos de Ada Pellegrini GRINOVER, de Cândido Rangel DINAMARCO e de Antonio Carlos de Araújo CINTRA, nos seguintes termos:

⁸⁸ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *As relações entre o Ministério Público, a sociedade e os poderes constituídos*. 13º Congresso Nacional do Ministério Público. O Ministério Público Social. Livro de Teses, vol. 3. Curitiba, Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, p. 402, 1999.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Vide: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 210.

⁹² Art. 129, incisos II e III – CF/88.

É que o Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias, como a idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) e aos direitos e situações de abrangência comunitária e portanto transindividual, de difícil preservação por iniciativa dos particulares. O Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna – e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos.⁹³

Para o exercício destas funções foram caracterizados como princípios institucionais do Ministério Público⁹⁴ a unidade (os Promotores de um Estado integram um só órgão sob a direção administrativa de uma só chefia), a indivisibilidade (os membros de execução da instituição podem ser substituídos uns pelos outros, não de maneira arbitrária, mas de acordo com o previsto em lei) e a independência funcional⁹⁵ (no desempenho de suas atribuições, a instituição e os órgãos de execução não se subordinam a quem quer que seja, devendo somente observar as disposições contidas em lei), necessários para o cumprimento de seu mister, até mesmo contra o próprio poder público.

Assumindo estas justas atribuições em busca da consolidação de um Estado Democrático de Direito⁹⁶, só verdadeiramente assim titulado aquele que respeita e promove os direitos humanos, pode-se citar, v. g., o Ministério Público do Estado do Paraná, que, por sua Procuradoria Geral de Justiça, através do Ato nº 27 criou os Centros de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção a Dignidade Humana, das Promotorias da Cidadania, das Promotorias de Proteção à Saúde, das Promotorias da Educação, mantendo os das Promotorias da Criança e do Adolescente, das Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente, das Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público e das Promotorias Criminais e do Controle Externo das Atividades da Polícia Civil.

⁹³ *Op. cit.*, p. 210.

⁹⁴ Vide: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo : Editora Saraiva, 1993, p. 65-67. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1989, p. 45-51.

⁹⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 40.

⁹⁶ SAUWEN FILHO, *op. cit.*

A depauperação dos direitos sociais pelo modelo aí posto, exige do Ministério Público o afastamento da letárgica posição de mero despachante processual ("burocrata de processos") a depender de respostas do Judiciário - o qual infelizmente ainda permanece numa postura clássica de resolução de conflitos individuais sem respostas adequadas às questões emergentes, coletivas e difusas, não efetivando os direitos sociais - para passar a assumir seu papel de instrumento fundamental na implantação de uma democracia substantiva, caminho a ser percorrido para o atingimento da justiça social. Devem, assim, os agentes políticos desta instituição desenvolverem atividades extra-gabinete⁹⁷ aproximando-se, conhecendo, sensibilizando-se, integrando-se aos acontecimentos sociais⁹⁸, em defesa da dignidade humana e da cidadania, combatendo a deteriorização das condições de vida da população, máxime a periférica, resultado de um processo cada vez mais intenso de marginalização sócio-econômica.

Poeticamente, Gilberto GIACÓIA, em painel sobre o Controle Social e Direitos Humanos, no 13º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado de 26 a 29 de outubro de 1999, na cidade de Curitiba, sob o título: *O Sistema Penal, o Ministério Público e os Direitos Humanos*, ressalta o papel social que os Promotores de Justiça devem assumir no desempenho de suas relevantes funções junto à sociedade brasileira:

O discurso de esperança se refaz pelo brilho dos olhos dos Promotores de Justiça, que não se formam nos salões cintilantes da riqueza. O verdadeiro Promotor de Justiça desenvolve a postura da simplicidade e da humildade, o recato da modéstia, daqueles que compreendem que muito sabem, mas que se consideram principiantes. A sensibilidade social que não se forma e não cresce nesses salões, mas que pelo contrário, na convivência com o povo sofredor, com os humildes, porque os privilegiados não experimentarão jamais a felicidade embora amarga de comover-se ao apertar a mão do mendigo ou ouvir a voz frágil do doente desprezado, do deficiente explorado, do adolescente desamparado. A vida nesse meio é o verdadeiro caminho do Promotor de Justiça, a luta das ruas, dos bancos de praças, das prisões imundas, dos impiedosos abortos sociais, dos jardins sem flores é que formam os verdadeiros operadores do Direito com visão crítica da realidade social e põem na boca dos homens do povo, que somos nós, a

⁹⁷ Art. 129, § 2º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação. Constituição Federal/88 (sem grifo no original). Ainda: Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nº 8625/93, artigo 43, inciso X.

⁹⁸ "O Promotor Público precisa conhecer, compreender e interpretar todas as realidades, todas as lutas em que se chocam os homens, todos os problemas que se debatem na sociedade, para corresponder aos seus deveres, na polêmica judicial." LYRA, op. cit., p. 75.

eloquência e a indignação que arrebatam. Queremos ser o braço jurídico da população carente, ser o condutor embora tardio das conquistas sociais.⁹⁹

Glauber S. Tatagiba do CARMO, apontando o “Ministério Público como instituição determinante para *exercer e provocar* a defesa da Constituição (numa posição de vanguarda)”, conclui que:

1) Segundo Carl Schmitt e Kelsen o melhor seria organizar uma instância especial que tenha por objeto garantir o funcionamento constitucional dos Poderes e da própria Constituição para evitar que tenha predomínio sobre os outros: assim é o Ministério Público, um órgão independente e autônomo, tanto administrativa e financeiramente dos demais, cuja principal função é garantir a vontade da Constituição;

2) O Ministério Público está fora dos grupos sociais a que Schmitt se refere, sem interesse econômico ou político em acobertar a realidade com formalismos, visto que sua função, e até mesmo a razão de sua existência, é a defesa da sociedade, garantir a aplicação das leis, dos direitos indisponíveis e sociais;

3) O *Parquet* pode ser encarado como uma *justiça constitucional*, não no sentido exato empregado por Kelsen, mas como instituição neutra, que atua também perante o Judiciário, não tendo sua atuação limitada, uma vez que sua esfera de atuação em grande parte é extrajudicial, servindo, como quer Smend, de órgão integrador do Estado, atuando perante os três poderes, com o objetivo precípuo de fazer valer por inteiro a Constituição, visando uma democracia real;

4) Kelsen afirma que geralmente o Legislativo e o Executivo são os maiores violadores da Constituição, como então permitir que um desses poderes, ou algum órgão destes Poderes tenha a incumbência de defendê-la? Não há instância menos adequada do que aquelas a que a Constituição confere certa parcela de poder. Como bem asseverou o publicista, a instância mais apropriada para exercer atos e titularizar atribuições que visem promover a defesa da Constituição é aquela que não se constitui em Poder estatal, apta a buscar o desenvolvimento constitucional do Estado;

5) A conclamada independência é pressuposta para que o Ministério Público, atendendo às expectativas cometidas pelo Estado Social, para estar à sua altura, crie meios e instrumentos para operacionalizar os direitos sociais – cujo principal transgressor é o Estado –, convertendo-se em direitos subjetivos, sendo este atualmente o seu maior desafio.¹⁰⁰

Finalmente, Roberto LYRA, considerado o “príncipe dos Promotores de Justiça”, já em 1952 profetizava com relação ao futuro do Ministério Público, declarando o seguinte:

“Idealizo a transformação do Ministério Público em Ministério Público Social. Um Ministério Social em ação, ação mesmo, com fins e também meios

⁹⁹ Anais do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, 1999, p. 72-73.

¹⁰⁰ *A defesa da Constituição pelos poderes constituídos e o Ministério Público*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 36, p. 218.

próprios contra não só as ilegalidades mas, principalmente, contra as injustiças. Os privilégios, os pesos e medidas desiguais são inconstitucionais. Assim, o Ministério Público evoluiria para assumir a responsabilidade daquilo que é mais significativo na ordem jurídica – a paz social pela justiça social, tarefa máxima da democracia na atual conjuntura da humanidade. O Ministério Público Social procurará dar a cada um o que é seu, mas sobretudo, acudir a quem nada tem de seu, a quem quer, mas não pode, viver honestamente, a quem, apesar de tudo, não prejudique ninguém. O Procurador – Geral será mesmo geral e tornará prática e total a expressão mais profunda de nossa nomenclatura funcional – Promotor de Justiça. Um Ministério Público Social promoverá a justiça social, cuidará dela e não só de uma justiça pública, estatal, oficial. A ordem jurídica seria adaptada aos dramas contemporâneos. A primazia nos benefícios pertenceria aos mais necessitados. A tranquilidade de consciência do Ministério Público depende de avanço que ele mesmo executará”.

1.5. DIREITOS SOCIAIS: DA SUA NORMATIZAÇÃO À SUA EFICACIABILIDADE

Defende-se a existência de três gerações^{101 102}, ou como preferem alguns¹⁰³, dimensões dos direitos fundamentais¹⁰⁴ (alguns até uma quarta geração

¹⁰¹ “Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao Estado*; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no Estado*); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os de bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através ou por meio do Estado*.” BOBBIO, *op. cit.*, p. 32-33.

¹⁰² “EMENTA: Enquanto os *direitos de primeira geração* (direito civil e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. (STF, Pleno, MS 22164/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 1, de 17.11.1995, p. 39206).

¹⁰³ “[...] é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de

ou dimensão). O emprego da primeira expressão pode ensejar um sentido de substituição, ao que uma geração tomaria o lugar d'outra, o que não corresponde à realidade, pois elas se complementam gradativamente, num constante acréscimo – *plus* - à anterior, inclusive redimensionando-os. Para Willis Santiago GUERRA FILHO, no entanto, o mais importante “é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los”¹⁰⁵. Cita este autor, como exemplo, o direito individual de propriedade, o qual, “num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”¹⁰⁶.

Na primeira delas, encontram-se os direitos civis – direitos de liberdades negativas¹⁰⁷ - e políticos, decorrentes da relação entre o indivíduo e o Estado, exigindo-se deste que se abstenha de intervir na esfera de autonomia daquele. São os chamados direitos de defesa com característica negativa, pois se exige do Poder Público a não intervenção – *non facere* - na esfera privada do sujeito de direitos fundamentais (v. g. vida, liberdade, propriedade, igualdade, etc.). São as liberdades públicas surgidas no final do século XVII contra o arbítrio governamental, impondo limitações no exercício do poder estatal. São frutos de

‘fantasia das chamadas gerações de direitos’, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos, já até se cogitando de uma quarta dimensão.” SARLET, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁴ Nesta perspectiva dimensional, os direitos fundamentais “tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens), em todos os lugares, num certo tempo – perspectiva universalista ou internacionalista ; como ainda podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto – perspectiva estadual ou constitucional”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, p. 11, citado por Uadi Lammêgo Bulos, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁷ BOBBIO, *op.cit.*, p. 69-70.

um discurso liberal. Historicamente, a Constituição do Império do Brasil (1824) é considerada o primeiro texto constitucional a trazer a previsão permanente em suas normas, como núcleo do sistema positivado, dos direitos fundamentais individuais. Depois vieram a Constituição do México, de 1917, e a conhecida Constituição de Weimar, de 1919.

Já os da segunda dimensão, ao oposto dos anteriores, apresentam uma característica positiva ao se exigir do Estado prestações sociais (v. g. assistência social, saúde, educação, trabalho etc.), das quais são destinatários os sujeitos de direitos fundamentais. São os direitos econômicos, sociais e culturais surgidos após a Primeira Grande Guerra, que devem ser implementados – *facere* - pelo Estado na busca da realização da justiça social¹⁰⁸ em seu aspecto material, contra os extremos desníveis sociais. São frutos de um discurso social da cidadania.

Depois se encontram os denominados direitos de solidariedade e de fraternidade (terminologia empregada por Karel VASAK, quando da abertura dos trabalhos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1979) – terceira dimensão – agora tendo como destinatários não só o indivíduo, mas os grupos humanos, coletiva ou difusamente¹⁰⁹, objetivando a manutenção da qualidade de vida humana (paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente saudável, qualidade de vida, informação e comunicação etc.). Surgem os direitos coletivos e difusos, a impor à administração pública e ao sistema de justiça uma revisão estrutural para poder dar atendimento eficiente a estes novos interesses metaindividuais, resultantes de uma nova ordem mundial e com o escopo de assegurar as condições mínimas de vida com dignidade, alcançando uma justiça social universal.

¹⁰⁸“Os direitos sociais fecundaram a justiça social e o bem-estar fez-se nome próprio do Estado. Superou-se o homem isolado em seu individualismo egoísta, vigiado polícialmente e timidamente pelo Estado Liberal. O homem fez-se também o outro. O Estado fez-se a sociedade incontida, diversa, colorida espalhada na festa, no fisco, na fé”. ROCHA, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁹ “Agora, não mais apenas o homem e o Estado, ou o homem e o outro, mas, principalmente, o homem *com* o outro”. ROCHA, *op. cit.*, p. 46.

Enfim, para alguns¹¹⁰, na quarta dimensão dos direitos fundamentais (manipulação genética, mudança de sexo, democracia, informação, pluralismo etc.), ainda não consagrados “na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas”¹¹¹, se encontrariam aqueles resultantes da sua própria globalização a propiciar a final institucionalização do Estado Social. Para o constitucionalista pátrio Paulo BONAVIDES¹¹², estes direitos de quarta geração “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”, propiciando a legitimação da chamada globalização política, juntamente com a econômica e cultural.

É da segunda dimensão¹¹³ suso mencionada que se ocupará este tópico; em específico dos direitos sociais. Decorrencia de sua natureza terminológica plurissignificativa advém a dificuldade de conceituá-los, cujo sentido dependerá do contexto em que forem empregados.

No entanto, num enfoque constitucional, os direitos sociais¹¹⁴ “são normas constitucionais, que se efetivam como dimensões específicas dos direitos fundamentais do homem, refletindo prestações positivas do Estado e permitindo condições de vida mais humanas à classe trabalhadora”¹¹⁵. Ou, “são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a

¹¹⁰ Neste sentido: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002, p. 524-526.

¹¹¹ SARLET, *op. cit.*, p. 54.

¹¹² *Op. cit.*, p. 526.

¹¹³ “[...] todos homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”. (ONU, Declaração Universal dos Direitos do Homem, 10 de dezembro de 1948, art. XXII). Vide também o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966 e ratificado pelo Brasil em 24.01.1992.

¹¹⁴ “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV da Constituição federal.” MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 191.

¹¹⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo : Editora Saraiva, 1989, 1º vol., p.223.

igualização de situações sociais desiguais”¹¹⁶. Embora tratados individualmente, objetivam o interesse maior da comunidade. Exigem dos Poderes Públicos, como sujeito passivo dos direitos sociais, a implementação de medidas com prestações de serviços, que alcancem a melhoria de vida principalmente para os excluídos dos benefícios da convivência social, afastando os absurdos desníveis existentes entre estes e aqueles mais privilegiados.

Decorrem, desta maneira, dos princípios da igualdade e da dignidade humana, estes supedâneos básicos dos direitos fundamentais, que consagram entre nós o Estado Social de Direito. Através desta categoria de direitos surgem os meios materiais necessários à efetivação dos direitos individuais, sendo que aqueles devem ser implementados pelo próprio Estado com atuação positiva; ao contrário do que ocorre com os direitos de primeira dimensão a impor uma abstenção estatal. De nada adianta serem assegurados direitos e liberdades, com objetivo de igualização social, tolhendo-se os destinatários das condições materiais para desfrutá-las. Estas condições materiais é que propiciam uma igualdade real, gerando condições de exercício efetivo da liberdade em condições de dignidade, máxime para os menos favorecidos.

Para Ingo Wolfgang SARLET, a expressão “social” “encontra justificativa, entre outros aspectos [...], na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicação das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico”¹¹⁷. Trata-se, portanto, de instrumento de implementação da igualdade social dos hipossuficientes, os maiores beneficiários dos direitos sociais, pois os mais necessitados do amparo

¹¹⁶ SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 258. E prossegue o autor: “São, portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade. Valcm como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 52.

do Estado, por meio do fornecimento material de condições para exercício dos direitos de primeira dimensão, as liberdades públicas.

É relevante o surgimento da categoria “direitos sociais” na multiplicação dos “direitos do homem”. Através deles estende-se a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem, passando-se a considerar não só o indivíduo humano *uti singulus*, mas também outros sujeitos diversos do indivíduo (família, minorias étnicas e religiosas, ...). É através deles, também, que o homem passa a ser tratado especificamente de acordo com a sua situação na sociedade, e não mais em sua generalidade como homem em abstrato, considerando-se as várias diversidades apresentadas, o que impõe um desigual tratamento e uma desigual proteção justamente para produzir-se a igualdade substantiva (criança, velho, mulher, doente, ...) ¹¹⁸. Para o asseguramento e a utilização dos direitos sociais não se aplica a indistinção, característica dos direitos de liberdade negativa, pois os mesmos somente tratam igualmente os indivíduos em sua generalidade, mas não em sua especificidade. Leva-se em consideração as diferenças existentes entre indivíduos e entre grupos de indivíduos ¹¹⁹. Portanto, igualdade e diferença assumem papel relevante na caracterização dos direitos sociais.

Do gênero *direitos sociais*, decorrem: os direitos sociais dos trabalhadores (individual e coletivo); os direitos sociais da seguridade social (saúde, assistência social, previdência social); os direitos sociais de natureza econômica (busca do pleno emprego, redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e da marginalização, defesa do consumidor e da concorrência); e direitos sociais da cultura (educação, cultura propriamente dita).

¹¹⁸ Bobbio, *op. cit.*, p. 69, traz como exemplos: “[...] em 1952, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, a primeira Assembléia Mundial, em Viena, sobre os direitos dos anciãos, que propôs um plano de ação aprovado por uma resolução da Assembléia da ONU, em 3 de dezembro”.

¹¹⁹ “[...] na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor, um grupo de indivíduos de outro grupo”. BOBBIO, *op. cit.*, p. 71.

Considerando as disposições constitucionais, tem-se outra classificação oferecida por José Afonso da SILVA¹²⁰, a saber: direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais relativos à seguridade; direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente.

No texto constitucional atual, encontra-se expressa menção aos direitos sociais, os quais pela primeira vez na nossa Constituição foram elevados à categoria de direitos fundamentais, por terem sido previstos no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, com filiação aos princípios da indivisibilidade e interdependência¹²¹ dos direitos humanos, compondo um catálogo exemplificativo¹²² - não são *numerus clausus* - daí a sua "abertura" como primeira característica, através, em especial, de normas programáticas (limbo constitucional?).

Seriam normas *não auto-executáveis* (aquelas sem aplicação imediata dependente de regra posterior complementar) "as que indicam planos ou programas de atuação governamental. Estas não só reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, mas também exigem medidas administrativas para que possam tornar-se efetivas"¹²³.

Embora classificados como normas programáticas¹²⁴, não mais podem ser vistos os direitos sociais como "simples programas", "exortações

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 259.

¹²¹ Declaração e Programa de Ação adotado pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), item quinto, primeira parte: "Todos direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados." Estes princípios servem de argumentos contra a divisão dos direitos humanos em gerações, os quais não se excluem e sim se complementam, conjugando liberdade com igualdade e esta com aquela, para o princípio maior da dignidade humana.

¹²² CF, artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1989, p. 11.

¹²⁴ "De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma". BONAVIDES, *op. cit.*, p. 518.

morais", "declarações", "sentenças políticas", "aforismos políticos", "promessas", "apelos ao legislador", "programas futuros", juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade¹²⁵.

A constitucionalização dos direitos fundamentais, decorrência inexorável de sua universalização, entre eles os direitos sociais, resulta na sua normatividade. Sendo a constituição uma "ordem jurídica fundamental de uma comunidade" composta por regras e princípios, embora sua complexa articulação de "textura aberta", considerada como direito positivo, não mais se pode falar em normas constitucionais meramente programáticas no sentido já clássico. Hoje, a estas, é reconhecido um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição¹²⁶. Trata-se de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.

Para o constitucionalista português José Joaquim Gomes CANOTILHO, as normas programáticas ao serem consideradas com positividade jurídico-constitucional, acarretam: "vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam"¹²⁷.

Considerados os direitos sociais como fundamentais, assim definidos no texto constitucional brasileiro, têm-se como resultantes que: é válida também para aqueles a regra de auto-aplicabilidade (direito imediatamente aplicado – princípio da aplicabilidade imediata) prevista no artigo 5º, § 1º¹²⁸ - incluído na Constituição de 88, por influência de outros textos constitucionais, notadamente o artigo 18/1 da Constituição portuguesa, o artigo 332 da Constituição do Uruguai e

¹²⁵ "Urge que os nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias." BULOS, *op. cit.*, p. 355.

¹²⁶ Neste sentido: CANOTILHO, *op. cit.*, p. 183-184.

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 184.

o artigo 1º, inciso III, da Lei Fundamental da Alemanha - com possibilidade de ajuizamento do mandado de injunção em casos de omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito, impossibilitando seu exercício.¹²⁹

Assim, para aquele autor lusitano, não mais se pode distinguir “norma jurídica atual” de “normas programáticas”, sendo todas elas atuais, pois com força normativa independentemente de ato de transformação legislativa¹³⁰. Este é um dos obstáculos a ser superado, ao buscar-se a efetivação dos direitos sociais.

Embora com carga de normatividade (baixa densidade normativa), surge para estes direitos o problema ligado a sua eficácia e aplicabilidade, não bastando para dirimir a controvérsia o constante no artigo 5º, § 1º da Constituição, no que se refere à forma de aplicação para cada grupo de direitos fundamentais – direitos de defesa e direitos a prestações - nem os efeitos jurídicos deles decorrentes.

Para o primeiro grupo, a carga eficaz decorre de uma atitude de abstenção dos poderes estatais em não interferir na esfera privada dos destinatários dos direitos fundamentais, não se necessitando de qualquer prestação daqueles agentes para a plenitude do exercício destes. De regra, este grupo de direitos já recebe do constituinte a suficiente normatividade para operacionalização, sendo desnecessária qualquer atividade legiferante infraconstitucional para lhe propiciar concretude. Entre a previsão constitucional e o exercício do direito para concretizá-lo, não se apresenta como mediação obrigatória a atuação legislativa, podendo, desta maneira, mesmo ante a ausência desta, buscar-se a tutela jurisdicional para garanti-lo. São direitos de imediata aplicação, para usar-se a expressão clássica. Nestes, incluem-se os direitos sociais de defesa – liberdades sociais – portadores de aplicabilidade imediata ao impor a simples omissão dos Poderes Públicos, independentes de concretização legislativa intermediária com a situação fática, exigível em juízo. Para os direitos

¹²⁸ Neste sentido: SARLET, *op. cit.*, p. 239-241.

¹²⁹ Neste sentido: MORAES, *op. cit.*, p. 192.

¹³⁰ Neste sentido: SARLET, *op. cit.*, p. 269-270.

de defesa – direitos subjetivos individuais - “a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito”.¹³¹ Em síntese, prevalecem para eles a aplicabilidade imediata e a maior eficácia possível.

Problemas maiores surgem com relação ao segundo grupo – o dos direitos a prestações – no que se refere a sua aplicabilidade, eficácia e efetividade, em virtude de que possuem por objeto a necessidade de manifestação concreta, conduta positiva dos poderes públicos, máxime em matérias econômicas e sociais, para que possam ser exercitados¹³². Não basta a sua simples positivação em sede constitucional, o que já lhe proporciona normatividade, mas imprescindível também é a atuação concreta dos poderes públicos na implementação de medidas – políticas públicas – para propiciar-lhes exeqüibilidade.

Os poderes públicos tornam exeqüíveis os direitos sociais através de atividades prestacionais estatais as mais variadas possíveis, atendidas as circunstâncias específicas de cada tipo de direito fundamental. Embora esta variedade ampla de atividades do Estado, pode-se dividir as prestações sociais em quatro grupos: prestações sociais em sentido estrito (assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino etc.); subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (utilização de bens públicos e instituições, fornecimento de gás, luz, água etc.) e participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior (participação em recursos naturais de domínio público).

Os direitos sociais impõem aos poderes públicos prestações estatais para dar concretude aos direitos e liberdades individuais. Desta maneira, revela-se como importante para isto a conotação econômica destas prestações, a impor a alocação de recursos para a efetivação dos direitos sociais, recursos – materiais,

¹³¹ SARLET. *Op. cit.*, p. 256.

¹³² “[...] os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos”. FARIA, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma*

humanos e financeiros decorrentes da arrecadação e da receita tributária do Estado - estes dependentes da conjuntura socioeconômica global, a fornecer os meios necessários para o cumprimento da obrigação. Surge, desta conotação econômica, a denominada "reserva do possível", composta pela necessária existência dos recursos a propiciar a efetivação dos direitos sociais prestacionais, como ainda da legitimação do Estado em dispor destes recursos – possibilidade jurídica de disposição – para implementação dos mesmos.

No que concerne à estrutura jurídico-normativa, a positivação dos direitos sociais prestacionais, diversamente dos direitos de defesa que podem ser aplicados diretamente aos casos concretos, é feita de maneira vaga e aberta, propiciando-se a concretização legislativa infraconstitucional adequada ao momento socio-econômico de sua aplicação, sob pena de, uma vez ocorrendo o engessamento na norma constitucional, comprometer-se a sua própria efetividade. Ainda com relação à descrição constitucional destes direitos, depara-se com a dificuldade de definir com certa precisão o próprio objeto da prestação (direito à saúde, direito ao trabalho, direito à educação etc). Nestes casos, quais seriam as prestações que compõem o objeto do direito à saúde, ao trabalho, à educação?

Os direitos sociais são considerados direitos relativos, e esta relatividade advém da necessidade, via de regra, de concretização legislativa para sua implementação, bem assim a sua dependência do momento socio-econômico em que vai ser aplicado. Sua realização depende da disponibilidade de meios e do planejamento e operacionalização de políticas públicas na esfera socioeconômica.

Esgrimem-se os doutrinadores no reconhecimento dos direitos sociais a prestações, mais especificamente os direitos originários¹³³, como direitos subjetivos, característica esta que possibilitaria buscar-se a tutela jurisdicional para exigir do Estado determinada prestação material. Trata-se da justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais.

avaliação da justiça brasileira. In *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. Org. José Eduardo Faria. 1. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002, p. 105.

¹³³ “[...] a possibilidade de – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa – reconhecer-se um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípua do direito fundamental consagrado pela Constituição”. SARLET, *op. cit.*, p. 276.

Tais direitos possuem natureza aberta e formulação vaga, mas estas, no entanto, não lhes retiraria a imediata aplicabilidade e a plena eficácia, as quais poderiam ser alcançadas através da prestação jurisdicional no sentido de esclarecer, numa atividade interpretativa, o conteúdo das normas correspondentes àqueles.

Poderiam, também, tratar-se de direito subjetivo, pela combinação do já citado artigo 5º, § 1º da Constituição Federal com o artigo 5º, inciso XXXV – inafastabilidade do controle judiciário – do mesmo diploma legal, o que possibilitaria aos tribunais concretizar a fruição do objeto da prestação, propiciando efetividade aos direitos sociais.

Em qualquer dos dois enfoques, a vagueza surgida na norma referente a direito social prestacional não concretizada pelo legislador infraconstitucional, poderia ser completada pela atuação judiciária, suprimindo-a através da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Para este esposamento, não haveria afronta à separação dos poderes, por não se encontrar o Judiciário imiscuindo-se na atividade do Legislativo e sim cumprindo o poder-dever de dar concretude ao direito correspondente.

Já, justamente esta abertura e vagueza, poderiam justificar um posicionamento contrário à caracterização destes direitos como subjetivos. Sendo inviável em norma constitucional, como já dito, a positivação destes direitos com delimitação do conteúdo e da prestação que constitui o seu objeto, resultaria numa norma a exigir uma *interpositio legislatoris*, somente após o que se poderá buscá-los no Judiciário, exigindo sua efetivação.

Como argumento contrário, também, poderia ser utilizada a já mencionada “reserva do possível” – disponibilidade de recursos + capacidade jurídica de disposição – como empecilho à possibilidade de buscar-se no Judiciário a efetivação dos direitos sob comento. A maneira de disposição dos recursos a serem carreados à execução das políticas públicas operacionalizadas para dar efetividade aos direitos sociais, é decidida pelos poderes públicos dentro de seus critérios de prioridades. Desta maneira, não poderia o Judiciário imiscuir-se nestes critérios que dependem não só de uma apreciação jurídica, mas

condicionados a outros fatores, como do momento socio-econômico já mencionado.

Teve-se, portanto, acima tratados, alguns argumentos contrários e outros favoráveis ao reconhecimento dos direitos sociais prestacionais como direitos subjetivos a prestações sociais.

Capítulo II

CARACTERES EVOLUTIVOS DA INSTITUIÇÃO ESTATAL¹

2.1. A GÊNESE DO ESTADO ORGANIZADO

Mesmo antes de uma forma política de organização social existiu uma forma de vida social pré-política e até uma forma de vida, de uns com os outros, verdadeiramente pré-social.

Numa viagem ao passado, vê-se que, das formas arcaicas de formação de grupos de indivíduos pensantes, nasceu o que se pode denominar de sociedades. Saliente-se que a comunidade primitiva é coexistência e agregado², nem sequer podendo falar-se, propriamente, em uma sociedade, pelo fato de que não existia este sentimento ou esta representação de um todo que é ao mesmo tempo um conjunto, porque nesta comunidade o grupo formava uma unidade homogênea e indecomponível de onde um indivíduo somente poderia se destacar

¹ “Assim como o Direito, é o Estado uma criação do homem, ser eminentemente social. O Estado é uma instituição necessária e natural, instrumento utilizado pelo homem para alcançar fins de seu interesse, em determinada etapa do processo civilizatório. Sem desejarmos tomar partido entre as diversas teorias que procuram explicar a origem do Estado, somos que uma multiplicidade de fatores interferiram em conjunto na sua gênese. Sendo ele uma instituição complexa, é evidente que condições diversas se congregaram para a naturalidade de sua formação.” FERREIRA, Pinto. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo : Editora Saraiva, 1975, p.144.

² “O Estado, além de ser um centro de imputação de normas, como o quer com exclusividade Hans Kelsen, é também uma entidade agregadora dos homens que vivem em determinada sociedade. A correção que exerce sobre os seus súditos não é um fim em si mesma, mas meio para que consiga, o quanto possível, a paz e a justiça social. Este é o Estado verdadeiramente democrático, síntese a que chegará após o inevitável choque dialético das posições extremamente opostas. Se é verdade, ao menos em parte, que historicamente o Estado tem servido de instrumento da classe dominante para a manutenção de situações de privilégios, em detrimento das classes menos favorecidas, não menos verdade é que tal fato decorre mais de uma situação patológica do que da própria estrutura da instituição. O Estado do futuro, temos a certeza, perderá esta característica marcante, decorrente também da falta de legitimidade e representatividade dos detentores do poder político. De uma forma ou de outra, com pessimismos ou otimismo, não nos resta outra saída, senão o fortalecimento do Estado democrático, único instrumental de que dispomos para combater a injustiça social e proporcionar um melhor nível de vida aos homens. Não importa o gigantismo do Estado moderno, importa sim, que ele esteja voltado para os interesses coletivos e sinceros da maioria da população; ganhando, destarte, ~~foros~~ de legitimidade social.” JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1999, p.1-2.

de forma lenta. Seriam, verdadeiramente, entes gregários, sociedades sem Estado.

Esses grupos de indivíduos caracterizavam-se pelo seu modo de organização social. A obtenção de sustento e sua divisão no grupo faziam surgir conflitos³ que desafiavam a pretensa sociedade a solucioná-los, para que então a vida em coletividade fosse sustentável.

Quanto a estes conflitos, que fizeram com que surgissem comandos que mais tarde vieram a transmutar-se em regras e normas⁴, Juan Ramón CAPELLA conclui:

Portanto: nas comunidades primitivas, dotadas *unicamente* de moralidade positiva⁵, um artifício social muito elementar, a inexistência do que nós chamamos de "direito" se explica pela ausência de *conflituosidade social*. Os conflitos que surgem em seu seio, internamente, se dão só entre indivíduos isolados, ou entre algum destes e a comunidade como tal; mas ficam excluídos os conflitos estruturais ente *grupos* pertencentes à mesma sociedade, que poriam em perigo a subsistência da comunidade como tal. O modo de produção da comunidade primitiva não origina conflitos desse tipo. O acesso aos meios de produção e de vida está garantido pela pertença à comunidade. A distribuição de tarefas e do produto sociais se realiza, para dizê-lo de um modo intuitivo, como no interior de uma família.⁶

³ "É possível, reconhecemos, que num primeiro momento esses problemas da sobrevivência coletiva tenham primado sobre os da própria individualidade. Mas é inegável que, tornando-se os homens responsáveis não só pela própria sobrevivência pessoal, mas também pela resolução dos problemas que permitissem a manutenção e a sobrevivência do grupo social, deu-se lugar aí a uma função voltada aos interesses da coletividade, à resolução dos problemas que ultrapassam os indivíduos, os problemas transpessoais, os problemas coletivos enfim. Trata-se do aparecimento do político." BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 3-4.

⁴ "A biologia humana cria a predisposição para resolver problemas de ação coletiva, mas as normas e metanormas escolhidas por um determinado grupo de indivíduos são uma opção cultural, não um produto da natureza. Assim como os seres humanos nascem com capacidade para aprender e usar a linguagem, a linguagem que eles adquirem de fato, depende da cultura na qual eles crescem. Assim, é necessário ir além das estruturas cognitiva e emocional, que são universais para todos os seres humanos, até as normas que foram geradas e desenvolvidas por sociedades humanas. [...] Os seres humanos são, por natureza, criaturas sociais dotadas de certas capacidades naturais para resolver problemas de cooperação social e para inventar regras morais para restringir a opção individual. Eles criam ordem espontaneamente, buscando simplesmente seus objetivos individuais diários e interagindo com outras pessoas." FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura: a natureza e a reconstrução da ordem social*. Rio de Janeiro : Rocco, 2000, p. 197-241.

⁵ "Chamar-se-á *moralidade positiva* ou *normas de uso social* o conjunto de normas cuja força para ordenar a vida comunitária é fundamentalmente ideológica, do tipo 'tabu', descrita. Este mecanismo cultural de regimentação social, que organiza socialmente às comunidades primitivas, é anterior ao direito e mais simples que este." CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao Estudo do Direito e do Estado*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre : 2002. p. 40.

⁶ Idem.

Analisar, portanto, os meios de produção/obtenção de sustento é aspecto de relevo para o entendimento do nascedouro do que hoje podemos denominar de Estado, enquanto organização política, pois, nas palavras de Hermes LIMA:

Em nossa espécie, a sociedade não é só de pessoas, mas também de coisas produzidas pelo trabalho. Este, além de social, é executado por seres pensantes, através de instrumentos fabricados. Graças ao trabalho apropriamo-nos da natureza e incorporamo-la aos objetivos do mundo que nos é peculiar. Se não houvesse produção de bens, a sociedade humana seria semelhante à dos animais. É pela produção que o homem destaca-se, em definitivo, do mundo animal e parte para a edificação do mundo humano.

O mundo humano não se compõe de uma série de pensamentos nem de mera coleção de desejos suspensos no ar. Ele é algo de concreto e provém do trabalho social produtivo.⁷

Pode-se dizer que antes do surgimento do Estado propriamente dito existiam certas formas de convivência pré-sociais, quase anarquistas. "Sociedades" marcadas apenas pela conformação com o parentesco foram precursoras do Estado em sentido amplo, marcado pelos laços políticos.

Para a formação de um determinado grupo era fundamental uma relativa organização⁸, um vínculo entre os indivíduos que, decorresse ou não de parentesco, deveria estar submetido a determinadas normas ou regras.

Assim, a necessidade de organizar as atividades na árdua luta pela manutenção da comunidade e a solução das desavenças surgidas no próprio seio do grupamento, logo convenceriam os homens de que era preciso acatar a autoridade de alguém com mais competência técnica.

⁷ *Introdução à ciência do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1962, p. 7-

8

⁸ "A sociedade, complexo de pessoas e coisas, exige necessariamente uma organização, que, orientando a vida coletiva, discipline a atividade dos indivíduos e assegure a distribuição dos bens. Essa organização tem seu ponto básico de articulação no modo pelo qual os homens produzem e possuem e comerciam. [...] A estrutura das sociedades constitui um todo dotado do dinamismo que resulta dos choques e contradições entre fatores componentes dela. [...] Há, conseqüentemente, um processo histórico na organização e transformação das sociedades, cujo ponto de referência são as relações que entre os indivíduos se estabelecem, ao se lançarem à tarefa de produzir os bens destinados à satisfação das necessidades sociais. Essas relações comprovam que os homens 'não podem produzir sem associar-se para atuar em comum e sem estabelecer intercâmbio de atividades. Para produzir, os homens contraem determinados vínculos e relações

Não há uma autoridade jurídico-política encarregada de ordenar, vigiar e castigar. Existe, em suma, alguma <autoridade> técnica: a dos adultos depositários de certo saber médico, agrícola, etc., saber que nunca pode privatizar-se excessivamente, pelos demais, posto que nestes tipos de comunidades esse produto do fazer social que a cultura resulta absolutamente indispensável para a sobrevivência.⁹

Com o fracionamento das comunidades em grupamentos menores, o chefe dos grupamentos, ou seja, aquele que tem dons oratórios, encarregado da caça, da pesca, da administração do patrimônio da comunidade, dos encargos religiosos, com capacidade de coordenar as atividades de guerra, ofensivas ou defensivas, tem sua autoridade reforçada, fazendo surgir uma comunidade gentílica¹⁰. Porém, o modelo de poder coercitivo só era aceito em ocasiões excepcionais, quando o grupo era confrontado com uma ameaça externa.

A autoridade, então repousava mais na coação psicológica e moral do que na força. Caso fosse necessário recorrer a esta, aplicada pelos chefes, a estrutura de comando emanava direta e invariavelmente da própria comunidade.

Deste modo, as sociedades primitivas não eram apenas governadas pelo costume, havendo também claros elementos psicológicos nesta vocação política do chefe.

O Estado teria, pois, surgido quando houve necessidade de uma separação entre os representantes exclusivos do poder e do saber, e o número daqueles cujo destino é o de se lhe submeterem. A história da Humanidade não se inicia com a escrita, mas com a agricultura, tão logo o homem se fixou à terra. O mesmo vale para o Estado, visto que foi a fixação do homem ao solo que ensejou a sua consolidação.

sociais, e somente por intermédio deles se relacionam com a natureza e se efetua a produção'." LIMA, Hermes, *op. cit.*, p. 8-10.

⁹ CAPELLA, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰ As comunidades gentílicas eram pequenos agrupamentos humanos, unidades com autonomia social, política e religiosa que sobreviviam com uma economia natural e coletivista. Os membros eram unidos por laços de parentesco consanguíneo e religioso e o chefe era o *pater familias*. Essas comunidades eram marcadas pela inexistência das desigualdades socio-econômicas pois não havia propriedade privada, sendo a única distinção o grau de parentesco com o *pater* que indicava a "posição" social do indivíduo perante o grupo a que pertencia. O regime gentílico se dissolveu com o aumento da população, do consumo e da falta de terras.

No Estado, os indivíduos humanos¹¹ são compelidos a se organizarem em determinada maneira pela irresistível força de sua natureza.¹²

Essa organização não é uma mera superposição de partes. Necessário que essas partes, esses indivíduos vibrem num mesmo ritmo, ou seja estejam em sintonia através da obediência a determinadas normas, a regras específicas que delimitam o movimento de cada um de forma a sintonizar todos na convivência coletiva.

Argumenta Antonio Carlos WOLKMER:

O homem, enquanto realidade histórico-social tende a criar e desenvolver, no contexto de um mundo natural e de um mundo valorativo, formas de vida e de organização societária. A espécie humana fixa, na esfera de um espaço e de um tempo, tipos e expressões culturais, sociais e políticas, demarcadas pelo jogo dinâmico das forças móveis, heterodoxas e antagônicas. Cada indivíduo, vivendo na dimensão de um mundo simbólico, lingüístico e hermenêutico, reflete padrões culturais múltiplos e específicos. Sendo a realidade social o reflexo mais claro da globalidade de forças e atividades humanas, a totalidade de estruturas de um dado grupo social precisará o grau de modalidade de harmonização deste.¹³

Porém, a origem do Estado¹⁴ não se reduz a uma mera manifestação de vontade de indivíduos humanos reunidos sob normas.

¹¹ “É certo que nessa época se poderia estar muito longe da institucionalização do poder tal como conhecido no mundo moderno. [...] Não se havia ainda ganho a autonomia do político. Mas o fato de ele não ter nessa época se destacado plenamente de outras funções não quer dizer que já não existisse uma função política.” BASTOS, *op. cit.* p. 4.

¹² “A tendência natural e espontânea do homem – associar-se a outros seres humanos – parece ser uma condição fundamental na consideração de toda relação entre indivíduo, sociedade e Estado. Isso nos leva a questionar, não só a natureza do homem, como a própria natureza da sociedade e do Estado, bem como os limites da liberdade do homem e da autoridade.” WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 2. ed. rev. e ampl.. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 62.

¹³ WOLKMER, *op.cit.*, p. 61.

¹⁴ “Afirma Aristóteles que ‘*el Estado procede siempre de la naturaleza, lo mismo que las primeras asociaciones, cuyo fin último el aquél; porque la naturaleza de una cosa es precisamente su fin, y lo que es cada uno de los seres cuando ha alcanzado su completo desenvolvimiento se dice que es su naturaleza propia, ya se trate de un hombre, de un caballo o de una familia. Puede añadirse que este destino y este fin de los seres es para los mismos el primero de los bienes, y bastarse a sí mismos es, a la vez, un fin y una felicidad. De donde se concluye evidentemente que el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana*’.” Aristóteles. “La política”, Libro Primero, Capítulo 1 (*Origen del Estado y de la sociedad*). Tradução de Patricio de Azcárate. En la edición de Espasa Calpe, Madrid, 1982. P.23 in ROSATTI, Horacio Daniel. *Teorías sobre el origen y justificación del estado*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Editora Revista dos Tribunais, ano 9, n. 35, p. 51-52, abr./jun. 2001.

O Estado é uma realidade jurídica. Para sua existência e manutenção é imprescindível a idéia de ordem. Conflitos podem dissolver um pequeno grupo, o que, em proporções gigantescas, poderia destruir o Estado. Para que isso não ocorra, criou-se a ordem, positivando normas.

Daí conclui-se que a razão de ser do Estado reside no fato de ser ele a expressão harmônica e abstrata de uma sociedade e sua finalidade está na manutenção da ordem social através da aplicação do direito, pois que está sujeito a incessantes fatores de instabilidade que, se não submetidos a controle, podem determinar sua crise e ruína.

Então, tem-se que o Estado não é uma mera somatória de indivíduos, partes unitariamente entendidos, caso contrário bastaria uma estrutura compositiva, apenas para definir Estado. Trata-se de uma diferença existencial.

Celso Ribeiro BASTOS assim entende:

[...] um Estado não é senão uma modalidade muito recente na forma de a humanidade organizar-se politicamente. Antes do Estado, o homem passou por estruturas bastante diferentes de organização do poder político. Mas, já aqui, não há que se falar em formação da sociedade, uma vez que já estava formada e já trazia dentro de si o próprio fenômeno político. É interessante notar, contudo, que a idéia do político se mantém relativamente imutável através dos tempos. O político como próprio do coletivo, do geral, do comum a todos, presente até os nossos dias.¹⁵

A conservação do Estado não depende simplesmente dos indivíduos que o constitui e tampouco da forma específica da organização política a que se

¹⁵ “Todos nós temos uma noção empírica do ente social Estado, no sentido de que o vocábulo suscita, sem mais, na memória, este ou aquele agregado estatal do passado ou do presente. Por outro lado, é mister aprofundar um pouco tal conceito, tão genericamente possuído, e, antes de tudo, parece ser necessário precisar – ainda que seja necessário precisar – ainda que seja apenas em suas linhas gerais – qual seria a noção satisfatória que dele oferece a ciência juspublicista contemporânea. Resulta, na prática, como axioma de grande aceitação a constatação de que o Estado: ‘é um ente social que se forma quando, em um território determinado, um povo se organiza juridicamente, submetendo-se à autoridade de um governo’. Disto se deduz que o Estado, ao apresentar-se como ‘um ente social com uma ordenação estável e permanente’, pode, concomitantemente, ser considerado, – segundo a teoria institucional do direito, mais acima resumida sinteticamente em seus enunciados principais – uma instituição ou uma ordenação jurídica (ainda mais: a mais aperfeiçoada e eficiente dentre todas do mundo contemporâneo), que abraça e absorve, em sua organização e estrutura, todos os elementos que o integram, adquirindo, em relação a eles, vida própria e formando um corpo independente, que não perde sua identidade, pelas sucessivas e eventuais variações de seus elementos.” Paolo Biscaretti di Ruffia, *Direito constitucional*, p. 33-34, in BASTOS, *op. cit.*, p. 4.

submetem desde que todos “vibrem no mesmo ritmo”. A alteração na vibração de algum dos elementos componentes poderia acarretar uma mutação no Estado.

Para evitar essa mutação abrupta é necessário o equilíbrio entre as forças políticas componentes de um determinado Estado. Caso contrário, a dissonância entre os indivíduos que compõe o Estado (cada um vibrando em um tom), acarreta as conhecidas revoluções, as crises políticas, a desordem social, o crescimento da criminalidade, a insegurança pública.

Ao contrário do pensamento de Platão, não existe um Estado ideal, modelo a ser almejado, pois sempre estará sujeito às variações que lhe são impostas pela convivência em sociedade.

A sociedade¹⁶, então, traduz-se na convivência permanente entre os seres humanos do que resulta não só do modo de organizar as relações como também dos diferentes modos de pensar, agir, de viver coletivamente. A estrutura das sociedades constitui um todo dotado do dinamismo que resulta dos choques e contradições entre fatores componentes dele.

Para minimizar os efeitos das crises de convivência em coletividade, reação normal numa sociedade, foi necessária a criação de certas regras, que mais tarde se transformariam nas conhecidas normas. As regras traduziam-se em simples proibições. Tais proibições, diferentemente daquelas que aparecem nas sociedades modernas, não continham caráter jurídico-político, mas um caráter não-jurídico, haja vista que se impunham por meios diferenciados, através de castigos àqueles que as transgrediam.¹⁷

¹⁶ “É um truismo afirmar-se que o homem é um animal social. Com efeito, tem sido esta sua situação em todos os tempos, a de viver em sociedade. Nada obstante isto, os autores se esforçam em procurar explicações para a formação desta, para o que teria levado o homem a abandonar uma situação de vida individual a fim de entrar numa forma qualquer de organização social. Quer-nos parecer que nunca será possível identificar uma razão específica para a formação da sociedade. Ela se confunde com o próprio evoluir do homem, perdendo-se, portanto, nas origens da própria espécie humana”. Idem, p. 3.

¹⁷ “A regulamentação que vertebrá socialmente uma comunidade primitiva se expressa em forma de *relatos míticos* que se transmitem de geração em geração. Estes relatos são *representações metafóricas* da prática social. Ao serem compartilhados comunitariamente e formando parte das crenças comuns, as regras de comportamento que contêm ou que se desprendem deles se impõem com toda força emocional de uma crença de tipo religioso sobre seres humanos escassamente independentes das necessidades naturais imediatas. Estes relatos míticos fazem possível que uma comunidade se identifique como dotada de existência autônoma, *separada*”. CAPELLA, *op. cit.*, p. 38.

A palavra Estado tem origem do latim *status*, o que está, uma situação, um estatuto. É uma forma neutra substantivada do verbo *stare*, cujo significado é estar em pé, manter-se. O vocábulo apresenta radical *st*, de origem indo-européia, que significa permanência, duração.¹⁸

No sentido de corpo político a palavra *Estado* apareceu primeiro na Itália, no começo do século XVI. Hermes LIMA anota:

Escreve BUCKHARDT que foi no mundo italiano da Renascença, quando pululava uma multidão de corpos políticos, cidadãos e soberanos despóticos, que primeiro apareceu o espírito político moderno. Surge aí o Estado como uma criação calculada, procurada como "une machine savante".¹⁹

É evidente que no rigor técnico-jurídico apenas pode-se falar de Estado quando a doutrina e a lei conseguiram conceituá-lo, isto é, depois de Nicolau Maquiavel²⁰, que combateu o governo limitado e a ética na política, pois acreditava que, em política, só se devem ter em mente os fins a atingir, sem se deixar dominar por preconceitos de ordem moral, ("O fim justifica os meios."). Dizia que "mais vale ser temido do que amado"²¹. Só via nos homens cinismo, ambição, egoísmo e interesses pessoais. Descrevia o Estado, não de acordo com algum elevado ideal, mas como na realidade era em seu tempo e do absolutismo e, muito especialmente, depois das constituições escritas do liberalismo e das respectivas conseqüências, seja o direito constitucional, seja a Teoria Geral do Estado.

¹⁸ "A expressão Estado, que constitui uma organização política de importância primordial, deriva de uma palavra que tem a sua origem no latim *status*." FERREIRA, Pinto, *op. cit.*, p.79.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 26.

²⁰ "O maquiavelismo, no seu significado mais próprio, é um aspecto da luta para a formação do Estado absoluto, quer dizer, do Estado sem limites. Até agora falamos do Estado cujo poder é absoluto no sentido jurídico, quer dizer, sem limites jurídicos (*legibus solutus*). Mas podiam ser admitidos outros limites além dos jurídicos, como os religiosos e morais. Quando se proclamava que o príncipe estava acima das leis, geralmente, não se queria dizer com isso, que ele estivesse também acima das leis divinas e morais. Por meio da teoria do maquiavelismo são quebrados também esses limites: o príncipe não é mais somente livre dos vínculos jurídicos, mas também (para usar uma expressão provocativa) além do bem e do mal, quer dizer livre dos vínculos morais que delimitam a ação dos simples mortais. O maquiavelismo neste sentido é a exposição teórica mais audaciosa sobre o absolutismo do poder estatal." BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed.. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1995, p 13-14.

²¹ MAQUIAVEL. *O Príncipe*. Comentários de Napoleão Bonaparte. Tradução e notas: Edson Bini. 12. ed. São Paulo : Nova Tradução, p. 123-127.

Historicamente, vê-se que o Estado, se não esteve sempre presente na organização humana, é uma constante à medida que cresce o grau de abrangência populacional e, conseqüentemente, a complexidade das organizações. O Estado, tal qual é hoje, embora guarde profundas semelhanças com instituições políticas antigas, é fruto de um processo de formação que se inicia no final da Idade Média, com a dissolução do Estado teocrático feudal.

2.2. O ESTADO ABSOLUTO

“O Estado absoluto nasce da dissolução da sociedade medieval que era de caráter eminentemente pluralista.”²²

Na idade moderna, os intelectuais sobrepujando a mentalidade medieval²³, criaram uma ideologia política típica do período, legitimando o absolutismo.

A decadência do Império Romano deu lugar à formação de aglomeração de ducados e principados distribuídos por toda Europa, entre os séculos IX e XIV. A organização da sociedade passou a ser sustentada pelos domínios territoriais representados pelos feudos, havendo assim a predominância das relações feudais que tinham seu assento na propriedade agrária e no trabalho servil. Essa organização social, política e econômica passou a ter os seus dias contados com o aumento da população e a necessidade, cada vez maior, de distribuição de feudos entre os servos. À medida que o comércio se expandia, crescia a burguesia, num primeiro momento, visto sob o ponto de vista

²² Idem, p. 11.

²³ “Contra a sociedade pluralista medieval, as grandes monarquias absolutas do início da Idade Moderna se formam através de um duplo processo de unificação: 1) unificação de todas as fontes de produção jurídica na *lei*, como expressão da vontade do soberano. [...] 2) unificação de todos os ordenamentos jurídicos superiores e inferiores ao Estado no *ordenamento jurídico estatal*, cuja expressão máxima é a vontade do príncipe. Este processo de unificação desenvolve-se em duas direções: a) na *liberação* operada pelas monarquias absolutas em relação aos poderes superiores, como a Igreja e o Império. [...] b) na *absorção* dos ordenamentos jurídicos inferiores, motivando então a luta do rei contra os senhores feudais, contra as autonomias comunais e os privilégios das corporações.” BOBBIO, *op. cit.*, p. 12.

econômico, para depois se afirmar também politicamente. É em meio a todos esses acontecimentos que o aglomerado de ducados e principados vai cedendo lugar à formação dos Estados com o fortalecimento dos reis e o enfraquecimento dos senhores feudais. Ergue-se assim o Estado moderno centrado no absolutismo, convertido posteriormente em liberalismo, com o Estado deixando de ser absoluto para se firmar como Estado liberal.

2.2.1. CONCEITO DE ABSOLUTISMO

O termo absolutismo identifica, sobretudo, um regime político caracterizado como um regime onde o soberano é o detentor do direito de fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las como responsável último pela execução e vigilância, depositário, portanto, do poder executivo, legislativo e judicial. Nestas condições, o rei absoluto está sujeito aos princípios morais e religiosos que lhe competem.

O absolutismo tinha o objetivo de tornar a nova unidade Estado – nação superior - em eficiência e segurança, aos processos anteriores de governo. Absolutismo é, afinal, o meio de dotar um determinado espaço político de instituições coordenadoras e unificadoras, de modo que ele se mantenha como realidade mais vantajosa e como poder acima do particularismo.

O absolutismo, na prática, é uma doutrina de governo para a manutenção da unidade da soberania e de um poder de decisão superior a todos os outros e habilitado como meio para se manter como tal.²⁴

²⁴ “O Estado, entendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência a colocar-se como *poder absoluto*, isto é, como poder que não conhece outros limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder superior. Este poder do Estado foi chamado de *soberania*, e a definição tradicional de soberania, que se adequa perfeitamente à supremacia do Estado sobre todos os outros ordenamentos da vida social, é a seguinte: *potestas superiorem non recognoscens*. Portanto, o Estado absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior.” BOBBIO, *op. cit.*, p.11.

A grande novidade do sistema político moderno é a concentração do poder, ou seja, o trânsito de uma concepção corporativa de sociedade e do poder político em que este estava originariamente distribuído pelos vários corpos sociais, para uma outra em que o poder se concentra no Estado, dele se esvaziando a sociedade.

Com a absolutização e concentração do poder, o que se verifica não é apenas um aumento quantitativo das tarefas do poder central, mas uma mudança qualitativa das suas atribuições e dos seus objetivos.

A linguagem jurídico-política registra este surgir de novas tarefas e de novos objetivos para o poder central através do aparecimento de um vocábulo específico – a polícia – provindo da palavra grega *politeia* e que designava a ordenação natural da cidade.

A polícia representa o novo desígnio ordenador do poder em relação a uma sociedade que já não é considerada como reflexo de uma ordem natural, mas que carece de ser organizada em função do aumento do poder do rei. Estes desígnios são levados a cabo por uma atividade administrativa interventora e que toma ela própria a iniciativa, pois a sua finalidade não é mais a salvaguarda do existente, mas a criação de algo de novo, não só defendendo os povos do mal, mas proporcionando-lhes um bem-estar suplementar.

2.2.2. A LEI NO CONTEXTO ABSOLUTISTA

No período pré-absolutista, o direito era superior à lei e a esta transcendia. Isto implicava em não ser o poder político o titular constitutivo do direito. O pensamento moderno viria a converter a lei no *constituens* do direito e o poder político estaria definido como poder criador do direito, num sistema político constituído juridicamente como estado de legislação²⁵.

²⁵ “As normas sociais informais podem, frequentemente, refletir a capacidade de um grupo de dominar outro por meio de mais riqueza, poder, capacidade cultural ou intelectual, ou através de violência e coerção. As normas que justificam a escravidão são um exemplo. Muitas pessoas diriam que essas normas

A concepção de lei defendida por Thomas HOBBS (1588–1679) é a que mais se aproxima do absolutismo, pois entendia que entre os poderes de soberania que foram transferidos para o soberano pelo contrato político de sujeição destaca-se o de legislar. Autor de *Leviatã*²⁶ (estudo filosófico do Absolutismo), o filósofo racionalista considerava a política como ciência. Concebeu um Estado soberano onde este não tem qualquer limite.²⁷ Isso porque o Estado, esse grande Leviatã, foi criado pelos homens sob duplo impulso: das paixões e da razão.

Dizia que os homens viviam originalmente em estado natural sem se sujeitar a nenhuma lei, vivendo, portanto, no caos.²⁸ Teriam que optar por formar uma sociedade civil e firmaram um contrato, no qual cediam todos os seus direitos a um soberano suficientemente forte para protegê-los, sendo lícito ao rei governar despoticamente, não porque tenha sido escolhido por Deus, mas porque o povo lhe concedeu o poder absoluto.

A justiça da lei tem como fim a manutenção da paz no Estado, que só a vontade eficaz do Leviatã²⁹ pode assegurar. Para HOBBS, o essencial para assegurar a paz não é a causa justa da lei, mas a sua efetividade, ou seja, o poder

não representam os resultados de uma negociação voluntária, não podendo portanto ser descritas como espontâneas. Mas muitas dessas normas eram mais voluntárias do que as pessoas pensam. [...] Em outras palavras, certas normas podem ser vistas como injustas mesmo que tenham sido aceitas voluntariamente pelas comunidades que as praticam. O julgamento a respeito de normas serem inerentemente justas ou injustas está além do escopo de qualquer ciência social. [...] Como a origem da maior parte das normas evoluídas informais se perdem no tempo, com frequência pouco sabemos a respeito dos interesses que foram ou não atendidos por sua criação e existência continuada. [...] A hierarquia é necessária para corrigir defeitos e limitações da ordem espontânea. Ela no mínimo supre bens públicos, como a defesa e a proteção dos direitos de propriedade. Mas além disso, a ordem política ajuda a criar ordem social de pelo menos três maneiras. Primeira, ela cria normas diretamente através de legislação. O ditado 'não se pode legislar moralidade' é verdadeiro somente em parte; os estados não podem fazer com que indivíduos sigam normas que violam importantes instintos ou interesses naturais. Mas eles podem moldar normas informais e o têm feito ao longo da história. [...] A segunda maneira pela qual a ordem política estabelece ordem social é criando as condições para trocas de mercado pacíficas, e portanto a expansão dos limites das pequenas comunidades." FUKUYAMA, *Op. cit.*, p. 226-244.

²⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã* – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo :Editora Martin Claret, 2003.

²⁷ "Hobbes alertava para o fato de que somente a autoridade e a razão refreariam o impulso agressivo, insaciável e egoísta do homem em seu estado natural, e, em assim sendo, imperiosa seria a organização política de uma sociedade em que o governo, visando à segurança e o bem estar do todo, não encontraria limites de poder." WOLKMER, *op. cit.*, p. 63.

²⁸ "El hombre es un ser agresivo por naturaleza. La agresividad es consecuencia del deseo de sacar ventaja en un contexto inicial de igualdad fáctica en términos de fortaleza e ingenio. La combinación de la 'ambición' y la 'igualdad fáctica' genera un ambiente de permanente conflictividad y recelo; la guerra sobrevuela la convivencia social." ROSATTI, *op. cit.*, p. 53-54.

sancionador que lhe é ínsito. Assim, a *ratio* da lei é a própria vontade soberana e o indivíduo assume uma renúncia quase total para ter o Estado como segurança.

Horácio Daniel ROSATTI destaca:

El Estado absorberá todo el poder posible de la población y conformará – para lograr su objetivo – una estructura institucional que en la práctica se presentará virtualmente *autosuficiente*, por la magnitud de sus atribuciones, *autorreferencial* por los fundamentos de su poder, *hermética* por su nula permeabilidad frente a los reclamos de los súbditos, *incondicional* porque el cumplimiento de sus fines es incompatible con la formación de reservas de parte de los contratantes al momento de contratar, *impune* pues toda pretendida sanción al soberano sería una sanción del súbdito contra sí mismo, e *irreversible* por los peligros que entrañaría retornar a la situación precontractual.³⁰

Dessa forma, o medo da morte e o desejo de posse fazem com que os indivíduos ajam racionalmente e instituam, através do pacto, um poder político que os submeterá a todos, porém, em contrapartida, garantirá o seu direito de posse e sua segurança física. Abdica-se da liberdade em nome da segurança; troca-se a liberdade pela vida.

Thomas Hobbes colocara todo o peso do seu engenho sobre um só prato da balança. Optara pelo Estado e conseqüentemente, pela servidão. Ele partira da convicção de que, entre o medo recíproco no qual os homens estão obrigados a viver no estado de natureza e o medo do soberano, era preferível o segundo e que, no fundo, os homens submetem-se com prazer à obediência a um soberano para sair da anarquia. Reconhecia que anarquia e Estado eram dois males; mas o mal menor era o segundo. Construiu a sua teoria de maneira a mostrar a necessidade da passagem do estado da natureza para o estado civil, como passagem de um estado de liberdade para um estado de servidão. Porque sendo um estado de guerra perpétua, o estado de natureza contradizia o instinto fundamental do homem, que é a conservação da vida. Para sair dele precisava *suprimi-lo*; para suprimi-lo os homens *renunciavam* a todos os direitos naturais e os atribuíam, *segundo um acordo recíproco*, a uma pessoa ou a um grupo de pessoas às quais conferiam o poder supremo de comandar e comprometiam-se a obedecer em qualquer circunstância (a não ser no caso em que estivesse ameaçada a sua própria vida). Os homens, portanto, compravam a segurança ao preço da servidão.³¹

²⁹ “[...] (o ‘dios mortal’ como elige llamarlo Hobbes).” Idem, p. 55.

³⁰ Idem, p. 54.

³¹ BOBBIO, *op.cit.*, p. 45.

Rodrigo Sánchez Rios destaca que:

Para conseguir a “paz e a segurança” que são os fins que todo homem persegue, não há, segundo Hobbes, outro caminho que não seja a constituição de um poder absoluto, onde impere a razão sobre a discórdia. Nesse sentido Hobbes é absolutista, mas não é totalitário, como alguns autores têm tentado mostrar, pois seu absolutismo se dá no interesse dos indivíduos, levado pelo pressuposto individualista que o bem comum é a soma dos bens singulares.³²

O Estado é agora tido como uma verdadeira pessoa jurídica, que tem um leque de funções muito abrangentes e poderes próprios para impor a sua vontade no exercício das mesmas.

O Estado moderno apresenta variações, e o que se conhece hoje é resultado de um processo de desenvolvimento ao longo dos séculos.

Do ponto de vista jurídico, a evolução desembocará na construção de uma ordem jurídica única dominada pelos princípios da unidade do ordenamento jurídico e da sua sistematicidade.

O primeiro dos instrumentos a serviço do Estado absolutista é o poder legislativo, caracterizado como a principal marca da soberania. As leis são ditadas por um poder exterior – o Estado. É um período onde há uma supremacia total da lei sobre todas as outras fontes de Direito, sendo que, muitas vezes, não passava da simples positivação de regras costumeiras, com a diferença de que a partir desse momento tinha a espada do Levjatã para exigir o seu cumprimento. O Direito era a lei, mas a lei não era o Direito. A lei era a justiça, porque a vontade do soberano assim o determinava:

O Estado de Direito surgiu com o objetivo de submeter o poder político às regras do direito, de modo que a administração do governante encontraria no direito as balizas à ação do Estado em face dos direitos reservados aos cidadãos. Pode-se identificar que o Estado de Direito caracteriza-se pela existência de uma ordem jurídica definindo os limites de atuação dos cidadãos e delimitando o poder político do Estado, bem como pela existência de um controle judicial, indispensável para a realização do Estado de Direito e para a aplicação das regras estabelecidas. Corolário da necessidade do controle judicial da aplicação das

³² *Thomas Hobbes Penalista?* Revista de Estudos Jurídicos, vol. I, n.1, p. 114, ago. 93.

regras de Direito é a compreensão e o estabelecimento de uma ordem jurídica hierarquizada, tendo como princípio de base a supremacia da Constituição.

Inobstante essas características marcantes do Estado de Direito, essenciais para a resistência e a superação do Estado absolutista, não se afiguram suficientes para o delineamento da idéia de Direito subjacente ao Estado contemporâneo, havendo necessidade de se introduzir *um qualitativo*, que configurará as formas identificadas por Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.³³

2.3. O ESTADO LIBERAL - ESTADO DE DIREITO

En un Estado de Derecho, es el Derecho quien limita al poder para preservar la dignidad de todas las personas. Sólo así el Estado de Derecho llega a ser el orden de los hombres libres e igualmente dignos y se diferencia de las reglas que ordenan las actividades de los esclavos. (Alberto M. Binder)

"Em seu nascedouro, o conceito de Estado de Direito surge aliado ao conteúdo próprio do Liberalismo, vinculando, assim, as finalidades do Estado à concreção do ideário liberal, que se consubstancia no estabelecimento do princípio da legalidade, a divisão de poderes ou funções e, acima de tudo, como pedra de toque, 'garantia dos direitos individuais'.³⁴

No primeiro período do Estado de Direito, iniciado na segunda etapa do Estado Moderno, instaurou-se o chamado Estado de Direito Liberal, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, todos objetivando assegurar a proteção dos direitos individuais, nas relações entre particulares e entre estes e o Estado. O papel do Direito era o de garantir as liberdades individuais, já que se proclamava, com base no direito natural, serem os cidadãos dotados de direitos fundamentais, universais, inalienáveis.

³³ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras*. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

³⁴ Idem., p.34

Em contrapartida ao Estado Moderno Absolutista (séculos XV ao XVIII), caracterizado pela concentração de poderes na figura do monarca e pela ausência de limites para a sua atuação, forja-se o Estado Democrático Liberal (séculos XVIII e XIX), para garantir as liberdades individuais, caracterizado pela pouca intervenção estatal, pelo pouco poder, pelo individualismo, pela separação do poder, pela soberania popular pela supremacia constitucional e pelos direitos e garantias individuais. São essas peculiaridades que permitem a gênese de um novo Estado, em substituição ao Estado Absolutista. A burguesia é investida no poder, e cria um Estado pautado na liberdade, igualdade e fraternidade, apregoadas em favor de todos.

O novo Estado que surge é o Liberal. "É o Estado legalmente contido, também chamado, por isso, 'Estado de Direito'".³⁵ Politicamente, o novo Estado estava com a força muito diminuída, se comparada com a força da sociedade civil.

O Estado liberal, marcando o advento dos tempos modernos, era a realização plena do conceito de direito natural, do humanismo, do igualitarismo político que os escritores do século XVIII deduziram da natureza racional do homem.

O Liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu.

Assim, o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc.³⁶

Os princípios filosóficos do liberalismo, que deveriam ser aplicados universalmente, abrangendo todas as classes sociais, não o são. Só a classe burguesa, originária do terceiro estado, é quem se beneficia do poder. Todavia, o povo despertou a consciência de suas liberdades políticas, o que faz surgir um

³⁵ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Neoliberalismo e globalização: para entender o mundo em que vivemos*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 225, p. 131, jul./set. 2001.

³⁶ WOLKMER, *op.cit.*, p.114-115.

Direito novo na teoria política, capaz de transpor qualquer barreira. O fim do Estado monárquico-absolutista é a primeira contribuição do liberalismo ao Direito, especialmente porque os seus princípios vão se incorporando ao constitucionalismo moderno.

Contrariamente a HOBBS, John LOCKE³⁷, filósofo jusnaturalista, lança mão da hipótese do estado de natureza para a construção de sua filosofia política. Não vê nesse estado uma guerra permanente. Segundo este filósofo, o fato dos homens viverem na mais absoluta liberdade não implica em que vivessem sem leis. No estado de natureza, os homens seriam governados pela lei natural da razão, sendo seu princípio básico a preservação da vida; não se sairia agredindo e matando outros indistintamente, exceto quando de agressões para tirar-lhes as propriedades ou evitar um possível ataque.

No estado de natureza, os homens estão aptos a possuir bens. De acordo com LOCKE³⁸, todo indivíduo já nasce proprietário de seu corpo e de sua capacidade de trabalho. Tudo aquilo que produzir, retirando ou transformando a natureza, através de seu próprio trabalho, será de sua propriedade. Para ele não há, na verdade, renúncia à liberdade, mas sim a instauração de uma nova modalidade dela, a liberdade civil, que não se contrapõe à liberdade natural, mas a preserva e a alarga. Preservando os direitos naturais ao torná-los políticos, o Estado não é, segundo esse filósofo, um "mal necessário", mas a realização dos direitos humanos através do arbítrio do direito de propriedade, fazendo de todos felizes possuidores.

³⁷ "No Estado idealizado por Locke, o poder soberano é limitado, de conotação negativa, garantidor das liberdades individuais e da propriedade. Esta assume caráter preponderante, uma vez que este direito decorre do próprio estado de natureza. Admite-se a resistência do povo soberano, sempre que não exercer suas funções de garantia dessas liberdades. Há, em suma, por meio do Contrato, a renúncia parcial de direitos por parte dos cidadãos ao Estado, consistindo ela em transferir ao soberano o direito de fazer justiça, por meio de juízes imparciais, impedindo o exercício da vingança privada. Essa função é exercida por meio de sanções, estabelecidas por leis abstratas." SBARDELOTTO, *op.cit.*, p. 35

³⁸ "Para Jonh Locke los hombres en estado de naturaleza son libres 'para ordenar sus actos y para disponer de sus personas como mejor les parezca, dentro dos límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona' y son iguales, 'puesto que no hay cosa más evidente que el que seres de la misma especie y idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas ventajas de la naturaleza y para servirse de las mismas facultades' sean también iguales entre ellos, sin subordinación ni sometimiento." LOCKE, John. *Ensaio sobre el gobierno civil*. Tradução de Amando Lázaro Ros. Capítulo II ("Del Estado natural"), Ed. Aguilar, Madrid, 1980, p. 5, in ROSATTI, *op. cit.*, p. 55.

A proteção dos direitos da liberdade exigia novas técnicas que a salvaguardasse e, assim, a tripartição dos poderes da soberania é outra contribuição do liberalismo para o Direito, pois o seu fim primordial é escudar os direitos do indivíduo, como o vem fazendo desde então, já sujeito a um novo repensar, frente à nova realidade social.

2.3.1. SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO LIBERAL

A dicotomia histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, faz nascer a primeira noção de Estado de Direito, que evolui e se completa com a filosofia de Emanuel KANT³⁹, para quem o Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade, a fim de proclamar uma regra definitiva, consagradora do seu papel fundamental, na defesa da liberdade e do direito.

O Direito, ensina-nos Kant, "é o conjunto de condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade dos demais, segundo uma lei geral da liberdade" ("Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkuer des einen mit der Willkuer des anderen nach einem allgemein Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann").

O Estado, ele o definiu como "a união de uma multidão de homens sob as leis do Direito" ("Ein Staat – *civitas* – ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen").⁴⁰

O primeiro Estado de Direito é essencialmente formalista, de modo que lhe retira a substantividade ou conteúdo, sem qualquer força criadora, refletindo a luta da liberdade contra o despotismo que imperava no continente

³⁹ "O sistema kantiano caracteriza-se essencialmente pelo dualismo que instaura entre a Natureza e o espírito, entre o mundo da realidade e o mundo das idéias, entre ser e dever-ser, entre conhecimento e vontade, natureza e moral, causalidade e liberdade. [...] Sublimar, pois, o caráter antinômico do pensamento kantista constitui pressuposto essencial à compreensão de sua doutrina do Estado, do Direito e da Liberdade, a qual se nos depara precisamente numa das faces antiéticas de seu sistema, ou seja, na *razão prática*, no campo da ética, no reino dos valores, do outro lado, portanto, da *razão teórica*, da Natureza, da experiência, dos fenômenos." BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao estado social*. 6. ed.. São Paulo : Editora Malheiros, 1996, p. 100-101.

⁴⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 116.

europeu.

Devido ao caráter antinômico do Estado, tanto os doutrinadores liberais como os do absolutismo, encontravam suporte no direito natural para sustentarem as suas filosofias. Torna-se, assim, evidente o prestígio da ideologia que amparou os direitos naturais do Homem perante o Estado, ideologia preconizada por HOBBS, encarnado na opressão da realeza absoluta.

A burguesia funda, assim, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, com o advento da Revolução Francesa. De classe dominada para dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social.

Os direitos naturais do Homem contra o Estado, princípio filosófico do liberalismo; foi apregoado doutrinariamente como pertencente a todos os componentes do corpo social. Entretanto, quando a burguesia toma o poder, o controle político da sociedade, não mantém na prática a universalidade dos princípios. Garante-os para todos somente de modo formal, enquanto que na aplicação política preserva-os como princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

Apesar da não aplicação universal desses princípios, a burguesia acorda o povo, que despertou para a consciência de suas liberdades políticas. Surge um Direito novo na teoria política, possuidor de princípios capazes de transpor qualquer limitação histórica.

No Brasil, pode-se dizer que, em virtude da ausência de uma revolução burguesa, como ocorrida na Europa e nos Estados Unidos, o Liberalismo não teve uma conotação voltada à libertação, mas expressou-se como necessidade de afirmação do domínio das elites agrárias, reordenando o poder nacional, nascendo, então, da própria vontade do governo.

"Enfim, nossa tradição liberal foi marcada pela retórica discursiva de um "liberalismo conservador, elitista, antipopular", matizado de autoritarismo antidemocrático e sem cunho heróico."⁴¹

⁴¹ WOLKMER, *op. cit.*, p. 120.

2.4. MONTESQUIEU E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Charles de Secondat, o Barão de MONTESQUIEU (1689–1755), foi um dos mais influentes iluministas franceses do século XVIII. Escreveu sua principal obra “O Espírito das Leis”, na qual procurava explicar as leis que regem os costumes e as relações entre os homens a partir da análise dos fatos sociais, excluindo qualquer perspectiva religiosa ou moral.

É inegável que, no âmbito da ciência política, MONTESQUIEU representa um marco de transição paradigmática. Isto se dá pelo fato de ser ele o primeiro teórico a lograr construir uma ciência rigorosa sobre a política. Estabelecendo uma ponte com as ciências empíricas, sobretudo com a física newtoniana, o filósofo francês propõe um giro na análise de seu objeto.

Diferenciando-se de seus antecessores, principalmente HOBBS e SPINOZA, MONTESQUIEU propõe uma teoria geral ao circunscrever o seu objeto à história inteira de todos os homens e de todos os tempos e lugares. Assim, rompendo com o modelo da física especulativa cartesiana presente em HOBBS e SPINOZA, pretende ele fugir da busca de uma essência da sociedade inerente aos teóricos do contrato social.

MONTESQUIEU não mergulha, porém, num determinismo naturalista, na medida em que a relação que estabelece com as ciências naturais se baseia numa observação do movimento próprio da política, ou seja, *quem exerce o poder e como ele é exercido*. A partir daí criará toda sua tipologia, que apresenta sua base na natureza e no princípio de governo.

Sua preocupação fundamental seria a estabilidade dos governos, interpretando e avaliando as leis positivas e o funcionamento das instituições vigentes. Desta maneira ele considera duas dimensões do funcionamento político das instituições: a natureza e o princípio de governo.

[...]

A posteridade iria demonstrar que sua teoria da divisão dos poderes se inscreveria nas constituições burguesas e se edificaria num dos pilares fundamentais do arcabouço jurídico-político de quase todos os modernos Estados de Direito do mundo ocidental. Conforme aclama Bonavides, a clássica visualização do equilíbrio dos poderes acabou por se converter num dos postulados básicos e primários do exercício da liberdade política.⁴²

Segundo MONTESQUIEU, as leis revelam a racionalidade de um governo, devendo estar submetido a elas, inclusive a liberdade, que afirmava ser “o direito de fazer tudo quanto as leis permitem”. Para se evitar o despotismo, o

⁴² CARVALHO, Thiago Fabres de. *A Teoria da divisão dos poderes no contexto do neoliberalismo: Alguns Dilemas da democracia em tempos de globalização econômica*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 03, p. 61-62, 2001.

arbítrio, e manter a liberdade política, é necessário separar as funções principais do governo: legislar, executar e julgar.

MONTESQUIEU fazia ver que a divisão dos poderes impedia que o rei se tornasse um déspota.

Para isto, elabora magistralmente a teoria do equilíbrio dos poderes como condição de possibilidade de exercício moderado do poder e de resguardo efetivo da liberdade dos cidadãos. Quando não há esta divisão, proclama ele em suas linhas, esta liberdade fica comprometida. Em fórmula sintética, estabelece as bases daquilo que seria a conformação institucional dos Estados de Direito modernos inscritas na maioria das Constituições do mundo ocidental. Aduz ele de forma lapidar:

"Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou a mesma corporação dos príncipes, dos nobres ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, e de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as desavenças particulares."⁴³

A teoria da separação dos poderes, que teve em MONTESQUIEU⁴⁴ sua mais acabada formulação, constitui técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade. Revela-se a possibilidade para a solução do problema da limitação da soberania. A salvação da liberdade estava na decomposição da soberania na pluralidade dos poderes, filosofia do liberalismo preconizada também por LOCKE e KANT.

MONTESQUIEU percebia essa limitação do poder⁴⁵ de forma muito menos abstrata, através de uma técnica de organização.⁴⁶

⁴³ Idem. p. 63.

⁴⁴ "Os poderes do Estado ao qual Montesquieu se refere são, segundo a tradição, o poder legislativo, o executivo e o judiciário. Separação dos poderes significa portanto que o poder executivo deve ser separado do legislativo e do judiciário e assim por diante. Diz Montesquieu que quando, numa mesma pessoa, o poder legislativo está unido com o executivo, 'não existe liberdade'; assim 'não existe liberdade' se o poder judiciário não está separado do poder legislativo e do executivo. E explica: 'Se ele estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se estivesse unido com o poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor' (I, p.276). Neste ponto, a conclusão é natural e não precisa de mais comentários: 'Tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou corpo de grandes ou de nobres, ou de povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os delitos ou litígios dos particulares'." (I, p.277). BOBBIO, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁵ "Montesquieu acreditava que a natureza humana no poder não é confiável – sobre isso ainda hoje poucos discordariam dele – e, por isso, queria outro poder para controlar o poder. Assim afirma no Livro XI: 'Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder'." FÉDER, *op. cit.*, p. 29-30.

⁴⁶ "Não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade dos controles recíprocos, nem que afirme uma absurda compartimentalização que acabe em algo parecido com 'três governos' e, menos ainda, que não reconheça que no exercício de suas funções próprias esses órgãos não

A separação de poderes era, sem sombra de dúvidas, uma ideologia para nova base de sustentação dos direitos do indivíduo, já que o seu objeto precípua era servir de escudo aos direitos da liberdade⁴⁷, apesar do seu conceito doutrinário importar no enfraquecimento do Estado, porque significa uma mutilação do princípio básico da soberania.

A técnica da separação de poderes apregoada pela teoria de liberdade de MONTESQUIEU é uma negação da soberania estatal, pois preserva os direitos individuais do homem, a sua liberdade contra o poder do Estado, a quem a soberania pertence.

Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina da separação dos poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem.⁴⁸

Assinala Paulo BONAVIDES:

Pouco importa que o liberalismo depois "descubra" a doutrina de Kant ou que seja ele, junto com Montesquieu, alçado ao trono ideológico da burguesia. O doutrinário inconsciente do *terceiro estado*, a que reconhecidamente se liga sua obra, em nada diminui, porém, o merecimento do filósofo e o caráter idealista de sua construção estatal.

Quando a Liberdade estiver em perigo e o Direito abalado em seus últimos alicerces, haverá sempre na história das idéias, a imperiosa necessidade de um

devam assumir funções de outra natureza (o judiciário e o legislativo, em seus autogovernos, assumem funções administrativas; o executivo, ao regulamentar as leis, ao encaminhar projetos e ao vetá-los, exerce funções legislativas; algumas constituições reconhecem limitadas funções de iniciativa parlamentar aos judiciários etc.). As deformações compartimentalizadas não são da pena de Montesquieu, o qual nem sequer parece ter falado de 'divisão' dos poderes, mas de simples 'separação'. Em seu sentido sociológico e político, as palavras de Montesquieu conservam toda sua vigência. Mas, foram elas interpretadas em sentido dogmático e com sucessivas e certas manipulações chegou-se ao absurdo e, mais ainda, aproveitou-se do absurdo para depois negá-lo e, junto com ele, negar o conteúdo de verdade de suas observações." ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário – crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 82-83.

⁴⁷ "Como sabemos, toda a construção teórica de MONTESQUIEU se funda na tentativa de forjar um modelo político que assegure a máxima liberdade (política e econômica) e possibilite, ao mesmo tempo, impedir a degeneração para um exercício de poder de natureza despótica. Assim sendo, propõe que o exercício *moderado* do poder seria possível apenas num Estado onde houvesse o respeito irrestrito à legalidade vigente e que, pela própria disposição das coisas, o poder fosse o único meio apto de frear outro poder. Neste sentido, ao definir a liberdade como sendo 'o direito de fazer tudo o que as leis permitem', MONTESQUIEU deixa claro que este pressuposto básico dos governos moderados precisaria ser complementado com a impossibilidade de se abusar do poder. Com efeito, afirma ele que a experiência demonstra que os homens geralmente são levados a abusar do poder, indo até onde encontra limites. É indispensável, portanto, que o próprio poder limite o poder." CARVALHO, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁸ BONAVIDES, *op. cit.* p. 49.

retorno a Kant. Não para extrair de suas páginas cópias servis e imprestáveis, ou justificações pueris da exploração burguesa, senão para nutrir o espírito na riquíssima e fecunda seiva de seu pensamento profundamente humano. Outra, por conseguinte, não poderá ser a glória e a imortalidade desse grande filósofo.⁴⁹

O período compreendido entre o final do Século XVIII e início do Século XIX é conhecido como a "Era das Revoluções". Durante esse espaço de tempo, ocorreram a Revolução Americana, a Revolução Francesa e a Guerra da Independência hispano-americana. Todas elas se assentaram sobre a idéia do Estado-Nação como conceito superior. A tese da soberania popular, originária de Jean Jacques ROUSSEAU, provê as bases para a consolidação deste novo conceito de Estado.

A teoria política de ROUSSEAU (1712-1778), exposta no Contrato Social⁵⁰, busca encontrar as condições de um Estado que fosse legítimo, que não mais corrompesse o homem. "No capítulo VI *Do Contrato Social*, ROSSEAU expõe os termos do problema: 'Encontrar uma forma de associação que defenda e apóie com toda a força coletiva a pessoa e os bens de cada um *unindo-se a todos, obedeça somente a si mesmo e permaneça livre como antes*'.⁵¹

Todavia, o pacto social não tem por fim conciliar os interesses egoístas, mas sim conciliar uma vontade geral.

As obras de ROSSEAU permanecem como fundamentais ao entendimento do que conhecemos hoje por Estado moderno.

Assim como HOBBS, ROUSSEAU constrói uma hipótese de estado de natureza e estado civil. O estado de natureza é apresentado como um momento de ampla felicidade humana, onde os seres humanos não tinham a necessidade de se relacionarem e não havia desigualdade. Este modo de vida, hipoteticamente construído para justificar sua proposta de República, teria sido destruído com a instituição da propriedade privada e das leis. É na sociedade das instituições civis que reside a crítica rousseauiana e o fundamento de sua teoria política. Entretanto, se com a razão o ser humano construiu uma civilização corrompida, é com a capacidade racional que a humanidade deverá encontrar suas soluções.⁵²

⁴⁹ Idem, p. 118

⁵⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

⁵¹ BOBBIO, *op.cit.* p. 47

ROUSSEAU encontra na desigualdade humana o principal problema da organização política. Assim, sua proposta política afirma como valores fundamentais a igualdade e a liberdade⁵³. Como para ele não existe liberdade sem igualdade, as leis que se fundam num contexto de desigualdade só servem para a manutenção da injustiça.

A liberdade não existe sem igualdade porque o ser humano que estiver numa condição superior ao outro terá mais poder e o que estará em situação inferior ficará limitado a este. A superioridade só funciona enquanto relação de força e não constitui direito. O direito só existe a partir de convenções, que são próprias de um corpo político, como resultado de um processo de discussão. Neste aspecto, Rousseau critica o Estado liberal, como uma instituição que surgiu para converter em direito o que os burgueses já possuíam enquanto força, através da instituição da propriedade privada.

O pacto social é o ato pelo qual um povo se faz povo, é o verdadeiro fundamento da sociedade. Assim, é a efetiva participação de um povo que garante o bem comum e a garantia dos direitos de cada cidadão.

Rousseau afirma que ela surge da tendência que os homens desenvolveram em compararem-se uns aos outros. A comparação sempre será frustrada, pois um ser humano não poderá ser superior em todos os aspectos em relação aos outros, mas alimenta esse desejo que o torna infeliz. Ao referir-se à comparação, Rousseau usa o termo amor-próprio, não entendido como amor de si, mas exatamente o desejo de ser mais que os outros. Isso é muito enfatizado na obra rousseauiana, pois na sociedade de sua época, cultivava-se o valor do crédito, uma abstração que diferenciava as pessoas, valorizando-as de acordo com um *status*. Nessa elaboração, Rousseau trata dos principais fundamentos de organização da República, mas não apresenta uma das principais condições para o exercício democrático: a educação do povo para o exercício direto do poder.⁵⁴

A recuperação da liberdade primitiva na sociedade estatal fez-se em liberdade jurídica. Através da lei e da participação na elaboração da vontade

⁵² ANDRIOLI, Antonio Inácio. Disponível em http://www.espacoacademico.com.br/22and_rousseau.htm.

⁵³ “Confessa Kant que aprendeu na obra de Rousseau a amar a liberdade e a moralidade acima da inteligência, a qual, em determinada idade de sua vida, se lhe afigurara o mais alto valor. [...] O momento rousseauiano na vida de Kant assinala, pois, o encontro do filósofo com o homem. Até então, o subjetivismo kantiano era todo Razão, Razão pura, Intelecto absoluto, abrindo sobre o mundo o poderoso feixe de suas faculdades cognoscitivas, que para responder no campo gnosiológico às interrogações que a dúvida filosófica de muitos séculos não chegara sequer a formular. Depois do encontro com Rousseau, Kant, o racionalista puro, contempla o Homem como individualidade ética, dá-lhe um sopro de vida e sentimento, ocupando-se já do Direito, do Estado e da Religião, na parte menos compreendida e por isso mesmo mais injustamente combatida de todo seu pensamento filosófico. [...] A liberdade em Kant aparece, pois, como problema puramente ético, que se resolve na esfera dos valores. Sua racionalização completa surge como dos maiores triunfos da filosofia crítica, a maior conquista do engenho humano, como dizia Schopenhauer, que ainda se não decepcionara com a primeira parte ética de Kant. [...] Como se vê, a liberdade para Kant é apenas uma idéia, apanágio de todos os seres racionais; autonomia da vontade.” BONAVIDES, *op. cit.*, p. 102-109.

⁵⁴ ANDRIOLI, *op. cit.*

estatal, que a organização política devolve aos indivíduos os direitos suprimidos, limitando a própria liberdade pelo contrato.

Buscando uma terceira via para o Estado moderno, ROUSSEAU, crítico do absolutismo, crítico do liberalismo, crítico das ciências e das artes, era visto como um "crítico moderno da modernidade".

Pode ser visto como um opositor de HOBBS. Enquanto este concebia o estado natural como guerra e o estado social como fonte de segurança individual, ROUSSEAU afirmava o estado natural como fonte da liberdade e da igualdade, sendo essencialmente bom, enquanto que a sociedade política era a fonte da guerra, posto que instaurava a desigualdade entre os homens e essa desigualdade surgiu quando o primeiro homem cercou um terreno e disse "isto é meu" e os outros aceitaram; a partir desse momento, "surgiram os crimes, as guerras e as injustiças".

ROUSSEAU antecipa, assim, a visão do Estado como um instrumento de classe que seria enunciada por Karl MARX no século seguinte.

Dedica-se a encontrar as formas de organizar os indivíduos socialmente de modo que sejam preservados seus direitos e características naturais, de modo a que o homem não se corrompa nessa sociedade essencialmente má, na qual, apesar de "nascer livre, encontra-se sempre preso a ferros". "El hombre es un ser bueno por naturaleza. 'Nació libre pero vive encadenado' ¿ Por qué?, se pregunta Rousseau." ⁵⁵

Para que possa ser garantia da igualdade, sem alienar a liberdade humana, o pacto social deve abranger a todos os indivíduos. Ninguém pode ser excluído, pois, nesse caso, estabelecer-se-ia já uma desigualdade que corromperia a sociedade assim instituída. Diferentemente de HOBBS, o conjunto dos indivíduos não abdica de sua liberdade em nome de um único indivíduo, ao qual se submete, mas entrega a si mesmo ao controle de um indivíduo coletivo que é formado pela união de todos os que pactuam, ao firmar o contrato social:

Rousseau introduce una variante interesante en la corriente interpretativa contractualista. Él sostiene que los pactos son dos y no uno, porque antes de

⁵⁵ ROSATTI, *op. cit.* p.56.

interrogar-se sobre las características del contrato de la comunidad con el gobernante (contrato político) hay que preguntarse sobre las causas "por las que un pueblo es un pueblo" (contrato social), "pues siendo este acto necesariamente al anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad".

La fortaleza del contrato societario (que da origen a lo que Rousseau llama "voluntad general") es la clave de los términos del subsiguiente contrato político y no al revés, como tal podría creer Hobbes, para quien la amalgama social era generada por el "Estado-Leviatán", único garante de la subsistencia física de la población.

Consolidada la "voluntad general" (por la participación de todos en el contrato social) el paso subsiguiente es lograr que el gobernante sepa interpretarla. La voz del pueblo es siempre una y su participación en los asuntos públicos la garantía de la legitimidad de las decisiones del gobernante.⁵⁶

2.5. O ESTADO VISTO POR HEGEL E MARX

Se o modelo jusnaturalista tinha em sua essência a oposição estado natural *versus* estado civil, este novo modelo, embora rompendo essa dicotomia, baseia-se numa outra oposição: sociedade civil *versus* sociedade política.

O modelo hegelo-marxiano só se constituirá como verdadeira antítese ao jusnaturalismo ao incorporar, sobre a estrutura pensada por George W. HEGEL⁵⁷, as considerações levantadas mais tarde por MARX, que retoma a concepção de ROUSSEAU do Estado como instrumento de dominação para a manutenção da riqueza de alguns em detrimento de muitos outros, mas tomando essa característica como essencial e inerente ao conceito de Estado e não como uma corrupção contingente do conceito, como para o filósofo genebrino.

El marxismo se plantea como una corriente de pensamiento optimista (vamos desde lo peor hacia lo mejor) y nos espera – según su profecía – una instancia final de la lucha de clases que enfrentará a burgueses y proletarios y dará paso, a partir del triunfo de los últimos, al advenimiento de una sociedad igualitaria

⁵⁶ Idem, p. 57.

⁵⁷ "De Hegel já se disse que a sua filosofia 'é idealista, porque faz da idéia o princípio do mundo; dinâmica, porque define o Universo pelo movimento dialético; antinômica, porque faz da oposição dos contrários o princípio mesmo da vida; humanista, porque não admite outro sujeito pensante senão o Homem'. O pensamento de Hegel é, a todo instante, uma variação de compromisso entre a Idéia e a Natureza. Mas um compromisso instável. Repete Kant, com a diferença de que em seu compromisso aparecem o movimento, a dinâmica, que Kant ignorava, com os dados de suas antinomias imobilizados." BONAVIDES, *op. cit.*, p. 120.

(socialismo). Del "gobierno de los hombres", típico de los sistemas de dominación, se pasará a la "administración de las cosas".

El Estado ha sido, en todo este proceso histórico, un aparato de dominación al servicio de la clase opresora, un instrumento del que se ha valido el poderoso de turno para mantener y reproducir su situación de predominio. Al igual que el derecho, la filosofía o la religión, el Estado es siempre consecuencia de las relaciones de producción imperantes en la época; el objetivo de estos "saberes" e "instituciones" es fundamentar, justificar y convalidar un determinado tipo de relación económico-social de dominación. Estos saberes e instituciones constituyen la "superestructura" de la sociedad ("lo que se ve" en la superficie) pero lo determinante subyace debajo (como los cimientos de un edificio o la base de un iceberg); y lo que está debajo (en la "estructura" o "infraestructura") es un cierto tipo de relaciones de producción (producción esclavista, feudal o capitalista) que, plantea un sistema de dominación social.

Con el advenimiento del socialismo y la sociedad igualitaria (sin clases sociales y, consecuentemente, sin lucha de clases) el Estado – en tanto aparato de dominación – carecerá de sentido y languidecerá hasta morir. Su cadáver será exhibido como pieza de museo "junto a la rueda y al hacha de bronce", según la ingeniosa expresión de Engels.⁵⁸

A primeira grande diferença entre HEGEL e os jusnaturalistas diz respeito à história: enquanto para os filósofos que pensavam o Estado como resultado de um pacto social, o estado natural era uma hipótese de trabalho que se colocava fora da história e para além de qualquer perspectiva histórica, o que equivale a afirmar que o Estado não tem história ou, pelo menos, que a história não é fundamental para sua elucidação conceitual. Para o filósofo alemão o Estado só pode ser compreendido em sua perspectiva histórica - ela é a chave para sua apreensão.

Contrariando a ROUSSEAU e aos jusnaturalistas em geral, HEGEL considera não que os indivíduos constituam o Estado, mas que, de forma oposta, os indivíduos só são possíveis no e através do Estado.⁵⁹

Assim, a sociedade civil é anterior e determinante da estrutura do Estado: a política depende da economia de uma sociedade, na clássica

⁵⁸ ROSATTI, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁹ "Disse Hegel: 'O Estado é a realidade da idéia moral' ('Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee') Acima do Estado só o absoluto. Ou, noutro passo, não menos afamado: o Estado corresponde à revelação divina, a um Deus visível. E textualmente: 'todos os valores humanos, toda a realidade espiritual do Homem reside no Estado, que ele deve adorar como divindade terrena'. [...] Mas foi no § 258 da *Filosofia do Direito* onde Hegel, sem sombra de dúvida, após sua célebre definição do Estado, afirmou que este, como 'fim último', tem sobre o ser humano 'o mais alto direito, do mesmo passo que o mais alto dever do indivíduo é pertencer ao Estado'. [...] Buscava, assim, novíssima e original fundamentação do poder político, reconceituando o Estado como 'produto de diferenciação entre homens de um mesmo grupo social'." BONAVIDES, *op. cit.*, p. 129-130.

formulação de MARX. Invertendo a concepção de HEGEL, de que o Estado é determinante da história, MARX afirma que é a história da produção social dos homens, inversamente, que determina a estrutura do Estado. Buscando subsídios na história da humanidade, entende que, em momento algum o Estado foi o representante dos interesses coletivos, nem tampouco o promotor de uma "vontade geral"; ao contrário, o Estado foi sempre aquilo que já havia denunciado ROUSSEAU, um instrumento nas mãos de um determinado grupo social, usado para conquistar e manter determinados privilégios.

Esta concepção marca o divórcio da sociedade civil com o Estado: este está acima dela e, embora por ela determinado, tem um grau de independência que lhe permite fixar regras e leis de modo a perpetuar essa mesma sociedade civil, mantendo os privilégios e as desventuras desta dada organização social. A liberdade é, pois, impossível dentro dos limites do Estado. Opostamente a ROUSSEAU e selando o rompimento com o jusnaturalismo, MARX vê no Estado uma forma necessária apenas para as organizações sociais de exploração e afirma que apenas a extinção do Estado poderia dar origem à verdadeira história humana, o reino da liberdade sonhado por ROUSSEAU. A realização da sociedade humana passa, pois, pela destruição do Estado, e não por sua instituição, como pensavam os filósofos jusnaturalistas.

Concluindo, o conceito de Estado moderno é resultado de um longo processo de elaboração filosófica que acompanha a constituição histórico-social do Estado-nação, da dissolução do Estado teológico medieval até o pretense Estado democrático de nossos dias, passando pelas monarquias absolutas e pelas revoluções liberais.

A liberdade primitiva transmuda-se em liberdade jurídica, os direitos naturais em civis. O princípio liberal avança para o princípio democrático, o governo de uma classe para o governo de todas as classes.

2.6. O ESTADO SOCIAL

O liberalismo que se apresentara perfeito na teoria, bem cedo se revelou irrealizável por inadequado à solução dos problemas reais da sociedade. Converteu-se no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados.

No segundo período do Estado de Direito⁶⁰, iniciado em meados do século XIX, atribui-se ao Estado a missão de buscar a igualdade entre os cidadãos. Para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

Os pilares do Estado Social de Direito datam do período entre os anos vinte e trinta, caracterizados por uma turbulência totalitária da Europa, quando há uma avalanche de transformações com o deslocamento da primazia do

⁶⁰ “O que é o Estado de Direito? Os juristas (e quase todas as outras pessoas) pensam que há um ideal político distinto e importante chamado o Estado de Direito. Mas discordam quanto ao que é esse ideal. Há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de Direito, cada qual com seus partidários. A primeira é a que chamarei de concepção ‘centrada no texto legal’. Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com as regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto de normas. [...] Os que têm essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção ‘centrada nos direitos’. [...] Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. Esse é um ideal complexo. A concepção do Estado de Direito centrada no texto legal possui apenas uma dimensão na qual uma comunidade política pode ser deficiente. Ela pode usar seu poder policial sobre cidadãos individuais de outras maneiras que não a especificada no livro das regras. Mas a concepção centrada nos direitos tem, pelo menos, três dimensões de fracasso. Um Estado pode fracassar no âmbito dos direitos individuais que alega impor. Pode declinar de impor direitos contra si, por exemplo, embora reconheça que os cidadãos têm tais direitos. Pode fracassar na *exatidão* dos direitos que reconhece; pode prover direitos perante o Estado mas, por erro oficial, deixar de reconhecer direitos importantes. Ou pode fracassar na *equidade* de sua imposição de direitos: pode adotar regras que colocam os pobres ou alguma raça desfavorecida em desvantagem para assegurar os direitos que o Estado reconhece que eles possuem. A concepção centrada nos direitos, portanto, é mais complexa que a concepção centrada no texto legal.” DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000 – (Justiça e Direito), p. 6-8.

setor primário de produção, ou seja, a agricultura para o setor industriário; da família patriarcal, tradicional e eminentemente conservadora, para a família nuclear, onde impera o individualismo e a escassez de padrões previamente estabelecidos.

Conseqüentemente, tais fenômenos iriam repercutir não só nos âmbitos econômico e social, mas também no individual, ocasionando uma série de desequilíbrios ao homem.

Em meados do século XIX, com o crescimento do processo de industrialização, a burguesia obteve o reconhecimento jurídico dos direitos individuais de liberdade aparecendo o proletariado como o novo protagonista histórico das sociedades ocidentais a reivindicar os direitos econômicos e sociais. Isso porque a Revolução Industrial e a livre concorrência trouxeram as condições desumanas de vida e trabalho, caracterizadas pela insuficiência do reconhecimento dos direitos individuais. Pode-se, então, constatar que as liberdades conquistadas permitiram várias iniquidades à existência das pessoas. O direito já não podia atender aos novos fenômenos econômicos e sociais, fator determinante da decadência do sistema liberal.

O processo liberal foi decisivo para a obtenção das conquistas sociais e do conseqüente despertar da questão social. Assim, o Estado passou a ser identificado como o ente capaz de oferecer os meios que se faziam necessários para atingir a satisfação das carências sociais prementes, ou seja, passou a ser visto como um órgão que poderia pôr fim às desigualdades e garantir a todas as pessoas o acesso ao gozo efetivo dos direitos sociais. Entendido como um órgão de equilíbrio, esta compreensão de Estado deu início à era social.

Nasceu, assim, o Estado Social⁶¹ de Direito, mais voltado à afirmação dos direitos sociais e às aspirações de justiça social, embora tal concepção, na opinião de muitos autores, seja de ambigüidade manifesta, como diz José Afonso da SILVA, ressaltando que:

⁶¹ “O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.” BONAVIDES, *op. cit.*, p. 200.

Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do *social* e do *Direito*, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a revolução de 30 - bem observa Paulo Bonavides - foram "Estados sociais", o que evidencia, conclui, "que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo". Em segundo lugar, o importante não é o *social*, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito.⁶²

Institucionalizou-se a idéia de Estado Social⁶³ na Constituição da República Federal da Alemanha de 1949, como resposta e proposta histórica ao processo de desenvolvimento tecnológico (período pós-guerra), que poderia ser estendido a todos os componentes do país.

Genericamente, o Estado Social significa a adaptação do Estado tradicional (Liberal Burguês) às condições econômicas e sociais das civilizações industrial e pós-industrial, períodos estes caracterizados pelas grandes possibilidades técnicas, econômicas e sociais, mas também pelos seus novos e complexos problemas.

Estado e sociedade podem ser entendidos como dois sistemas fortemente inter-relacionados entre si através de relações complexas, fazendo parte de um macro-sistema que, embora não limite a respectiva autonomia, os submete a fins específicos, sendo que ambos operam para a coexistência pacífica e sobrevivência de ambas as instituições.

⁶² *Op. cit.*, p. 105.

⁶³ "Teve o Estado social seu apogeu nos países do chamado Primeiro Mundo, logo após a Segunda Grande Guerra, servido de uma doutrina constitucional cuja inspiração maior se cifrava na justiça, na igualdade, no estabelecimento da paz social, na cessação dos conflitos de classe, na mudança hegemônica que se traslada do princípio da legalidade para o princípio da legitimidade. O ocaso das regras e dos códigos teve por seguimento a aurora dos princípios e das Constituições. Em termos rigorosamente doutrinários, ocorre o primado do princípio sobre a regra, da Constituição sobre a lei, do direito sobre a norma, da justiça sobre a segurança; esta em sede de razão de Estado, que á a instância de abuso onde se absolvem e se canonizam os atos de força dos governantes desviados do bem comum. O Estado Social, pondo-se nessa linha, motivou e inspirou indubitavelmente a criação contemporânea de um novo direito na região teórica, com fundamentos *principais*, bem afim às sugestões da constitucionalidade, que é, em sua essência mesma, o princípio da legitimidade." BONAVIDES, *op. cit.*, p. 8-9.

2.6.1. A EVOLUÇÃO⁶⁴ DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL DE DIREITO NO BRASIL

O Estado Social no Brasil⁶⁵ tem início nas Constituições de 1934 e de 1946, onde o homem, pessoa humana (não como ser individual), passa a ser considerado como um valor supremo, e assim inseriu-se em nosso país a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a ordem econômica e social, a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador, obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa (hoje quase que extinta, face ao regime único do FGTS, preservado o direito adquirido do trabalhador estável), o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a colocação da família, da educação e da cultura sob a proteção especial do Estado, a participação do trabalhador nos lucros da empresa, entre outras conquistas sociais.

Esse novo modelo constitucional culmina com a promulgação da Carta de 1988, saliente-se, mais avançada do que a própria Constituição da Alemanha de 1919⁶⁶. Pode-se dizer que o Estado social brasileiro é formalmente

⁶⁴ “Ora, a passagem do Estado liberal para o Estado social revelará, constantemente, os limites da ‘ideologia da fidelidade à lei’. A ‘complicada convivência’ do Estado de Direito com o chamado Estado de Bem-Estar Social fica evidenciada pelo necessário recurso a novas categorias cognitivas da parte do intérprete. Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de ‘legitimação de aspirações sociais’ (Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr.). A força persuasiva da ideologia do juiz subordinado à lei não se coaduna mais com a difusão de uma cultura sociológica que, geralmente de modo sutil, incorpora-se à tradição jurídica legalista.” CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 45-46.

⁶⁵ “Tem, de último, o Estado social nexa direto com as crises que ao começo do século XXI flagelam o Brasil. Basta a esse respeito ligeira reflexão acerca das comoções do presidencialismo, aquelas que acompanham de perto a sorte desse gênero de Estado. Dantes elas afetavam governos e incubavam ditaduras; agora afetam instituições e destroçam regimes. Ou, formulado noutros termos: fazem impossível estabelecer a sociedade participativa daquele Estado social. À verdade, a implantação entre nós de um Estado social é muito mais dificultosa que na Europa, onde desde muito floresce ele em várias repúblicas constitucionais do continente. [...] O Estado social, nós o vislumbramos a cinco décadas, e o temos ainda por chave da crise institucional deste País.” BONAVIDES, *op. cit.*, p. 9-10.

⁶⁶ “Ao final da primeira Guerra Mundial gravíssima era a situação da Alemanha de qualquer ângulo que fosse encarada. Com efeito, as instituições políticas estavam derruídas, a situação social extremamente agravada, as forças da ordem desmoralizadas. Nesse contexto a esquerda radical lutava para tomar o poder em favor dos conselhos de operários e soldados – os *Soviets* à moda bolchevique. Não havia condições sequer para que a Assembléia Constituinte convocada para estabelecer um novo quadro constitucional, se reunisse em Berlim, a capital. Por, isso, reuniu-se ela em Weimar, de passado intelectual,

um Estado de terceira geração de direitos, posto que se trata de um Estado que não só concede os direitos sociais básicos, mas cuida de garanti-los, bastando observar o extensivo rol dos direitos e garantias fundamentais e direitos sociais, tratados nos artigos 5º e 6º da Constituição vigente.

Apesar da opção da Constituição pelos direitos da pessoa humana, incluindo-se os direitos de terceira geração, que no plano internacional se referem ao desenvolvimento e a uma ordem econômica mundial, bem como ao patrimônio comum da humanidade e ao direito à paz e, no plano interno aos interesses coletivos e difusos, certo é que, no Brasil, isso não passa de uma utopia, já que os dados acerca da cidadania em nosso país apontam o descaso de nosso governo pelo Estado Social e pelas garantias nele postas.

O fracasso do chamado Estado Social de Direito é evidente. No Brasil, a exemplo do que ocorre em muitos outros países, não houve a mínima possibilidade de que milhões de brasileiros tivesse garantidos direitos sociais dos mais elementares, como saúde, educação, previdência social e moradia. Grande parte da população não tem assegurado nem mesmo o direito a uma existência digna.

Paulo BONAVIDES assevera:

Estado social, qual o entendemos, é democracia, não é decreto-lei nem medida de exceção.

É Estado de Direito, não é valhacouto de ambições prostituídas ao continuísmo dos poderes e dos mandatos.

É governo, não é tráfico de influência que avilta valores sociais.

É poder responsável e não entidade pública violadora dos interesses do país e alienadora da soberania.

Estado social, por derradeiro, é a identidade da nação mesma, expressa por um constitucionalismo de libertação, por um igualitarismo de democratização e por um judicialismo de salvaguarda dos direitos fundamentais.

em que cultivava (e ainda se cultiva) a figura de Goethe. Elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II – Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e sociedades religiosas, a quarta, à instrução e estabelecimentos de ensino, e a quinta, à vida econômica. Todas essas seções são marcadas por novo espírito, que se pode dizer ‘social’, mesmo quanto às liberdades.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed.. São Paulo : Editora Saraiva, 1998, p. 48-49.

Em outras palavras, Estado social é na substância a democracia participativa que sobe ao poder para executar um programa de justiça, liberdade e segurança.⁶⁷

Sintetizando, Fábio Roque SBARDELOTTO afirma:

Portanto, o Brasil chega ao limiar do século XXI sem ter-se beneficiado das conquistas do Estado Liberal e do Estado Social. O Estado brasileiro, sempre moldado ao prazer da burguesia que mantém o domínio do poder político e econômico, tem servido de instrumento de fomento da ideologia que renova os ideais do modelo liberal, alimentando o capitalismo nacional e internacional com o produto do sofrimento cada vez mais acentuado da população. Poucos foram os frutos que o nosso inconsistente Estado Social conferiu às classes desfavorecidas, fazendo-se sentir, na atualidade, os efeitos de miséria e gritantes desigualdades sociais que têm impedido as mínimas condições de vida digna à quase totalidade do sofrido povo brasileiro.⁶⁸

2.7. INSTITUIÇÃO DE UM ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL – WELFARE STATE – ESTADO PROVIDÊNCIA

Em todas as civilizações, o desejo perene de se alcançar um estágio mais desenvolvido de avanço e bem-estar social, que proporcionasse o eficaz atendimento de todas as necessidades existentes dentro das estruturas formadoras da sociedade complexa, tem impulsionado as pessoas e os grupos sociais primários a abdicarem de sua condição natural de individualidade, promovendo com isso a aglutinação dos mesmos em torno de uma instituição que, através dos seus órgãos componentes e das suas normas de estabelecimento, seja capaz de satisfazer a tais anseios, configurando-se a representação clara do poder político no agente executor da solução das necessidades originadoras de tal congregação. O Estado existe como necessidade imprescindível para a garantia da execução da continuidade do conjunto de práticas necessárias para sustentação da sobrevivência.

⁶⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 57.

O Estado tem a obrigação de assistir os seus membros, em todas as ocasiões nas quais estiverem necessitados de amparo, sustentando a construção de um *status quo* de liberdade, hombridade jurídica, progresso técnico e bem estar social.

Surge, então, o *Welfare State*, um Estado de Bem-Estar que, através da institucionalização do pleno emprego, estenderia os direitos sociais de cidadania. Para isso, o Estado de Bem-Estar agiria em duas frentes: a efetivação de uma política fiscal e financeira e a operacionalização de políticas sociais. Estas possibilitariam a criação de aparelhos de consumo coletivo, incorporando e distribuindo os direitos de cidadania reivindicados pela força de trabalho. Negando o individualismo possessivo do Estado Liberal, o Estado de Bem-Estar legitima a interferência do Estado no mercado. Esta interferência culminou com um aumento significativo do gasto público com as políticas sociais. Tal aumento foi o argumento utilizado pela corrente neoliberal para se contrapor ao Estado de Bem-Estar, dada a crise que se instalou devido à baixa taxa de crescimento econômico e a crescente inflação. Com a expansão do processo de globalização (internacionalização progressiva do capital), o liberalismo em sua nova roupagem volta à cena e introduz significativas mudanças com relação ao papel e atuação do Estado no contexto capitalista.

Destaca-se SBARDELOTTO, quando comenta:

Pierre Rosanvallon, analisando a crise do que identifica por "*Estado-Providência*", também nominado por Estado Social, de Bem-Estar ou *welfare state* afirma que:

"No cerne da argumentação liberal está a idéia de que dois Estados coexistem no Estado-moderno: um Estado de direito, guardião da democracia e fiador das liberdades essenciais, e um Estado intervencionista, destruidor dessas liberdades. Seria necessário, pois, reduzir ou suprimir o segundo para conservar apenas o primeiro; destruir o mau Estado para deixar subsistir apenas o bom."⁶⁹

O *Welfare State* é uma transformação do próprio Estado a partir das suas estruturas, funções e legitimidade. Ele é uma resposta à demanda por serviços de segurança sócio-econômica.

⁶⁹ SBARDELOTTO, *op. cit.* p. 34

A construção de um Estado como *Welfare State* está ligada a um processo histórico que conta já de muitos anos. Pode-se dizer que o mesmo acompanha o desenvolvimento do projeto liberal transformado em Estado do Bem-Estar Social no transcurso das primeiras décadas do século XX.

A história desta passagem vincula-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para a convencionalmente chamada questão social. São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo - onde lhe cabia tão só assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado - para o Estado Intervencionista - que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada.

O *Welfare State*, assim, seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do indivíduo.

No Brasil, surgiu entre as décadas de 30 e 70, caracterizado pela centralização política e financeira no governo federal e nas ações sociais, porém começa a apresentar seus primeiros sintomas de crise ainda na década de 70, pois, deveria, ao mesmo tempo, regular e estimular o crescimento econômico e solucionar conflitos sociais. A expansão dos gastos públicos com a área social provoca déficits para o Estado, provocando inflação e desemprego. Instaura-se a crise do capitalismo.

2.8. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito⁷⁰ emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há a sua qualificação pela questão da igualdade⁷¹. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se torna mais complexo, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.

Na medida em que, por meio da Constituição de 1988, instituiu-se no Brasil um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais individuais, constituindo-se como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a redução das desigualdades sociais e regionais, inegável o desiderato constitucional de afirmação dos direitos sociais e do estabelecimento de uma igualdade substancial, diversa daquela que inspirou o modelo de Estado Liberal.

[...]

Inseridos em um ambiente jurídico decorrente do Estado Democrático, impregnado de valores sociais a realizar, a interpretação constitucional do princípio da igualdade somente pode estabelecer-se no sentido de sua substancialidade, ou seja, o afastamento de concepções que admitem o princípio constitucional da igualdade como mero instrumento abstrato e geral, apenas formalmente estabelecido. Imperativa uma exegese valorativa, de implementação material das condições de tratamento igualitário entre os cidadãos.⁷²

⁷⁰ “Inegável, portanto, que o Estado Democrático de Direito representa a expectativa de implementação dos direitos sociais ainda latentes, embora previstos abstratamente na Constituição, agregando novos direitos identificados por transindividuais de terceira geração, de conteúdo universal, de solidariedade, desenvolvimento igualitário das virtudes e valores do ser humano, proteção ao meio ambiente, etc.” SBARDELOTTO, *op. cit.*, p. 42.

⁷¹ “[...] na acepção material, pode-se sustentar que a democracia não se restringe ao primado da legalidade, mas também pressupõe o respeito aos direitos humanos. Isto é, além da instauração do Estado de Direito e das instituições democráticas, a democratização requer aprofundamento da democracia no cotidiano, por meio do exercício da cidadania e da efetiva apropriação dos direitos humanos. Neste sentido, não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. A democracia exige efetivo e pleno exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Há, portanto, uma conexão necessária entre democracia e direitos humanos [...]” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, democracia e integração regional: Os desafios da Globalização* Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 37. p.125.

⁷² SBARDELOTTO, *op. cit.*, p. 88-89.

E é este o conceito que, vindo estampado no texto constitucional (art. 1º)⁷³, define os contornos do Estado brasileiro, a partir de 1988⁷⁴, tendo presente que o constituinte nacional foi buscá-lo em Constituições produzidas em situações similares à nossa, ou seja, em documentos legislativos produzidos no interior de processos de redemocratização.

Liberdade e democracia⁷⁵ nem sempre caminharam juntas, porque antinômicas. A liberdade representava a participação no poder de uma só classe, enquanto que na democracia todas deveriam dele participar. Mas para combater o absolutismo do rei, os filósofos do liberalismo conciliaram as duas teorias, e caminharam em direção do Estado liberal-democrático.

No mundo de hoje - e isto também ficou bem claro no século XIX - parece que os povos não concebem outra forma de organização política que não seja o Estado Nacional. No passado, as sociedades tribais não tinham preocupação semelhante. Tampouco na sociedade feudal o Estado era o quadro político dentro do qual os homens se viam como cidadãos.

Toma corpo o princípio democrático, oriundo do princípio liberal. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes. A burguesia começa a defesa do princípio representativo, todavia, cheio de contratempos, privilégios, discriminações.

Rogério Medeiros Garcia de LIMA destaca:

Dessarte, o Estado Democrático de Direito é aquele: a) criado e regulado

⁷³ Art. 1º CFB - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

⁷⁴ "A Constituição de 1988 surgiu em nosso país renovando as esperanças do povo brasileiro no sentido da efetivação de um verdadeiro Estado de Direito, onde as desigualdades sejam, ao menos, atenuadas, onde a dignidade da pessoa humana e a construção de uma justiça social possam conferir aos cidadãos condições mínimas de vida social. O Estado Social ressurgiu com acréscimo de conteúdo, agora democrático. Inegável, entretanto, a manutenção dos compromissos liberais. Porém, seus valores não podem ser considerados nefastos se mantidos em equilíbrio com a implementação dos direitos sociais, com a solidariedade social inerente a democracia. Com isso, poder-se-ão atingir os objetivos traçados ao ser instituído, formalmente, o Estado Democrático (preâmbulo da Constituição, arts. 1º e 3º)." SBARDELOTTO, *op. cit.* p. 113.

⁷⁵ "A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que a de *Estado de Direito*, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. [...] O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*." SILVA, *op. cit.*, p. 102.

por uma Constituição; b) onde os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) onde o poder político é repartido entre o povo e órgãos estatais independentes e harmônicos, que se controlam uns aos outros; d) onde a lei, produzida pelo Legislativo, é necessariamente observada pelos demais Poderes; e e) onde os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado (Carlos Ari Sundfeld, 1997:50-53)⁷⁶

Aduz SBARDELOTTO que “o advento da Constituição Federal de 1988, preconizada como o marco de uma era renovadora, acenou com ares de esperança no surgimento de um modelo estatal transformado, embasado no império do regime Democrático de Direito.”⁷⁷

A sobrevivência do Estado Democrático de Direito depende do acréscimo aos seus objetivos da regulamentação permanente do sistema social, ou seja, da constante adaptação das normas às mudanças sociais visando à primazia do coletivo (promoção pelo estado do bem estar social).

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde a Constituição Federal representa a vontade constitucional de realização do Estado Social, ainda não implementado em nosso país. Nossa Constituição contempla os direitos chamados de segunda e terceira gerações, preconizando instrumentos para a sua configuração material, em explícita demonstração no sentido de que ainda não estão implementados, em razão da falta de realização da função social do Estado.⁷⁸

2.9. NEOLIBERALISMO

Resultado de um movimento histórico-social vindo à luz na década de 1970, em resposta à profunda crise no processo de acumulação capitalista então deflagrada, surge, como um corpo articulado de proposições econômicas e sociais, ancorado em aspectos específicos da tradição liberal, o neoliberalismo.⁷⁹

⁷⁶ *Neoliberalismo e globalização: Para entender o mundo em que vivemos*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 225, p. 132, jul./set. 2001.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 51.

⁷⁸ SBARDELOTTO, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁹ “Norberto Bobbio, grande pensador contemporâneo, sintetizou (1995:87-89): “Por neoliberalismo se entende hoje, principalmente, uma doutrina econômica conseqüente, do qual o liberalismo

Em resposta à crise de um modelo baseado na regulamentação estatal (década de 70), o neoliberalismo surgiu como contraponto político e ideológico à social-democracia dominante.

O neoliberalismo significa a formulação de claros interesses de fração em termos de interesses nacionais ou gerais. Nesse sentido, para que seja possível formular em termos de interesse geral um interesse particular, é necessária a mediação de um sistema simbólico adequado, que codifique satisfatoriamente uma concepção de mundo, assim como cumpra as funções de meio de comunicação e de instrumento de dominação.

O neoliberalismo surge exatamente no contexto do pós-guerra, como uma reação teórica e política ao Estado intervencionista e ao *Welfare State*.

A outra face do que constitui a globalidade da crise mundial é a decadência do *Welfare State*, sob o impacto dos efeitos das políticas neoliberalizantes e suas exigências antidemocráticas, expressadas na redução considerável de conquistas populares no plano jurídico. Isso ocorre tanto em países de capitalismo central (o caso mais gritante é o da Inglaterra, onde até o salário mínimo sofre sérios ataques), como nas sociedades periféricas, terreno no qual tenta-se implementar a força o neoliberalismo, malgrado a ausência do velho liberalismo clássico e a presença de forte patrimonialismo no Estado.⁸⁰

A partir de 1945 (Guerra Fria), a doutrina neoliberal, hoje hegemônica nas sociedades contemporâneas, começou a dar os primeiros passos.

Analisando o percurso histórico do neoliberalismo, observa-se que, nos anos 60 e 70, este pensamento consolida sua hegemonia teórica quando passa a ocupar espaço nas universidades norte-americanas. A consolidação da hegemonia teórica, por parte desta doutrina, produzirá múltiplos impactos no mundo todo a partir dos anos 70. Isto porque há uma passagem da teoria para a prática e, a partir daí, a hegemonia neoliberal dar-se-á, também, no campo político.

político é apenas um modo de realização, nem sempre necessário; ou, em outros termos, uma defesa intransigente da liberdade econômica, da qual a liberdade política é apenas um corolário. [...] Na formulação hoje mais corrente, o liberalismo é a doutrina do 'Estado mínimo' (o minimal state dos anglo-saxões)'. LIMA, Rogério Medeiros Garcia de, op. cit., p. 133.

Um dos primeiros efeitos desta passagem para o terreno político pode ser bem ilustrado pela grande crise do capitalismo e, também, pelo golpe militar no Chile, país que acaba tornando-se o pioneiro de uma experiência neoliberal na América Latina, ressaltando-se ter isto ocorrido sob um contexto ditatorial.

No final dos anos 70 e início dos anos 80, ocorre uma verdadeira onda conservadora com as vitórias, por exemplo, de Thatcher (1979), na Inglaterra, Reagan (1980), nos Estados Unidos da América do Norte, e Kohl (1982), na Alemanha. Tais governos conservadores adaptaram e colocaram em prática as idéias neoliberais até então restritas às universidades. As políticas governamentais implementadas estavam baseadas na desregulamentação, na privatização e na abertura comercial.

Esta consagrada vitória neoliberal em vários países atingiu o seu ápice no final da década de 80, com a crise das sociedades socialistas do Leste Europeu, crise esta deflagrada, também, pela queda do muro de Berlim em 1989.

O *neoliberalismo* nasce, assim, como uma violenta reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de Bem-Estar. Elaborada por FREDRICK VON HAYEK, a doutrina neoliberal não representa apenas um resgate dos princípios do liberalismo clássico. Seus ardorosos defensores advogam que seu projeto é "muito mais que um programa econômico, senão que uma transformação global de toda a sociedade em todas as suas dimensões (...). A economia, o Estado, a democracia, a educação, a saúde e a própria cultura em sua integridade" devem sucumbir sob a "rapina neoliberal". O fundamento do neoliberalismo, como ressaltado, ultrapassa a proposta clássica vislumbrando o mercado como *societas perfecta*. O intervencionismo estatal é visto como principal causador das distorções e falhas do seu desenvolvimento. Tudo o que se opõe ao desenvolvimento e expansão do mercado deve ser reduzido ou destruído.

[...]

Assim, a doutrina neoliberal hostiliza sistematicamente a intervenção estatal na resolução dos contrastes da luta de classes. A preocupação essencial é com a máxima liberdade econômica e o resguardo dos direitos e garantias formais apenas indispensáveis à realização daquela. Justifica-se como corolário, mais intensamente a oposição entre igualdade de direitos e igualdade material, que embora relativamente desejável se apresenta como justificativa secundária e nunca a meta principal, e apenas conveniente quando atingida de maneira livre, ou seja, como resultante do livre jogo do mercado.⁸¹

⁸⁰ ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna: (ensaio de sociologia do direito)*. 1. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1997, p. 59.

⁸¹ CARVALHO, Thiago Fabres de. *A Teoria da divisão dos poderes no contexto do neoliberalismo: Alguns Dilemas da Democracia em Tempos de Globalização Econômica*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 3, p. 64-65, 2001.

2.9.1. NEOLIBERALISMO E POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS NO BRASIL⁸²

Dentre os países latino-americanos, o Brasil foi o último, isso no início dos anos 90, a adotar o receituário neoliberal. De fato, o Brasil devido a sua significativa dívida externa, sujeitou-se às políticas de liberalização financeira e comercial e de desregulamentação cambial, sendo o principal objetivo a atração de recursos externos. Desta forma, a sua inserção no novo quadro financeiro se dá de forma subordinada.

O período do pós-guerra no Brasil configura-se numa conjuntura muito marcada pelas influências da doutrina da política externa norte-americana, no sentido de combate ao comunismo. Esse caráter de forte acento político-ideológico possui, por outro lado, aspectos econômicos, sociais e culturais resultando, dessa aproximação, o alinhamento automático do Brasil com os EUA.

Na verdade, não se deve desconsiderar as influências que o cenário internacional exerceu e ainda exerce no Brasil.

Analisar a relação entre neoliberalismo, políticas governamentais e exclusão social no Brasil nas décadas de 80 e 90 torna-se importante, pois que estas décadas apresentaram significativas peculiaridades. A década de 80 representa tanto o fim da ditadura militar e, conseqüentemente, a restauração da ordem civil, quanto o esgotamento do modelo de desenvolvimento adotado pelos governos militares. Já a década de 90 é marcada pela adoção de políticas econômicas neoliberais.

Estudando as políticas governamentais adotadas e implementadas no Brasil, pode-se verificar que o processo de desenvolvimento apresenta um grave paradoxo: por um lado, suscita crescimento econômico, industrialização etc., por outro, vem gerando e intensificando a pobreza, o desemprego, o

⁸² “Se a constituição do Estado brasileiro sempre derivou da estruturação proporcionada por uma camada social elitista, detentora da capacidade de domínio econômico e político, verificamos há algum tempo que essa mesma camada nos conduziu a uma virada estrutural (política-econômica-social), identificada por neoliberalismo, de conotações políticas e econômicas.” SBARDELOTTO, *op. cit.*, p. 50.

subemprego e a exclusão social, o que desemboca na crescente marginalidade que assola o país.

Atentando para a singularidade do processo histórico-social do país, verifica-se que a exclusão social, configurando-se como violência estrutural da sociedade brasileira, vem sendo produzida em larga escala e atinge primordialmente as camadas populares. Com isso, constata-se que a exclusão social é uma questão política no sentido de que as políticas de desenvolvimento erigidas no país ao longo das décadas de 80 e 90 vêm intensificando a produção de segmentos cada vez mais excluídos do processo produtivo. Portanto, a exclusão social não é algo natural, mas se inscreve na lógica das políticas governamentais implementadas no Brasil a partir dos anos 80.

A formação histórico-social brasileira, considerando particularmente o período republicano, é extremamente singular e, nesse sentido, pode-se afirmar que o desenvolvimento e a exclusão caminham lado a lado. Historicamente, na sociedade brasileira, com exceção de breves e esporádicos momentos, as políticas de desenvolvimento adotadas implicaram numa enorme dependência face ao capital estrangeiro. Isto, fundamentalmente, a partir de 1945, período da redemocratização do país e marcado pelo contexto da Guerra-Fria. A partir daí, houve um atrelamento muito intenso ao capital estrangeiro e o desenvolvimentismo configurou-se dependente de um modelo internacional.

Do fim da ditadura militar, até os dias atuais, os sucessivos governos civis, têm, embora com algumas diferenças, a marca emblemática da política neoliberal. Na verdade, a implementação do neoliberalismo no Brasil intensifica-se no começo da década de 90, a partir de quando os governos vêm adotando algumas medidas como, por exemplo, entre outras, a privatização, a abertura da economia, o corte dos gastos públicos.

A crise pela qual o país atravessa, particularmente entre os anos 80 e 90, é de caráter político e a conjuntura atual é trágica pois atinge as camadas populares da sociedade brasileira que são constantemente alijadas das prioridades expressas nas políticas governamentais. A política neoliberal, principalmente no que diz respeito ao início dos planos de estabilização econômica, não eliminou e não elimina de forma alguma o aumento dos problemas sociais da sociedade

brasileira, que são estruturais como, por exemplo, o desemprego, a fome, a exclusão, o aumento da criminalidade.⁸³

Esta conjuntura aponta para indícios fortíssimos de que as políticas governamentais de cunho neoliberal no Brasil e em algumas sociedades vêm agravando e intensificando os problemas sociais e neste sentido, apresentam sinais de esgotamento⁸⁴.

A moderna doutrina econômica apregoa a privatização e a abertura da economia para aproveitar todas as potencialidades do capitalismo. Trata-se de uma era de pragmatismo econômico e a certeza de que somente a economia de mercado é capaz de transformar as sociedades, gerar riquezas, criar bem-estar e assegurar a justiça social.

Em vista das disparidades regionais, altas taxas de analfabetismo, concentração de renda e exploração de trabalho infantil, o Brasil apresenta hoje um quadro desalentador de milhões de pobres e de indigentes. É evidente que, só há desenvolvimento com justiça social. A reforma social deve legitimar a reforma do Estado, na medida em que ameniza a desigualdade e a verticalidade de nossas relações sociais. As medidas corretivas para recompor o tecido social exigem políticas sociais de longo prazo nos segmentos da educação, saúde, saneamento, infra-estrutura de serviços públicos, habitação popular, gestão e conservação ambientais.

Como assinalado por Edmundo Lima de ARRUDA JUNIOR, "[...] O neoliberalismo busca, no plano ideológico, deslegitimar e despolitizar o campo das lutas populares, num movimento no qual, da política à filosofia, desclassifica-se o

⁸³ "Parece não haver mais sistema político capaz de administrar os problemas sociais. De um lado, o Estado se submete aos ditames da economia internacional; de outro, crescem os protestos por alteração de rumos. Amplia-se o vazio, preenchido pelo caos e pela violência. A prioridade é reconstruir o sistema político e abandonar a perigosa idéia de que os mercados podem regular a si mesmos. Essa idéia, do ponto de vista político, é gravemente insatisfatória. O desemprego em massa, a queda do nível de vida, para muitos, e o aumento das desigualdades, não são apenas variáveis econômicas: são, sobretudo, vidas e sofrimentos." LIMA, Rogério Medeiros Garcia de, *op. cit.*, p. 137.

⁸⁴ "O problema que se põe, nesse momento de redefinição das funções do Estado, é o de saber quais as correspondentes inovações no plano da atividade judicial. Com a afirmação do Estado social, inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas. No Brasil, especialmente ao longo da década de 80, tanto a Constituição de 1988 quanto a legislação infra-constitucional caminharam nessa direção. Ainda que tardiamente, nem bem terminado o trabalho da Assembléia Nacional Constituinte, recrudescceu a discussão sobre a 'crise do Estado' e, no seu bojo o debate sobre a intervenção no domínio econômico, a carga tributária e, em última análise, a viabilidade do sistema compensatório e redistributivo nacional." FARIA, *op. cit.*, p. 47.

espaço público como arena para grandes discussões de temas de interesse coletivo.”⁸⁵

Observa Thiago Fabres de CARVALHO que:

De tudo que foi visto, o neoliberalismo pode ser vislumbrado, na esteira de Arruda Junior, como um inimigo mortal da construção democrática, na medida em que se funda sobre a dilapidação do conceito de Estado, impedindo a promoção da cidadania pela implementação de políticas públicas e dos direitos humanos básicos. A Constituição e seus valores perdem, pois, a sua capacidade de afirmação como expressão das conquistas da sociedade e como explicitação do contrato social, no momento em que a inexorabilidade das leis do mercado dilaceram a capacidade de regulação normativa.

Na arguta análise de Jacinto Coutinho, o “desmonte do Estado implica necessariamente, arrebentar as barreiras do direito. No neoliberalismo há um evidente desprezo pelo direito. A investida neoliberal, a toda evidência, restringe diuturnamente as conquistas da humanidade, produzindo uma ordem social acentuadamente autoritária. Lembra, ainda, o mestre citado que “sempre foi princípio elementar, na modernidade, a impossibilidade de regresso ao *status quo ante*, quando a matéria em pauta fosse *conquistas constitucionais*.”⁸⁶

Com propriedade, Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO arremata:

Se parece verdadeiro que a globalização é um caminho sem volta, respeitados os devidos limites impostos pela geografia e história, espaço e tempo, e *così via*, o mesmo não pode se dizer do neoliberalismo. Desprezível na sua formulação básica, porque desumana, dele podemos prescindir. Para tanto, há que se dar ao trabalho de combatê-lo; e oferecer em troca algo factível, ou seja, não basta denunciá-lo (eis os zetéticos); é absolutamente necessário construir, para um mundo cibernético e em avassalador movimento, mecanismos para dar conta da vida, sempre em transformação. É preciso não esquecer, sem embargo, de deixar os pés na realidade.⁸⁷

⁸⁵ *op. cit.* p. 69

⁸⁶ *op. cit.* p. 66.

⁸⁷ *Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 4, p. 34-35, 2001.

2.10. GLOBALIZAÇÃO⁸⁸

No cenário dos anos 90, a defesa pelo Estado mínimo vem inserida no contexto do processo de globalização. Tal processo apresenta uma peculiaridade: a política neoliberal⁸⁹.

Embora conceitualmente possa ser dito que neoliberalismo e globalização não são similares, ao contrário, apresentam distinções, na prática e da forma como vem sendo conduzido o processo de globalização, parece que ambos são apresentados como idênticos, um como consequência do outro, e mais, o caminho inexorável para determinado país fazer parte da aldeia global é adotar o receituário neoliberal. Sob este ponto de vista, a política neoliberal se converte no caminho por excelência para entrar nessa aldeia global.

Problemas como desemprego e o subemprego, a desnacionalização da economia e a dependência de capitais externos, longe de constituírem a consequência irrecorrível de um processo global, resultam de políticas adotadas no

⁸⁸ “O advento histórico da globalização confunde-se com o surgimento do próprio capitalismo. Este nasce como expressão material e espiritual indelével da burguesia revolucionária e, em sua gênese, foi concebido para se impor como modelo civilizatório universal. Para OCTÁVIO IANN, ‘a história do capitalismo pode ser lida como a história da mundialização, da globalização do mundo’. Do século XVI ao XX, passando por avanços e retrocessos, crises e reestruturações, o capitalismo prossegue se fortalecendo e fomentando o processo globalizante em marcha.” CARVALHO, *op. cit.*, p. 64.

⁸⁹ “[...] 2ª)-A crise globalizada tem dois eixos centrais: a crise dos socialismos reais e a crise do *Welfare State*. A primeira – crise dos socialismos reais – tem permitido afirmar a ‘morte do paradigma do conflito’, fundado na cultura socialista, indicando, com o vigor empírico imediato, e realista, a ‘vitória’ da identidade entre democracia e sociedade de mercado capitalista. Em segundo lugar, a decadência do *Welfare State* -, com emergência das políticas neoliberais, tem aberto a trilha cada vez mais nítida (plano nacional e das políticas externas nos países centrais) da incompatibilidade entre democracia liberal e políticas neoliberais.” ARRUDA JUNIOR, *op.cit.*, p. 68.

âmbito nacional, convenientemente⁹⁰ dissimuladas pelo apelo à retórica da globalização⁹¹.

Flávia PIOVESAN, em ensaio onde propõe reflexões a respeito do impacto da globalização, assim se posiciona:

Vislumbram-se assim os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica excludente do processo de globalização econômica e os movimentos que intentam reforçar a democracia e os direitos humanos como parâmetros a conferir lastro ético e moral à criação de uma nova ordem internacional.

Para a consolidação da democracia e implementação dos direitos humanos, emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário, nos planos local, regional e global. A prevalência dos direitos humanos e do valor democrático há de constituir a tônica deste novo paradigma global, que demanda o enfoque das ordens local, regional e global a partir da dinâmica de sua interação e impacto. Ao imperativo da eficácia econômica deve ser conjugada a exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Em um contexto cada vez mais caracterizado pela relação entre Estados, regiões e instituições internacionais, o próximo milênio reserva como maior débito e desafio à globalização da democracia e dos direitos humanos.⁹²

Na tentativa de conceituá-la, pode-se dizer que globalização refere-se a uma compreensão do mundo como um todo, que está num processo crescente e acelerado de modernização. É a busca de um mercado novo com

⁹⁰ “Nem a globalização, nem o neoliberalismo têm algo de neo. A globalização é o mesmo imperialismo que desde os romanos intentam as sociedades dotadas de maior poder de inserção e domínio sobre os outros, dos quais se pretendem aproveitar para o seu próprio e exclusivo benefício. O imperialismo que colonizou, matou, trucidou e cometeu genocídio de índios nos continentes ditos ‘colonizados’ mata agora com novas armas. O selvagem de ontem é o excluído social de hoje. O liberalismo mais não pretende que retomar a fórmula velha e que se acreditava superada do *laissez faire, laissez passer*. O mundo, já se viu antes, não vai por ele mesmo. Os mais frágeis, especialmente os mais fracos economicamente, tornam-se os neoescravos, sem direitos e sem razões que a razão do mais forte não possa comprar segundo a percentagem de lucro que lhe aprouver.” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 16, p. 47.

⁹¹ “Mas o que esperamos do Estado? No mundo globalizado e neoliberal, a sociedade civil apresenta-se comumente como não-Estado. Sendo uma esfera constituída, cuja autonomia e competição mútua na prossecução de seus interesses privados devem ser garantidas pelo Estado que deve abster-se de intervir em certas atividades econômicas. Revela-se atualmente uma sociedade conflituosa fragmentada muito embora que nas sociedades industrializadas exista um conformismo difuso e acentuado, onde a concentração de poder traduz os modelos de comportamentos generalizados dos indivíduos componentes de suas complexas sociedades de massas. O Estado é, portanto, além da síntese das relações sociais, a institucionalização da dominação e juridicamente deve ser compreendido como corporação formada pelo povo, sendo originariamente dotado de poder de mando.” LEITE, Gisele. *O neo-liberalismo e o estado contemporaneamente confuso*. Disponível em <http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=2499>, acessado em 27/02/03.

características das eras mercantilistas e imperialistas, "de sorte a fazer lembrar a velha discussão suscitada por Marx e Hegel, no sentido de que a infra-estrutura determina a hipereestrutura, ou seja, de que o fator econômico é o predominante na determinação da caracterização das outras esferas (sociais e políticas).⁹²

A abertura de fronteiras prometida pela era globalizada, quando verdadeira, atua como elemento fomentador das desigualdades sociais, uma vez que surgem novas demandas de consumo, concentrando o poder econômico em grupos sociais menores, engrandecendo as camadas de excluídos que acabam excluídos da "aldeia global".

Rogério FELIPETO comenta:

Não é recente a discussão acerca da influência do conteúdo econômico no direito, mormente quando se cuida do direito penal. Se é verdade que na mais perfeita das sociedades, na mais igual delas, a indígena, há existência do crime, demonstrando que os fatores criminógenos não se restringem aos fatores de ordem econômica, por outro lado, é inegável que quanto mais desemprego, quanto mais desigualdade social, consequência esta da desigualdade econômica, maior é o crescimento da taxa de criminalidade dentro de uma sociedade. Nesse sentido, a globalização tem contribuído para o crescimento da criminalidade.⁹⁴

Assim, seria correto afirma-se que o aumento da criminalidade é um fenômeno inevitável da globalização, agravante das desigualdades sociais e da exclusão social. Ao Estado cabe desenvolver ações efetivas que possam diminuir as distâncias entre as classes sociais, de forma a evitar o comprometimento dos direitos sociais e humanos.

⁹² *Op.cit.*, p. 127-128.

⁹³ FELIPETO, Rogério. *Nova feição do direito penal*. Revista dos Tribunais, Fascículos Penais, ano 90, v. 792, p. 519-521, out. 2001.

⁹⁴ *Idem*.

2.11. O PENSAMENTO DE SIGMUND FREUD (1856-1939)⁹⁵

“As frustrações, as paixões e os apetites humanos (que são ilimitados) e os meios de satisfazê-los (que são obviamente limitados) é que tornam possível a evolução social e, assim, a própria evolução do Estado.”

Christian Edward Cyril LYNCH, num estudo onde procurou buscar a pertinência da política e da psicanálise e as crises que se desenrolam nos dias atuais, encarando questões sociais tradicionalmente abordadas pela teoria política moderna, como a problemática do Estado e o poder político, bem como de garantir a paz social, aceitando as noções de conflitos e de diferenças como partes constitutivas da vida em comunidade, assim entende:

Neste ponto, a teoria freudiana estaria afinada com a lógica hobbesiana que dispõe que o receio da morte impulsiona o homem para a vida social. Há uma renúncia parcial do direito ao pleno gozo e a imposição de um limite para as exigências das forças pulsionais, em proveito da constituição de um foro onde a palavra política medeia as relações.

“Se a civilização impõe sacrifícios tão grandes, não apenas à sexualidade do homem, mas também à sua agressividade, podemos compreender melhor porque lhe é difícil ser feliz nessa civilização [...] O homem trocou uma parcela de suas possibilidades de felicidade por uma parcela de segurança (FREUD, 1997:72).

[...]

A pulsão erótica ordena então este movediço terreno do poder e da política em torno de um centro onde se erigia um projeto comum que, agregando as singularidades, as despoja de suas radicalidades incompatíveis, ao acenar com a possibilidade de atender anseios comuns a todos. Este centro se constitui, onde a figura de um governante carismático, porta-voz do projeto comum, exerce o papel mediador. O projeto comum personificado no Estado e seus componentes constitui uma representação da força pulsional, que se torna assim visível e reconhecida.

[...]

⁹⁵ “Para Sigmund Freud el ser humano está tensionado por los instintos de Eros (amor) e Tanatos (muerte). Se trata de disposiciones innatas que compiten buscando la supremacía; Eros se presenta como un instinto vital y constructivo y Tanatos como un instinto mortal y destructivo. [...] El Estado es un típico producto cultural edificado como una ‘manufatura’ a partir de los instintos primarios que constituyen la ‘materia prima’. Esta represión aparece sutil o asordina en los sentidos del hombre contemporáneo, tanto más cuanto mejor funciona el Estado en término de justicia e igualdad. [...] En la línea de este pensamiento inquietante, Freud advierte que cuando en una comunidad se agita el ímpetu libertario, cuando el malestar es indisimulable, la respuesta puede encontrarse en el mal funcionamiento de un Estado que es llamado a corregirse en sus errores, defectos o iniquidades. Pero no hay que descartar otra respuesta posible: que el malestar social sea el reflejo de una parte de nuestra personalidad primitiva que se niega a ser ‘culturizada’ por la domesticación de sus instintos primarios.” ROSATTI, *op. cit.*, p. 60-61.

O produto final das "etapas civilizatórias", para fins de diferenciação de sociedades, tornou-se assim insignificante: em todas estas estariam presentes os elementos da morte e da pulsão destrutiva – ou seja, os elementos que compõe o mal.

[...]

[...], na última fase do pensamento freudiano, o terreno social passa a ser representado como polarizado constantemente entre duas lógicas – a da política e a da guerra, fruto das pulsões erótica e tanática-, visto que os fundamentos do poder estão inscritos nas renúncias parciais impostas para os prazeres dos indivíduos e na regulação da economia pulsional. Este é o motivo porque Birdman afirma ser a governabilidade uma prática-social nos limites do impossível, pois, como a psicanálise e a educação, ele se contraporá inevitavelmente às demandas de gozo dos sujeitos.⁹⁶

Balizado pelo pensamento de Freud, pode-se dizer, portanto, que o *animus* do homem é fruto de suas concepções. A partir do momento em que se delegou ao Estado o dever da satisfação social, porque o Estado diz-se capaz de fazê-lo, criou expectativas às quais, não estando correspondidas face à sua ausência, despertam nos indivíduos, "pulsões" de cobrança e repulsa que são fertilizantes para o crescimento da criminalidade fator de destaque nas atuais concepções subjetivas de Estado.

⁹⁶ *Estado e mal-estar social no discurso de Sigmund Freud*. Disponível em http://www.achegas.net/numero/tres/christian_lynch.htm

Capítulo III

SEGURANÇA PÚBLICA - SUA COMPLEXIDADE, SEUS DESAFIOS

3.1. (IN)SEGURANÇA PÚBLICA

"A insegurança pública no Brasil já alcançou tal magnitude que hoje é o próprio Estado que se sente inseguro. A principal função histórica do Estado era e é garantir a segurança de todos e de cada um. Todavia, hoje isto mais parece piada de mau gosto." (Luiz Otávio de O. Amaral - ex-assessor do Ministro da Justiça)

O povo brasileiro é resultado de uma requintada mistura de tradições culturais que vem interagindo e socializando suas instituições sociais. No contexto desta miscelânea cultural as atitudes marcadas pela violência têm alta representatividade e se manifestam, indiscriminadamente, nas diferentes classes sociais.

Os motivos para a prática dos atos violentos são dos mais variados. O processo de afirmação da auto-estima através da violência corresponde ao percurso de um atalho pelo avesso da relação interpessoal.

Em decorrência de imagens e informações que cotidianamente, através da mídia, assoberbam a sociedade, o tema segurança pública tornou-se a *neurose*¹ do momento, fazendo com que se crie uma infinidade de análises e fórmulas de resolução dos problemas. O mais comum, quando se lê ou ouve falar do assunto, é uma redução simplista da questão ao problema da criminalidade, o

¹ "neurose ou nevrose *sf.* Perturbação mental que não compromete as funções essenciais da personalidade, mantendo o paciente em penosa consciência de seu estado." FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1977, p. 331.

que origina um círculo vicioso onde a violência que tenta se combater gera mais violência e desemboca numa crescente criminalidade.²

Conceituando segurança pública, J. Motta MAIA assim discorre:

Expressão de conteúdo amplo em que sobressai a obrigação do Estado de criar condições para proporcionar ao cidadão garantias de sua existência na

² “A questão da segurança pública está definitivamente na pauta dos brasileiros. Pesquisa realizada pelo Datafolha mostra que a questão é apontada por 21% como o principal problema do país, taxa recorde e 11 pontos superiores à verificada em dezembro de 2001. Além disso, há uma forte disposição para a adoção de medidas extremas para o combate à criminalidade: cerca de metade (51%) dos brasileiros querem a adoção da pena de morte no país, 72% defendem a adoção da prisão perpétua e 84% são favoráveis à convocação do exército para combater a violência nas ruas das grandes cidades.[...] Em 1996 a violência era citada como principal problema do país por apenas 2% dos brasileiros. Essa taxa cresceu para 5% em maio de 1997, voltou a cair para 2% em dezembro do mesmo ano e oscilou para 3% em dezembro de 1998. Esse percentual dobrou para 6% em setembro de 1999, chegou a 8% em dezembro do mesmo ano, e atingiu o pico de 13% em junho de 2000. Naquele mês o governo criou o Plano Nacional de Segurança Pública, após um incidente de grande repercussão: o seqüestro de um ônibus no Rio de Janeiro, que foi transmitido ao vivo pela TV e que resultou na morte de uma refém e do seqüestrador. Desde então a taxa de brasileiros que citavam a violência como principal problema do país oscilou negativamente (para 12% em dezembro de 2000 e para 10% em março de 2001), e caiu para 7% em junho de 2001. A preocupação com a violência voltou a 10% em dezembro do ano passado e atinge agora, com 21%, maior marca dessa série histórica de pesquisas.[...] Em junho de 2000, 48% dos brasileiros eram favoráveis à adoção da pena de morte. Aquela pesquisa mostra que o apoio à adoção desse tipo de punição apresentava uma queda em relação a levantamento realizado em 1995, quando 54% eram à favor da medida. Hoje o apoio à pena de morte voltou a crescer: 51% dos brasileiros são favoráveis à medida. O percentual dos que são contrários à adoção da pena de morte oscilou de 47% em 2000 para 45% hoje. A pena de morte ganhou mais adeptos principalmente entre os brasileiros que moram no Sudeste, onde o apoio à pena aumentou sete pontos percentuais, passando de 46% para 53%, entre aqueles com renda familiar mensal acima de R\$ 3.600,00 ou vinte salários mínimos, segmento no qual o apoio passou de 47% para 53% entre os que estudaram até o 2º grau - nesse estrato o apoio à pena de morte foi de 46% para 51%. O percentual de apoio aumentou quatro pontos entre os brasileiros que ganham entre R\$ 1.800,01 e R\$ 3.600,00, (foi de 47% para 51%) e entre os brasileiros com nível superior de escolaridade (foi de 38% para 42%). O apoio à pena de morte chega a 68% entre os brasileiros que admitem possuir arma de fogo, a 59% entre os que afirmam que foram vítima de assalto e a 58% entre os que foram vítima de furto nos últimos trinta dias. A defesa da adoção da medida também é mais expressiva na região Sul do país e entre os brasileiros que fazem parte das classes A e B (54% em cada um dos segmentos). [...] A prisão perpétua tem ainda maior apoio popular do que a pena de morte: 72% defendem a adoção do confinamento dos criminosos para toda vida como punição. São contrários à adoção da medida 23%. Entre os que têm arma em casa chega a 82% a taxa dos que são a favor da prisão perpétua. Também defendem a adoção da prisão perpétua em maior número os brasileiros que têm renda familiar mensal entre R\$ 1.801,01 e R\$ 3.600,00, ou mais de dez e até vinte salários mínimos, aqueles que fazem parte da classe C (77% em cada um dos segmentos), os entrevistados do sexo masculino, aqueles que têm entre 35 a 55 anos e os moradores do estado de São Paulo (75% em cada segmento).[...] Os crimes mais citados pelos defensores da prisão perpétua são os mesmos citados pelos que defendem a pena de morte: homicídio (55%), estupro (57%), seqüestro (34%), roubo e furto (24%), estupro seguido de morte (14%) e seqüestro seguido de morte (13%). Tráfico de drogas é um crime mencionado por 8% e, para 5%, os corruptos merecem prisão perpétua. Assim como acontece em relação à pena de morte, a pesquisa mostra que entre os moradores do Estado de São Paulo a taxa dos que defendem a prisão perpétua para seqüestradores fica acima da média, atingindo 44% e que, entre os moradores da capital a posição favorável a essa medida é ainda maior, chegando a 49%. Outro dado mostra o aumento da preocupação dos brasileiros com a violência: passou de 75% em junho de 2000 para 84% hoje a taxa dos que defendem a convocação do exército para combater a violência nas ruas das grandes cidades.” *Datafolha Instituto de Pesquisas*. Disponível em: <http://www.uol.com.br/folha/datafolha/po/sepublic_022002a.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2002.

comunidade, livre de ameaças ou restrições arbitrárias à sua vida, à liberdade e a outros direitos que se ampliaram na construção doutrinária e na obra dos estadistas e homens públicos vinculados às preocupações pelo bem-estar e felicidade dos integrantes da sociedade humana.

[...]

Constituindo uma manifestação, ou até uma razão de ser da existência do estado de direito, a segurança pública comporta-se num complexo de medidas que conduzem a um fim único, que é o bem-estar do homem.

[...]

Assim, a segurança pública significa a possibilidade de o cidadão ser defendido dos perigos e ameaças do excesso ou arbítrio do poder do Estado, como também dos perigos que podem resultar da ausência de uma administração racional e responsável para tornar efetiva a função do Estado.³

Por sua vez, Ana Lucia SABADELL comenta que a doutrina alemã faz uma distinção entre "dimensões externas e internas" da segurança do Estado e do cidadão. A primeira (*äußere Sicherheit*) refere-se à segurança nacional do Estado, de sua soberania. A segunda, é aquela para qual voltam-se os holofotes, é a segurança pública (*öffentliche Sicherheit* ou *innere Sicherheit*):

A famosa afirmação hobbesiana, relativa ao modo de funcionamento do Estado moderno, integra-se perfeitamente no conceito de *innere Sicherheit*: o Estado moderno, baseado no monopólio da violência, é considerado fundador da paz e garantidor da segurança dos cidadãos. A segurança interna é considerada um dever do Estado: em primeiro lugar como dever de polícia e dos órgãos da justiça penal, para reprimir os comportamentos criminais, lesivos à integridade física e moral e do patrimônio dos cidadãos e lesivos aos interesses do Estado (frequentemente travestidos como "interesses dos cidadãos").

Nesta perspectiva, o conceito de *innere Sicherheit* limita-se à luta contra a criminalidade e à segurança das instituições do Estado. Ao não se atingir estes objetivos, o Estado teria "fracassado" com relação aos seus deveres e o conceito de *innere Sicherheit* entraria em crise de legitimação.⁴

A segurança pública⁵ é inerente à própria ordem pública. Não é possível discorrer sobre segurança pública dissociada da ordem pública, posto ser praticamente impossível falar sobre uma sem se referir à outra.⁶

³ Enciclopédia Saraiva de Direito, São Paulo : Editora Saraiva, p. 299-301, 1977-1982..

⁴ "Segurança Pública", *prevenção e movimento feminista: uma aproximação ao caso alemão*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 55, mar. 2000.

⁵ "Segurança Pública. Dir. Polit. Dever que o Estado se impõe, de criar condições para proporcionar ao indivíduo garantias de sua existência na comunidade, livre de ameaças ou restrições arbitrárias à sua vida, liberdade e bem-estar. CF, art. 144." *Dicionário Jurídico*, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, p. 512. "Segurança Pública - Estado de Garantia e tranqüilidade que gozam a coletividade em geral e o indivíduo em particular, quanto à sua pessoa, à sua liberdade e ao seu patrimônio, acobertados de perigos e danos pela ação preventiva da polícia, a serviço da ordem política e social." NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. Rio de Janeiro : Editora Renovar, vol. II, p. 429, 1999.

"Segurança é antes de tudo um estado de espírito. Ordem Pública, como já dissemos alhures, 'é o estado de organização em que deve seguir a sociedade; com uma constituição boa e que seja cumprida; e principalmente, com liberdade necessária para qualquer um progredir em suas aspirações; e a certeza de que, aqueles que tentem prejudicar essa harmonia sejam corrigidos pela lei'." ⁷

José Alfredo de Oliveira BARACHO, citando Moreira Neto, destaca:

Se, sinteticamente, segurança pública é garantia da ordem pública, esta é o objeto daquela. Quanto mais precisamente conceituarmos a ordem pública, mais exatamente ter-se-á compreendido a segurança pública e, em consequência, mais adequadamente poderemos desenvolver um quadro operativo para as ações de Polícia de Segurança Pública, juridicamente balizado por um direito administrativo da segurança pública.⁸

A idéia de segurança como um serviço essencial prestado pelo Estado representou um marco histórico importante, cujo impacto faz-se notar no que concerne à garantia dos direitos individuais e coletivos conquistados.⁹

Assumindo feições próprias, a insegurança¹⁰ está representada em quadros como o desemprego, as injustiças sociais, a falta de acesso ao sistema de saúde e educacional, a desagregação familiar, as políticas governamentais ineficientes, a iníqua distribuição de renda, a falta de crença popular nas instituições públicas, a violência na intimidade diária do lar instalada pelo fácil

⁶ Vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A segurança pública na Constituição*. Revista de Informação legislativa, Brasília, ano 28, n. 109, p. 137-148, jan./mar. 1991. LAZZARINI, Álvaro. *Segurança Nacional e Segurança Pública na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 213, p. 11-21, jul./set. 1998.

⁷ ASSIS, Jorge Cesar de. *Aspectos jurídicos e efetividade da participação do governo federal na segurança pública*. Revista Direito Militar, n. 32, p. 16, nov./dez. 2001.

⁸ *Constituinte e Segurança Pública*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 24, n. 94, p. 97, abr./jun. 1987.

⁹ "No mundo moderno, o Estado, como detentor do poder, é o responsável pela segurança nos seus diversos aspectos, abrangendo desde a esfera individual até a coletiva, de modo a proporcionar à nação o grau de garantia desejado." ROCHA SOBRINHO, Josberto. *Segurança pública: ação institucional da polícia*. Do avesso ao Direito, Seminário Latino Americano. Texto de Apoio, p. 143-144.

¹⁰ "São praticamente desconhecidas as causas do crime e, por via de consequência, desconhecidas são as causas do aumento de sua incidência. Conhecem-se, estatisticamente, alguns fatores do delito, entre os quais, sem dúvida alguma, estão a pobreza e a falta de instrução e de adestramento para o trabalho. [...] Sem dúvida, como disse Durkheim, toda sociedade apresenta uma taxa normal de criminalidade. Não há sociedade sem crime. Entretanto, quando essa taxa assuma proporções elevadas, isso significa que essa sociedade, onde o fenômeno ocorre, está sofrendo de algum processo mórbido. Torna-se, então, imperioso o emprego de terapia adequada para fazer baixar o índice de crimes registrados." PIMENTEL, Manoel Pedro. *Segurança Pública*. Revista dos Tribunais, n. 596, p. 289, jun. 1985.

acesso ao controle remoto da televisão que superdimensiona o ato do crime, o ato do bandido, a ação da polícia, da morte por vezes necessária. Contudo, pode-se constatar que a fome, a miséria, a desigualdade na distribuição dos benefícios sociais, a tensão permanente entre o governo e sociedade, a decomposição dos valores éticos, morais, culturais e jurídicos, cada vez mais se tornam regras de conduta geral plenamente aceitáveis como normais e simbolizam uma violência ainda não codificada como violência nas estatísticas oficiais.¹¹

Atualmente considerada pela população como o mais importante serviço a ser prestado pelo Estado, busca-se uma via que leve à plena observância da regra ditada pela Carta Magna¹².

¹¹ “Mas, o crime não pode ser reduzido a estes fatores. Os que assim fazem acabam tratando os criminosos como vítimas sociais. Por esta teoria, eles precisam de sanatórios e não de cadeias quando se sabe que os criminosos são ‘experts’ em enganar os psiquiatras e os membros dos júris. O seu jogo predileto é exatamente o de convencer os outros que eles são doentes resultantes de injustiças sociais. Os criminosos, entretanto, são seres racionais e calculistas. Eles sabem muito bem como distinguir o certo do errado. Muitos conhecem melhor as leis do que seus advogados. O que confunde as pessoas é que certos crimes ocorrem com tamanha rapidez que parecem ser fruto de compulsão. Nada disso. A velocidade é sinal de que os criminosos são bons no que fazem. Trata-se de habilidade e não de compulsividade. Não há dúvida que as instituições pesam. As pessoas são produto de suas famílias; das escolas; do ambiente em que vivem, etc. Todavia, nada justifica exagerar a sua importância. É muito fácil dizer que ‘a família não cuidou da criança’; que ‘a televisão é criminogênica’; que ‘o Estado não favorece o emprego’. Mas, o crime não se reduz a isso. Essas ‘teorias’ estão erradas. Se fossem certas, a maioria da população era criminosa. Culpar as instituições é tão cômodo quanto falso. Tudo é justificado. Quando o pai é severo, diz-se que o jovem se tornou delinqüente como resposta ao excesso de rigor. Quando o pai é permissivo, o crime foi produto da indulgência. Quando ele pratica um meio-termo democrático, a violência resultou da indiferença. E quando é um pouco de cada estilo, a criminalidade é fruto da sua inconsistência. As pesquisas mostram que os criminosos, apesar de terem diferentes origens, têm uma concepção muito semelhante do mundo em que vivem. Eles tendem a encarar a sociedade como um tabuleiro de xadrez sobre o qual pensam ter controle total para dispor de seus semelhantes de acordo com sua vontade. Os criminosos acreditam possuir direitos para invadir a propriedade dos outros, tocarem nos seus corpos, liquidarem suas vidas - de modo que lhes parecer mais prático - pouco ligando para as perdas, a dor e o sofrimento das verdadeiras vítimas. Confiança, amor e solidariedade são conceitos incompatíveis com seu ‘estilo de vida’. Eles têm uma lógica própria; uma inteligência especial. Durkheim dizia que mais importante do que a severidade da pena é a sua visibilidade. A sociedade precisa mostrar aos criminosos potenciais que a vida após o crime é mais dura do que antes do crime. Toda vez que a televisão apresenta imagens de presidiários tomando sol, batendo bola e jogando cartas, ela faz o inverso. E quando os criminosos potenciais percebem que polícia, justiça e presídios são insuficientes e ineficientes, isso passa a ser um verdadeiro convite ao crime.” PASTORE, José. *Desemprego e Criminalidade*. Publicado em O Jornal da Tarde, 28/08/1996. Disponível em: <<http://www.josepastore.com.br/artigos/criminalidade/0004.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2003.

¹² “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia rodoviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

Em que pese o preceito constitucional de que a todos cabe a responsabilidade pela segurança pública, a tarefa mais árdua fica a cargo do Estado que se tem mostrado ineficiente. A teoria "hobbesiana", antes comentada, equivale às pretensões hoje postas, em nome da segurança que o Estado deve prover.

A política de segurança pública, da forma como é feita, não dá margem à participação da sociedade civil e do Ministério Público, legítimo representante da sociedade e encarregado do exercício da ação penal, uma vez que seu delineamento é feito sem ampla divulgação, sem aclaramento de detalhes, o que acaba, inclusive, por comprometer a tão aclamada transparência dos atos públicos. A falta de dinamismo nas ações e decisões estatais quanto à segurança pública acaba por comprometer a prevenção e o combate dos delitos, já que a criminalidade não é estática.¹³

A primeira impressão causada com a implantação do Plano Nacional de Segurança Pública, criado pelo Ministério da Justiça em 2000, foi de que se estaria dando os primeiros passos rumo à solução do problema da criminalidade. As intenções foram elogiáveis, mas na prática, não se mostrou eficaz. As autoridades do setor ainda não aprenderam a percorrer novos caminhos. Encerrando um feixe de 124 medidas preventivas e repressivas direcionadas principalmente ao combate do narcotráfico e do crime organizado, todas destinadas a combater o crescimento da criminalidade nacional, mostrou-se, porém, mais uma medida emergencial que não soluciona os problemas de segurança, uma vez que a onda de criminalidade não pode ser freada com

¹³ "A questão da **criminalidade difusa** está, indissociavelmente, ligada aos **aparelhos de contenção da criminalidade**. Entenda-se, por aparelhos de contenção da criminalidade, o **dever do Estado de promover a segurança pública**, em que deve atuar com o consórcio dos três Poderes Constitucionais: **Legislativo, Executivo e Judiciário**. De qualquer forma, as contribuições do Legislativo e do Judiciário, no combate efetivo da criminalidade, não são, nem poderiam, pelas limitações constitucionais de suas funções, mais importante do que a do Executivo. Em verdade, as participações do Legislativo e do Judiciário, no combate à criminalidade, são **supletivas**, ou mesmo **complementares**, às ações sociais que devem ser desenvolvidas pelo Executivo, não podendo se esquecer, entretanto, que a criminalidade não é questão a ser debatida e debelada, unicamente, pelo Estado, sendo de imperiosa necessidade que os **cidadãos** compreendam que a **segurança pública**, como lembra a Constituição no *caput* do art. 144, é não apenas direito, mas também **responsabilidade de todos**." SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Direito penal e criminalidade*. Trabalho apresentado na "I Jornada de Direito Penal e Processo Penal", promovida pelo DAAC - Diretório Acadêmico Amaro Cavalcanti do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

medidas paliativas; antes frustram, porque não atacam as causas, apenas os efeitos desta crescente criminalidade. Agravar os meios coercitivos, sem que se tenha uma visão clara do resultado que produzem os meios já disponíveis, torna novas medidas duvidosas.

Winfried HASSEMER afirma:

Política de segurança pública não equivale a política policial, mas compreende também uma Política Criminal que, por sua vez, compreende não apenas o ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais. Mesmo assim, ainda é muito pouco. [...], política de segurança pública sem consideração para com a juventude, a mão-de-obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo sem esperanças e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz algum sentido no contexto de uma verdadeira Política interna bem definida, sincronizada e coordenada.¹⁴

Pode-se, então, concluir que política de segurança de "arrocho" com a criação de mais e maiores meios coercitivos sem que sejam consideradas as amenizações, por vezes necessárias, faz com que novas leis fiquem como que "vagando" pelos códigos sem que tenham o efeito pretendido de atenuar a criminalidade desenfreada.¹⁵

O entendimento de Bismael B. de MORAES acerca das políticas de prevenção e repressão é contundente:

A prevenção salva, dá segurança e evita gastos maiores: a repressão embrutece, amedronta, fere, mata e atinge a liberdade. Mas a prevenção é difícil, pois requer preparo e vocação, além de ser silenciosa e não render dividendos aos 'espertos'. Já a repressão é fácil, viciosa e atraente, podendo ensinar o exibicionismo e a vaidade aos faltos de moral, e, acima de tudo, apresenta-se rentável sob vários ângulos. A prevenção é um bem para todos; a repressão é conveniente para alguns ...¹⁶

¹⁴ *Segurança pública no estado de direito*. Revista de Direito Alternativo, São Paulo, Editora Acadêmica, n. 3, p. 32, 1994.

¹⁵ "A longo prazo, os efeitos da sociedade de risco não serão controlados por meios políticos, sequer políticos-criminais. Todavia, nossa política de segurança pública pode e deve, no âmbito de suas possibilidades, diminuir a des-solidarização da sociedade e amenizar suas conseqüências para os seres humanos." *Idem*, p. 33.

¹⁶ *Segurança pública no Brasil e o sistema criminal*. Revista dos Tribunais, Doutrina Penal, Terceira Seção, 89º ano, n. 780, p. 483, out. 2000.

Outro ponto que merece atenção é a responsabilidade delegada aos municípios, no que se refere à segurança pública. Ao destinar recursos para a melhoria das condições sociais populacionais haverá grande contribuição para o decréscimo da criminalidade, já que esta, como dito, tem raízes sociais ¹⁷; pois que o município é o ente político mais próximo do cidadão e, portanto, mais apto a atender a maioria de suas necessidades.

Quando se fala em ausência do Estado, quer-se dizer do ente composto como um todo, União, Estados e Municípios. Debitar as omissões institucionais apenas do governo federal é "empurrar o problema com a barriga". Muitas vezes o que se vê é um descaso que perdura por anos com o qual a população acaba se acostumando e aprendendo a conviver com a precária administração pública. Exemplo vivo disso é relatado em recente obra de cunho investigativo do repórter Caco BARCELLOS:

Os homens que podiam mudar a vida miserável dos moradores da Santa Marta naquele ano de 1987 eram seus vizinhos mais próximos.

Os muros do Palácio da Cidade faziam divisa com a favela. Os barracos de alvenaria e madeira, que cobriam o morro de cima a baixo era a única vista do gabinete do prefeito, que podia vê-los a toda hora, mas que parecia nunca lembrar de trabalhar por eles. Ao lado da Prefeitura estavam as duas ruas de acesso ao morro pelo Bairro de Botafogo. Os servidores podiam levar a pé ou de carro algum benefício aos favelados. Mas o morro sempre pareceu longe demais para os homens e as máquinas do município.

Escondidos no coração da região mais rica da cidade, a zona sul, os moradores da Santa Marta viviam há 53 anos sem uma única escola ou hospital e sem ter nenhum dos 84 becos, pavimentados pela Prefeitura. Toda a cobertura de concreto dos becos era obra de mutirões. Desde 1935, início da ocupação, o esgoto corria em grandes valas a céu aberto e não havia coleta de lixo eficaz. O trabalho de varredura era feito por dez garis, selecionados pela Associação de Moradores. Mas no ano de 1987 eles não davam conta da limpeza porque mais de 70 por cento das famílias de 1.560 barracos jogavam o lixo em qualquer área livre ou dentro de valões, formando dezenas de pontos de acúmulo de sujeira na favela.¹⁸

Mas quando a administração pública não é de todo precária, é bom que se cuide de atender seus princípios norteadores como por exemplo, o do interesse público primário de atendimento ao bem-estar coletivo, da sociedade

¹⁷ Vide: GASPARINI, Diógenes. *Responsabilidade do poder público municipal na segurança pública em face da revisão da Constituição Federal*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 30, n. 117, p. 57-66, jan./mar. 1993.

como um todo, que nem sempre coincide com o interesse dos governantes do momento (interesse público secundário), o da razoabilidade, agindo com bom senso, de modo proporcional e razoável a fim de evitar desencontros de finalidades principalmente o da igualdade onde todos devem ser tratados de modo uniforme (art. 5º da C.F./88), para que não seja realizada na contramão das reais necessidades da população. Diogo Mainardi, colunista da Revista Veja, revela uma página desta realidade:

Quem diria que, um dia, eu me inspiraria numa poesia de Lêdo Ivo. Lá vou eu: "Como os pobres são grotescos! E como os seus odores nos incomodam mesmo a distância! (...) Em qualquer lugar do mundo eles incomodam, viajantes importunos que ocupam nossos lugares mesmo quando estamos sentados e eles viajam em pé."

Para diminuir o incômodo causado pelos pobres, o governo do Rio de Janeiro propôs fechar todas as vias de acesso às favelas, deixando abertas apenas as artérias principais, controladas dia e noite pelo Exército, com o poder de revistar os veículos de passagem, à procura de armas e drogas. É a medida mais importante do plano contra a criminalidade da governadora Benedita da Silva: mulher negra e ex-favelada.

Além de roubar, matar e traficar, os pobres também destroem a natureza. A fim de resolver o problema, a prefeitura do Rio de Janeiro, sob o comando de Cesar Maia, pensou em cercar as seiscentas e tantas favelas da cidade, impedindo-as de invadir as áreas verdes com seus barracos e despejos de esgoto. Até setembro, 12 quilômetros de grades e alambrados devem ser instalados em torno das favelas, os chamados "ecolimites".

[...]

Não sei se eles vão resolver o incômodo provocado pelos pobres. Desconfio que não. Que eu saiba, o único jeito seguro de se livrar dos pobres é torná-los um pouco menos pobres.¹⁹

¹⁸ *Abusado* - o dono do morro Santa Marta. Rio de Janeiro : Editora Record, 2003, p.115.

¹⁹ *O incômodo dos pobres*. Revista Veja, Editora Abril, São Paulo, p. 163, 5 de junho de 2002.

3.2. A VIOLÊNCIA, O MEDO, A INSEGURANÇA

"Confundindo, rebaixando e prostituindo os padrões de julgamento, a simples presença, na vida intelectual e política, de um número suficiente de homens imbuídos dessa religiosidade às avessas já é um poderoso fator de deterioração moral da sociedade, inibindo a ação repressiva e infundindo nos delinquentes uma autoconfiança ilimitada. No fim, nada mais haverá a alegar contra um assalto, um homicídio, um estupro, exceto que, eventualmente, lhe faltou o devido 'nihil obstat' ideológico".
(Olavo de Carvalho)

"Criminalidade e medo do crime não são como a coisa e sua imagem no espelho. Sentimentos de ameaça e insegurança não são meros reflexos de ameaças reais, mas também consequência de circunstâncias da 'des-solidarização' e 'intranquilidade sociais.' (Winfried Hassemer - Catedrático de Ciências Penais na Universidade de Frankfurt).

Enfrentar o desafio de implementar condições de segurança na sociedade brasileira pressupõe a análise de múltiplos fenômenos relacionados à violência. Não se trata apenas de verificar a ocorrência, os condicionantes e os efeitos do fenômeno criminal como seu representante exclusivo. Tanto a criminalidade como a violência do próprio sistema repressivo de justiça criminal são apenas partes de um problema de violência estrutural que uma determinada sociedade pode experimentar.

"Quando existe uma acentuada criminalidade, surge uma fortíssima reação social repressiva. Com os pedidos de rebaixamento da menoridade penal, com pena de morte, maiores punições, novas legislações penais, tudo para satisfazer a opinião pública."²⁰

A percepção dos cidadãos não está direcionada para a violência estrutural, entendida aqui como o resultado perverso das escolhas econômicas que refletem negativamente sobre as condições de desenvolvimento e na

²⁰ DONNICI, Virgílio Luiz. *A Criminalidade no Brasil* (Meio milênio de Repressão). Rio de Janeiro : Editora Forense, 1984, p. 268.

qualidade de vida das pessoas. Isso ocorre porque a criminalidade tradicional desfruta de uma posição privilegiada, porquanto se caracteriza pela visibilidade e pelo impacto que produz na opinião pública e, conseqüentemente, na propagação do alarme social em torno das condições de segurança de um determinado território.

O medo e o sentimento de insegurança, especialmente experimentado nas grandes cidades, são reforçados pelo distanciamento entre os cidadãos, que acabam por abandonar os espaços sociais e pelo sentimento de desconfiança de uns em relação aos outros e destes com as instituições oficiais, que não têm se mostrado capazes de responder aos anseios da população de desfrutar uma maior qualidade de vida, idealizada através do conceito de segurança.

Para a alteração da atual crise de insegurança social não se faz necessária a criação de novos organismos ou estruturas sociais. Inicialmente, o processo cultural comprometido com os ideais de poder, controle e alienação deve ser deixado de lado, fazendo com que se ponha em prática o que só se vê na teoria: políticas públicas fortes, com objetivos definidos e, acima de tudo, passíveis de efetivação. Caso contrário, o empenho não ultrapassará a retórica dos discursos.

Ações educativas orientadas por uma perspectiva de democratização das relações sócio-institucionais na área de segurança pública, farão com que a atual dimensão da segurança pública, que está pouco tangível, transforme-se.

A sociedade contemporânea é criminógena em sua própria natureza, pois o homem, quando os meios facilitam, tende a delinquir, avolumando as estatísticas criminais.

Embora haja uma interligação entre violência e criminalidade, há que se fazer distinção entre elas.

Crime²¹ é a prática de atos típicos e antijurídicos definidos na normatização positivada. A violência é o ato de usar de força bruta, é a prática de

²¹ "Com a crescente criminalidade mundial e brasileira, pouco importa discutir se o crime é um fato jurídico ou social. As discussões doutrinárias sobre escolas penais, livre-arbítrio e determinismo, direito penal da censurabilidade ou reprovabilidade, são desafiadas por uma crescente insegurança pública,

atos que chocam, magoam e frustram os princípios morais necessários à dignificação dos valores individuais e sociais dos seres humanos e, eventualmente, pode não se constituir como crime. Assim, tem-se que a violência alimenta a criminalidade e o combate a esta perpassa pelo combate à violência.

A criminalidade não é fenômeno moderno e deita suas raízes na própria natureza humana. No presente, alcançou níveis alarmantes. Embora estudiosos das mais diversas áreas apontem várias causas para tal fenômeno, perfunctoriamente é possível dizer que a causa endêmica é a ausência do Estado²², que deixa de respeitar os direitos sociais básicos assegurados na Carta Magna.

O que se vê hoje é uma democratização da criminalidade, em todos os aspectos. Já que a potencialidade transgressiva é uma característica humana²³, não se constitui, portanto, em privilégio de um grupo ou classe social. O que historicamente chamou-se de classes perigosas²⁴, referindo-se ao proletariado, tem o seu potencial explosivo relacionado, entre outros fatores, ao

uma intranquilidade ou um medo do crime. E os números aí estão, irresponsáveis: Rio de Janeiro e São Paulo podem ser consideradas as cidades mais violentas do mundo no campo dos homicídios culposos.” DONNICI, *op. cit.*, p. 111.

²² “A maioria (57%) dos brasileiros continua achando que, para resolver o problema da violência, o governo deve priorizar investimentos na área social, como ações de combate ao desemprego e melhorias na educação. Em junho de 2000 tinham essa opinião 58%. Para 38% (taxa idêntica à registrada em junho de 2000) o melhor seria que o governo investisse no aumento de policiais treinados e equipados nas ruas. Para 37% o governo federal não está empenhado em buscar soluções para resolver o problema da criminalidade. Essa taxa era de 43% em junho de 2000. Por outro lado, aumentou a taxa dos que acham que o governo está muito (de 12% para 16%) ou um pouco (de 39% para 42%) empenhado na solução do problema.”. Datafolha Instituto de Pesquisas. Disponível em: <http://www.uol.com.br/folha/datafolha/po/segpublic_022002a.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2002.

²³ “O grande equívoco de Lombroso - e de outros positivistas - foi pensar que a natureza, ou o que quer que seja, produza, de quando em vez, um ser humano anti-social. Na verdade, os seres humanos, sem exceção, socializam-se após o nascimento, cumprindo um processo de aprendizado relativamente longo, se comparado com o tempo de duração da vida. E não é estranhável que, no curso desse processo, cometam, com certa naturalidade, atos anti-sociais e até mesmo criminosos. O não-infringir o Código Penal, nesse período, é, conforme já se disse, uma questão de pura sorte. Sheldon Glueck, em aguda observação, salienta que, contrariamente ao que se tem por vezes sustentado, as investigações psiquiátricas e criminológicas sobre as primeiras manifestações do comportamento anti-social da infância evidenciam que este não é fruto de aprendizado, mas se verifica naturalmente. O que precisa ser aprendido é o comportamento *não*-delinqüente. Segundo o grande criminólogo e pesquisador americano, a criança ‘não-socializada’, ‘não-domada’, ‘não-instruída’, recorre à mentira, à fraude, ao subterfúgio, à cólera, ao ódio, ao furto, à agressão, ao ataque e a outras formas de comportamento, nas suas primeiras tentativas de auto-expressão. Assim, a afirmação de um caráter amoldado à lei é um processo difícil.” TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 321.

²⁴ Vide: DELMAS – MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1992, p. 26-27.

binômio exploração - falta de qualidade de vida; o que não retira das classes dominantes condições para delinquir. Isso posto, pode se concluir que a criminalidade não é sinônimo de pobreza²⁵, e que a segurança pública e os temas a ela interrelacionados, como a política econômica, o desenvolvimento da infância, a solidariedade à velhice, por exemplo são de responsabilidade social.

A violência²⁶ é transmitida por processos de socialização; as pessoas tornam-se violentas devido a componentes psico-sociais ligados ao seu mundo vivido. Em outras palavras, a violência como forma de transgressão social é um comportamento aprendido; logo vinculado aos modelos institucionais de cada sociedade. A sociedade ratifica a tese de que os economicamente fortes tudo podem - encobrindo suas transgressões sociais com o manto da impunidade e passando a falsa idéia de que os chamados criminosos e marginais são prioritariamente pobres.

À violência devem-se direcionar ações que visem o revigoramento dos valores morais há muito abandonados, enaltecendo o "ser" e deixando em plano secundário o "ter". O esfriamento da criminalidade exige ações objetivas no campo da segurança pública, reestruturando o aparelho estatal incumbido da prevenção e da repressão, de forma que resgate a credibilidade populacional nestas instituições.

²⁵ "Já não se fala mais em crimes de comportamento seletivo, em que, geralmente, o meliante atacava vítimas pertencentes a uma classe superior à sua. Hoje, ricos e pobres são igualmente assaltados e roubados com violência. As pessoas estão assustadas, apavoradas mesmo, e há uma verdadeira neurose coletiva causada pelo terror." PIMENTEL, Mánoel Pedro, *op. cit.*, p. 288-289.

²⁶ "Violência é a qualidade ou característica daquilo que age com ímpeto, que se exerce com força, ou que se faz contra o direito e a justiça. Dentro de uma perspectiva psicológica, deve distinguir-se agressividade de violência: a agressividade é uma modalidade de existir e tem aspectos construtivos. Significa dinamismo e energia vital. É uma função necessária, contradição essencial inerente à constituição do Ego. Seu oposto seria a passividade. A violência, ao contrário, traz sempre implícita a destrutividade. Embora essa destrutividade possa ser, como na visão de Sartre, libertadora: é quando o homem, encurralado, não tem outro remédio que não se defender. Caso não se defenda, ele se desagrega, perde a condição humana. Quando responde à violência com violência, procura sua integração, a afirmação como ser humano. Num sentido restrito - presente nas expressões 'violência urbana', 'crescimento da violência', o termo explicita o conjunto de ocorrências que põe em perigo, ou sacrificam, bens como a vida e a integridade das pessoas, na sociedade em que vivemos." HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. 4 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 37-38.

A segurança sustentável passa da utopia²⁷ à realidade apenas quando pode interessar à sociedade de forma global e duradoura, não se constituindo num privilégio de poucos, mas num projeto de muitos. Esse modelo de segurança não se fragmenta em palavras e expressões preconceituosas, que somente guardam sentido didático - como segurança pública - pois a verdadeira segurança é *integral*, quanto à forma (aglutinando questões econômico-político-sociais); *particular*, quanto à compreensão (posto que também é um fenômeno psicológico); e *isonômica*, quanto ao acesso.

Walter Nunes da SILVA JÚNIOR, em trabalho intitulado "O Direito Penal e a Criminalidade", discorre:

[...], não se pense, ainda, que a **reforma penal** que está sendo processada seja capaz de **aplar, ou diminuir, a criminalidade** crescente. Não se resolve a **problemática do delito com leis**. As leis, por si, não são suficientes para reprimir o crime. Por mais hedionda que seja, a lei não se tem mostrado capaz de amedrontar o agente do ilícito.

Observe-se, a título de exemplo, a **lei dos crimes hediondos**, que é de 1990, em que se procurou, de forma mais **severa**, punir quem pratique os ilícitos nela previstos. Ainda assim, os acontecimentos do dia-a-dia estão a demonstrar que os crimes em referência, a despeito da nova legislação, **continuam a ser praticados**, talvez, até, com **intensidade maior**.

E isso é natural, pois, se o **crime é um ato humano** que está relacionado com os acontecimentos de **ordem política, econômica e social**, - sem se esquecer, é certo, de alguns **aspectos orgânicos** -, a mudança na seara normativa, dissociada dos demais **aparelhos de contenção da criminalidade**, é irrelevante, mostrando-se a **sociedade a ela indiferente**.

Criminalidade se enfrenta com **política criminal definida**, séria, que procure encarar o problema sem passionalismo, tendo como pressuposto, antes de tudo, que não se está diante do **delinqüente**, ou do **elemento**, como se costuma dizer no **linguajar policial**, mas do **homem, do homem que vive e sofre as influências do meio social e das suas peculiaridades congênicas**.²⁸

²⁷ "A utopia, no seu sentido mais genérico, é a antevisão de um projeto. A palavra, em grego, significa 'que não existe em nenhum lugar'. Deve-se distinguir, de início, o mito, da utopia, a imaginação intencional, da fantasia solta. O mito é um sucedâneo da realidade, que consola o homem daquilo que ele não tem: seu objetivo é esconder a verdade das coisas, é alienar o homem. A utopia, pelo contrário, é a representação daquilo que não existe ainda, mas que poderá existir se o homem lutar para a sua concretização." Idem, p. 11.

3.3. O FIM DA INOCÊNCIA : MENORIDADE PENAL - UMA VISÃO JURÍDICA OU CULTURAL?

Eu falo muito isso: quando o jovem, o ser humano perde a sensibilidade da dor, do medo, ele não tem mais nada a perder. Isso é muito sério. O Estado está fazendo com que esses meninos percam sua sensibilidade. (Conceição Paganele - Presidente da AMAR - Associação de Mães e Amigos de Crianças e Adolescentes em Risco - São Paulo)

Dentro da grande maioria das células familiares impera a dominação dos mais fortes sobre os mais fracos. Tal construção deve ser substituída por valores que privilegiem a colaboração, o respeito às diferenças e a tolerância²⁹. Talvez, assim, seja possível dar os primeiros passos rumo à mudança do atual estado de coisas e dar aos jovens perspectivas de vida sem crime.

Pesquisa realizada nas principais capitais e grandes cidades do País, pelo Jornal O Estado de São Paulo, em 25 de Setembro de 2002, mostra que a

²⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, *op. cit.*

²⁹ "*Declaração de Princípios sobre a Tolerância* (aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 28ª reunião) - Paris, 16 de Novembro de 1995.

Artigo 1º. Significado da tolerância.

1.1 A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação, a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.

1.2 A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais. A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado.

[...]

Artigo 3º. Dimensões sociais

[...]

3.2 A tolerância é necessária entre os indivíduos e também no âmbito da família e da comunidade. A promoção da tolerância e o aprendizado da abertura do espírito, da ouvida mútua e da solidariedade devem se realizar nas escolas e nas universidades, por meio da educação não-formal, nos lares e nos locais de trabalho. Os meios de comunicação devem desempenhar um papel construtivo, favorecendo o diálogo e o debate livres e abertos, propagando os valores da tolerância e ressaltando os riscos da indiferença à expansão das ideologias e dos grupos intolerantes." *Revista de Estudos Criminais*, ano 2, n. 9, p. 7-11, 2003.

grande maioria dos brasileiros é favorável a redução da maioridade penal.³⁰ Mas, proporcionalmente, os maiores (em número) e piores (em qualificação) crimes são cometidos por adultos.

Urge que se mude o tratamento dado ao menor. Se a legislação específica se mostra insuficiente ou ineficiente, deve ser aprimorada, não suprimida. A solução simplista da redução da idade penal, a grosso modo, criará uma sensação de segurança, apenas uma sensação, um efeito especial no imaginário popular, simbolicamente apenas, pois que a criminalidade violenta não será abalada, acarretando uma participação, cada vez mais crescente, de crianças em atos delinquentes.³¹ "Querer rebaixar a idade penal (...) não passa de uma proposta de apelo fácil para dar satisfação à opinião pública, é uma demonstração de quem não tem política social (...)." ³² Diminui-se a idade da responsabilidade penal e na mesma proporção diminui a idade dos atores nas cenas criminosas.³³

Antonio BERISTAIN resume:

"Las infracciones cometidas por menores crean graves y nuevos problemas, pero la sociedad no encuentra la orientación adecuada para solucionar esos conflictos. Estas acciones lesivas y su etiología deben estudiarse desde una perspectiva seria pero no estigmatizante, ni vindicativa. Los documentos de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, así como las investigaciones de

³⁰ "A Vox Populi perguntou a duas mil pessoas se a maioridade penal deveria ser reduzida de 18 para 16 anos, 84% disseram que sim." *Bandidos Mirins*. Revista Veja, Editora Abril, São Paulo, p. 63, 16 de Agosto de 2000.

³¹ "Reduzir a idade penal é esconder da sociedade civil os reais problemas da criminalidade, que passam sobretudo pela falta de políticas sociais básicas e dignas aos jovens. Ora, na verdade, essa redução de idade só transferirá clientela do juizado de menores para às cadeias públicas, nada mais." AMARAL, Luiz Otávio de O. *Segurança Pública* - Ano I. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano V, n. 108, p. 16, 15 de Julho de 2001.

³² Deputado Agnelo Queirós (PC do B/DF), in *Adolescência, ato infracional e cidadania*. A resposta está no ECA. Basta querer realizar. Fórum DCA Nacional, São Paulo, p. 31.

³³ "Se a sociedade moderna, bastante influenciada por economistas de pouca visão, não é capaz de empenhar-se verdadeiramente no amparo e na educação do menor carente ou abandonado, por não ser esse um 'investimento' com retornos e lucros garantidos, não é de espantar que milhares de pequenos seres, dentre os que perambulam pelos centros urbanos, agredidos pela nossa indiferença e humilhados pelas esmolas insuficientes que lhes damos de má vontade, desenvolvam sua grande potencialidade mediante um aprendizado negativo, até serem recrutados pelos profissionais do crime. É um fato lamentável, mas que lhes assegurará, de qualquer modo, uma forma de sobrevivência, como adultos marginalizados, agressivos e inimigos de uma sociedade que sempre lhes foi extremamente hostil, apesar de não terem tido a mínima parcela de participação na circunstância de um dia nela terem surgido, pela fatalidade do nascimento." TOLEDO, *op. cit.*, p. 322.

especialistas pueden ayudar a avanzar en la superación del conflicto del menor infractor, en muchas ocasiones víctima, a su vez, de la delincuencia."³⁴

Em verdade, faz-se necessário que seja desmistificada a falaciosa e cômoda visão de que o menor de dezoito anos não sofre qualquer punição. Sofre, mas sob o termo de internação, como medida mais gravosa entre as sócio-educativas previstas na legislação (art. 112, inc. VI e art. 121 a 125 – Lei nº 8.069/90 – ECA), equivalente à prisão do maior, estando para tanto, sujeito ao devido processo legal. O que difere dos adultos é que, por estarem na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º - ECA) , necessitam de um atendimento sócio-psico-pedagógico, na tentativa de desviá-lo do caminho da criminalidade. Diz-se desviá-lo porque, face a pouca atuação estatal, o crime mostra-se, infelizmente, mais promissor em termos de resposta às demandas sociais.

Em termos de legislação, o Brasil dispõe de uma das mais modernas: o Estatuto da Criança e do Adolescente adequou-se à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, proporcionando boas chances de reabilitação aos menores. O problema é que, no que cabe ao poder Executivo, a aplicação da medida sócio-educativa da internação acaba por "escolarizar" o adolescente, pois que as instituições, a exemplo das prisões para adultos, são parcela esquecida e acabam por fomentar a aversão à convivência pacífica em sociedade, tatuando-os de excluídos e marginais até o fim da vida.³⁵

Essa "tatuagem" de marginais ocorre já mesmo antes de sofrerem qualquer internação, seja pelos órgãos institucionais de repressão, seja pela própria sociedade, a qual acaba por ser assimilada por eles mesmos. Neste

³⁴ *Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y Consejo de Europa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 147, abr./jun. 2001.

³⁵ "Ocorre que o ECA, até hoje, não foi aplicado, no que diz respeito à reeducação do menor infrator (ou simplesmente *educação*, pois muitos dos infratores não foram até hoje educados). Isso porque existe uma enorme diferença entre a aplicação, *formal e material* de uma lei. O simples fato de o governo construir uma masmorra e pendurar, em sua porta, uma placa com os dizeres 'Fundação do Bem-Estar do Menor' não quer dizer que lá dentro se promova, *materialmente*, algum bem-estar." QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A maioria penal e o legislador brasileiro, aquele que tudo pode*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 9, n. 105, p. 11, ago. 2001.

sentido, interessante pesquisa realizada por Paula Inez Cunha GOMIDE, a qual em entrevista junto aos menores infratores da escola correcional do Estado do Paraná, assim relata:

Foi muito difícil discutir, com os garotos, o que era ser um menor infrator. Descreviam, no início, as características de menores infratores deixando transparecer que eles eram diferentes daqueles sujeitos que estavam descrevendo. Não assumiam as características a eles atribuídas. Foi lhes pedido que dissesse como a polícia reconhecia, nas ruas, menores infratores. Então, passaram a descrever as características físicas destes menores. Diziam, "andam gingando", "usam cabelos compridos, com a franja grande para encobrir parte do rosto", "usam camisa aberta no peito e tatuagem", "têm um modo de olhar característico, pois a cabeça é inclinada para frente e olham fixamente para baixo, ou então, quando sob ameaça, fixam o olhar na pessoa", "andam, normalmente, em grupo, afastados uns dos outros", "comunicam-se através de gestos", "falam gíria", "ficam parados em determinados lugares (praças ou casas de jogos eletrônicos)" e enfim, diziam, "os tiras reconhecem pelo jeito".³⁶

De nada adianta levantar bandeiras em favor da redução da idade penal, se não houver investimentos em políticas sociais destinadas aos jovens, proporcionando educação, saúde, lazer e profissionalização de forma que se apresentem mais atrativas que a "difícil vida fácil" da criminalidade. A alegação frágil de que o jovem, antes dos 18 anos, já tem discernimento deve ser ultrapassada. Discernimento não é uma questão biológica ou etária, mas antes, de formação.³⁷

A Constituição Federal, em seu artigo 227, *caput*, repetido pelo artigo 4º, *caput* da lei infraconstitucional já mencionada, estabelece que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer,

³⁶ *Menor infrator: a caminho de um novo tempo*. Curitiba : Juruá, 1990, p. 63.

³⁷ "Um dos responsáveis pela relativa uniformidade da conceituação sobre limite da idade da maturidade, segundo López Rey, foi o Seminário Europeu das Nações Unidas, celebrado em Paris, em 1949. Neste Evento, a falta de maturidade como fator explicativo da tese da delinquência juvenil foi consagrada pelos especialistas ali presentes, em sua maioria assistentes sociais. O congresso conclui que a adaptação era o melhor meio para prevenir a delinquência e decide que nos países europeus, principalmente nos países de civilização ocidental, é desejável que a idade da responsabilidade penal não seja fixada abaixo dos 18 anos. Esta idade acabou sendo aceita por muitos países como limite para a maioridade penal. López Rey afirma que não encontrou qualquer justificativa científica para a fixação do limite aos 18 anos. Entende que uma verdadeira criminologia recomenda pura e simplesmente a individualização em cada caso concreto, a partir de uma idade mínima representativa da infância. Diz que a individualização mostra que muitos adultos possuem menos maturidade que os jovens e, sem dúvida, como consequência do limite de idade estabelecido,

à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Cria, assim, adotando a Doutrina da Proteção Integral³⁸, uma co-responsabilidade institucional no trato dos flagelos que vitimizam esta parcela da sociedade, que constitui a maioria da população no Brasil, contribuindo para levá-los ao crime. Não se defende o afastamento da responsabilidade pessoal, mas que deve ser considerado, também, o contexto social do ato infracional por ele praticado.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, ao tratar dos elementos “responsabilidade individual” e “contexto social do delito”, alertando sobre os perigos de excesso em considerar-se aquela e desconsiderar-se esta, numa mudança de perspectiva com relação à criminalidade infantil e juvenil, assim comenta:

[...] no meu entender, o fundamento último da existência de uma legislação penal de menores mais suave que a comum reside em que a responsabilidade individual pelo delito cometido pelo jovem se vê atenuada por uma certa co-responsabilidade social. Pois bem, a eliminação desse aspecto, ou ao menos seu significativo questionamento, poderia conduzir a um redimensionamento (provavelmente indesejável) do tratamento mais benigno dos jovens delinquentes. Assim, as propostas de imposição de sanções mais graves aos jovens autores de atos violentos, e em concreto de rebaixamento da fronteira da ‘maioridade penal’, que permitiria impor a tais jovens as sanções do Direito Penal comum, se acham cada vez mais difundidas e encontram acolhimento em todos os foros.³⁹

Depositar nos adolescentes a responsabilidade por grande parte da participação na criminalidade de massa é um mito que deve ser desfeito. Menos de 10% das infrações registradas tem a participação de menores. O que ocorre é que a *mass media* atua “desinformando” a população, quando dá ênfase a esses

são considerados *prima facie* imputáveis.” *A Polícia diante da infância e da juventude: infração e vitimização*. Rio de Janeiro : Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos Editora, 2000, p. 13.

³⁸ Existem três doutrinas quanto à legislação dirigida aos menores de idade: doutrina do Direito Penal (estabelece que a legislação deve ser dirigida somente àqueles infratores); doutrina da situação irregular (dirigida somente àqueles que se encontrem em situação de risco social – adotada pelo Brasil no Código de Menores – Lei nº 6.697/79); e doutrina da proteção integral (dirigida a todas as crianças e adolescente independentemente de sua condição – adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90).

³⁹ *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

acontecimentos, atacando o Estatuto da Criança e do Adolescente. Inúmeras pesquisas derrubam o mito de que o aumento do número de crimes se deve à participação de jovens. "Em Curitiba, nos quatro primeiros meses do ano de 2001, das 18.225 ocorrências atendidas pela Polícia Civil, apenas 1.022 (5,6%) tiveram participação de menores. A gravidade dos crimes cometidos pelos adolescentes também não é a que se imagina: só 5 (1,6%) dos 309 assassinatos ocorridos na capital neste período tiveram envolvimento de adolescentes."⁴⁰

Somente com um sério comprometimento da família, da sociedade e do poder público, dando tratamento efetivamente prioritário à criança e ao adolescente é que será possível alterar a situação em que se encontra o menor no Brasil.

3.4. A CRIMINALIDADE NO BRASIL⁴¹

"A falta de uma política de segurança e a ausência do Estado é tão grande que nosso nível de criminalidade é até baixo." (Luiz Flávio Gomes em entrevista dada ao jornal O Estado de São Paulo, em 25/09/2002.)

O problema da criminalidade no Brasil é motivo de muitos discursos. Não há dúvidas de que o crime é uma chaga social, tanto quanto muitas outras que precisam ser combatidas, primeiramente, compreendendo seus significados.

O epicentro da violência, como já se disse, vinculada ao crime, está nas maiores cidades do país. Seu reflexo chegou ao interior, na última década, com grande rapidez. Regiões que jamais conviveram com crimes do tipo

⁴⁰ *Povo quer punir adolescentes, mas criminosos são os adultos.* Jornal Gazeta do Povo Curitiba, 25 de junho de 2001.

⁴¹ "É muito difícil fazer-se no Brasil uma história da sua criminalidade, pela ausência de uma bibliografia, pela ausência de dados estatísticos, pelo total desinteresse do jurista penal brasileiro, preocupado somente com a norma legal, à exceção de Roberto Lyra, que teve e tem toda uma vida dedicada ao estudo do crime, da criminalidade e do criminoso." DONNICI, *op. cit.*, p. 183.

acontecimentos, atacando o Estatuto da Criança e do Adolescente. Inúmeras pesquisas derrubam o mito de que o aumento do número de crimes se deve à participação de jovens. "Em Curitiba, nos quatro primeiros meses do ano de 2001, das 18.225 ocorrências atendidas pela Polícia Civil, apenas 1.022 (5,6%) tiveram participação de menores. A gravidade dos crimes cometidos pelos adolescentes também não é a que se imagina: só 5 (1,6%) dos 309 assassinatos ocorridos na capital neste período tiveram envolvimento de adolescentes."⁴⁰

Somente com um sério comprometimento da família, da sociedade e do poder público, dando tratamento efetivamente prioritário à criança e ao adolescente é que será possível alterar a situação em que se encontra o menor no Brasil.

3.4. A CRIMINALIDADE NO BRASIL⁴¹

"A falta de uma política de segurança e a ausência do Estado é tão grande que nosso nível de criminalidade é até baixo." (Luiz Flávio Gomes em entrevista dada ao jornal O Estado de São Paulo, em 25/09/2002.)

O problema da criminalidade no Brasil é motivo de muitos discursos. Não há dúvidas de que o crime é uma chaga social, tanto quanto muitas outras que precisam ser combatidas, primeiramente, compreendendo seus significados.

O epicentro da violência, como já se disse, vinculada ao crime, está nas maiores cidades do país. Seu reflexo chegou ao interior, na última década, com grande rapidez. Regiões que jamais conviveram com crimes do tipo

⁴⁰ *Povo quer punir adolescentes, mas criminosos são os adultos.* Jornal Gazeta do Povo Curitiba, 25 de junho de 2001.

⁴¹ "É muito difícil fazer-se no Brasil uma história da sua criminalidade, pela ausência de uma bibliografia, pela ausência de dados estatísticos, pelo total desinteresse do jurista penal brasileiro, preocupado somente com a norma legal, à exceção de Roberto Lyra, que teve e tem toda uma vida dedicada ao estudo do crime, da criminalidade e do criminoso." DONNICI, *op. cit.*, p. 183.

seqüestro "relâmpago", tráfico de drogas, furto de automóveis, entre tantos outros, agora convivem cotidianamente com eles.

Antes, as leis penais espelhavam a idéia do criminoso não como um perverso, mas como um infeliz, vítima da estrutura social, da falta de sorte ou de patologias hereditárias. Seria quase sempre possível conseguir sua reabilitação. A repressão e a punição deveriam ser ordenadas pelo Estado, da mesma forma que necessária reabilitação em benefício do criminoso e da sociedade. Esta concepção otimista do criminoso e do crime traduzia a fé na essência do homem, como sendo bom por natureza. Tinha-se o crime como um problema marginal, fruto de peculiaridades sociais e individuais.

Até pouco tempo depois da Segunda Guerra Mundial, os índices de criminalidade caíram de forma progressiva e constante no mundo ocidental, culminando na abolição da pena de morte, exceto nos Estados Unidos da América⁴², onde ainda assim passou a se circunscrever a uns poucos estados. Onde não foi possível reduzir, os índices da criminalidade pelo menos se estabilizaram.

Aparentemente, a partir dos anos 70, começou uma progressiva e incontrolável explosão de criminalidade. Idéias neoliberais, que se acreditava condenadas à margem da história, ressurgiram e tornaram-se dominantes no Ocidente, sepultando o reformismo social do *welfare state*. O Estado mostra-se impotente para determinar as políticas econômica e social. O crescente desemprego como destino de um crescente número de pessoas reverteu a tendência progressiva à inclusão e à solidariedade sociais, ao lado da

⁴² "Não foi só a politicagem, como alegam autoridades americanas, que acabou de excluir os Estados Unidos do Comitê de Defesa dos Direitos Humanos da ONU. 'Violações são cometidas por autoridades federais, estaduais e locais. Cortes, setores administrativos e legisladores foram incapazes de assegurar as mudanças necessárias nas leis e práticas que as alinhassem com os padrões internacionais', afirma relatório da Human Rights Watch. O abuso começa com maus-tratos nas ruas, segue nas prisões e culmina na política oficial da execução do condenado. O governo americano assina mas não segue a Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção contra Tortura. Tem dificuldade em justificar, perante as convenções internacionais, a desumanidade e as falhas da Justiça que aplica a pena capital. Mais de 4.500 presos foram executados de 1930 - quando o governo começou a contar - até hoje. Junto ao Irã, Nigéria, Paquistão, Arábia Saudita e Iêmen, os EUA integram a lista dos seis países que matam pessoas que cometeram crimes quando menores de idade, violando os tratados internacionais. 'Diria que, pelo menos, os outros países não se exibem por aí, batendo no peito como se fossem líderes mundiais dos

desagregação das estruturas familiares, que junto com o emprego exerciam um papel informal do distanciamento do crime, o novo consumismo e o individualismo hedonista, mais o abalo da autoridade moral dos agentes da justiça criminal, sobretudo a polícia, são fertilizantes da criminalidade crescente.

É certo que o problema da criminalidade no Brasil tem raízes antigas⁴³, embora a sociedade brasileira diga-se pacífica. A escravidão, por exemplo, é a base da compreensão dos direitos humanos.

No Brasil⁴⁴, a miséria convive com a opulência. A veiculação, através da escola paralela que é a televisão, incita a idéia de que a felicidade reside na capacidade de consumo, induz milhares de jovens à prática do mimetismo social, seduzidos a trilharem o caminho do crime, fazendo com que as estatísticas demonstrem que cresce o número de crianças e adolescentes como sujeitos ativos de práticas criminosas de qualquer natureza.

direitos humanos. Fazemos isso e não somos... Devíamos ser', lamenta a doutora Donna." KALILI, Sérgio. *Nação de jaulas*. Revista Caros Amigos, Editora Casa Amarela, São Paulo, ano V, n. 52, p. 16, jul. 2001.

⁴³ "Desde o início da República em 1889, a criminalidade nas grandes cidades brasileiras tem crescido permanentemente, como decorrência da nossa estrutura colonial, da miséria, do alto crescimento demográfico, de uma infância e uma adolescência abandonadas levando uma vida estável na miséria, tudo isso aliado a uma permanente agressividade e violência do brasileiro. [...] Outro aspecto da evolução da criminalidade no Brasil, num crescente monótono, exaustivo e desesperador, desde o princípio do século, com o desenvolvimento desenfreado das grandes cidades, hoje chamado de inchação, está na miséria, que Evaristo de Moraes em outro livro, datado de 1927, 2ª edição, sob o título *Problemas de Direito Penal e de Psicologia Criminal*, assim narrava, como se hoje fosse: 'Está atualmente fora de dívida sensata a atuação da miséria na gênese da criminalidade. Daí decorrem, naturalmente, as propostas das providências que a moderna Política Criminal aconselha, no sentido de serem modificadas as condições sócio-econômicas, das quais resulta a penúria injustificável de grande número de pessoas.' [...] A violência no Brasil, que sempre foi uma constante, agora já se tornou um fato banal, onde a população anda armada e à procura de revólveres e munições, à procura de segurança pessoal, com cães ferozes e os meios mais variados de defesa e de segurança pessoal, pois os donos do poder nunca tiveram a menor preocupação com a violência, a miséria, o desemprego, a injustiça social, a corrupção policial e a corrupção em geral. No Brasil nunca se cogitou de um Plano de Defesa Social, nunca houve um trabalho de prevenção do crime, nunca ninguém se preocupou com os menores abandonados, carentes ou que nome se queira dar, e o resultado agora se apresenta na década dos anos 80: um Brasil violento, inquieto, com uma criminalidade cada vez mais crescente, como consequência de uma permanente injustiça social." DONNICI, *op. cit.*, p. 120-122.

⁴⁴ "Como conciliar no Brasil o Direito Penal Repressivo, a criminalidade cada vez mais crescente e a criminologia, sabendo-se que os três componentes da Administração da Justiça Criminal (polícia, justiça e estabelecimentos penitenciários, cadeias ou prisões) não acompanham as mudanças sociais e em muitos casos não estão preservando e respeitando os direitos humanos? Recentes estudos sobre anti-sociais e sobre a cifra negra (criminalidade não conhecida, mas existente em grande número) têm pesquisado os sistemas policiais, judiciais e penitenciários, que compõem a Administração da Justiça Criminal, e no Brasil, nas grandes áreas urbanas, precisamos começar a estudá-la, pois especialistas americanos estão concluindo pelo abandono da crença comum que a pobreza seja a causa principal do crime, o que poderá desapontar os que esperavam eliminar o crime erradicando a pobreza." DONNICI, *op. cit.*, p. 115.

3.5. MÍDIA: ESPELHO OU ESPECTRO?

Radiografia dos Crimes.

O jornalismo radiografado por esta análise esgota-se, em geral, como caso de polícia, tamanha quantidade de reportagens originadas nos Boletins de Ocorrência (BO) das delegacias de polícia. A título de síntese – uma síntese tétrica – poder-se-ia dizer que esse jornalismo é vítima dos "BOs." ⁴⁵

Uma das grandes responsáveis pela difusão da imagem do crime vinculada ao estereótipo do criminoso presente no senso comum das massas, reafirmando que este faz parte da classe das pessoas desfavorecidas, é a mídia. Isso pode ser observado, principalmente no que se refere face ao espaço que se ocupam dos desprivilegiados, onde a privacidade de que estes desfrutam é menor e, portanto, maior a visibilidade dos eventos socialmente reprováveis ali ocorridos.

A ameaça da criminalidade é o norte dos informativos que, neste passo, acabam por influenciar negativamente a população mundial. O destaque que se dá aos bolsões de marginalidade cria a sensação de que o país está à beira do caos.⁴⁶ A idéia que se tem hoje de violência e criminalidade, acaba por

⁴⁵ A Mídia dos Jovens. A Marca do Crime. Os delitos da imprensa na cobertura da violência. Pesquisa Agência de Notícias dos Direitos da Infância. Instituto Ayrton Senna. UNESCO, ano 5, n. 9, p. 22, dez. 2001.

⁴⁶ "La dramatización de la amenaza de la criminalidad es el pan nuestro de cada día de la actividad informativa. La tesis de que cada tres minutos se registra un delito violento se difunde abiertamente. La estadística criminal de la policía computó en 1992 aproximadamente 150.000 casos de la denominada criminalidad violenta (fundamentalmente, asesinato, homicidio, violación, robo y lesiones; incluyendo los delitos intentados). Calculando que el año tiene cerca de 500.000 minutos se deduce que cada tres minutos en Alemania se comete un hecho violento. La cadencia de los tres minutos asusta a los ciudadanos. Los hombres y las mujeres evitan la calle. Sin embargo, se pasa por alto que el riesgo de la criminalidad violenta se distribuye entre 80 millones de cabezas. Esto significa que el riesgo anual de sufrir un delito violento es de 0,1875% por cada ciudadano. Con otras palabras: una persona debería alcanzar estadísticamente los 533 años de edad, por término medio, hasta que le tocara ser víctima del primer delito violento - si contamos sólo los delitos registrados. Si se tiene en cuenta la cifra negra y se computan aproximadamente 450.00 delitos violentos, el riesgo del ciudadano particular reside en el 0,5625%; lo que significa que el riesgo pasa a ser de 177 años al 100%. El pánico se concentra - en caso de que llegara a difundirse también esta imagen - en una esperanza de vida que es considerablemente más corta. Pero la proyección del riesgo de la criminalidad durante el tiempo de vida está evidentemente sujeto a distorsiones estadísticas. Así, el riesgo varía dependiendo del lugar (diferencias campo-ciudad), del sexo, de la edad, del estilo de vida, y muchas otras variables. No obstante, es francamente útil comparar esta probabilidad estadística de los riesgos *individualizados* de la criminalidad con el riesgo-de-tres-minutos de los riesgos *generalizados* de criminalidad. El - tan temible - delito particular, mostrado de forma omnipresente por los medios de

ser distorcida da realidade.⁴⁷ A grande quantidade de informações que a massa populacional se sujeita em receber não é capaz de despertar um espírito crítico nos cidadãos. O que é "servido" foi antes, muitas vezes, preparado, com edições, cortes, montagens e orientações, inclusive do melhores ângulos para filmagem, imagens estas que ganham, como moldura, os textos "convincentes" dos apresentadores que aos berros e tocando fundo nas emoções e sentimentos, sentenciam quem é o "mocinho" e quem é o "bandido". E, tudo isso, para a grande maioria, sedenta de mais "informações", acaba sendo encarado como a mais pura expressão da verdade construtora de consensos.

A atuação da mídia⁴⁸ frequentemente associa a imagem da criminalidade à pobreza e, nessa oportunidade, volta sua atenção aos bairros populares, redutos de tragédias coletivas, direcionando holofotes sobre os delinquentes que, eventualmente, dirigem suas ações delituosas a indivíduos pertencentes ao pequeno grupo dos garantidos ou protegidos, como nos casos de crimes onde as vítimas pertençam à classe enaltecida pela mídia.

comunicación, supera con mucho el peligro real." ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), Área de derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española). La insostenible situación del Derecho Penal. Granada, p. 480-481, 2000.

⁴⁷ "A Violência não é sinônimo de criminalidade. A mídia vê como sinônimo de Violência os delitos tradicionais, como o roubo e o homicídio, e isso leva a uma cobertura tendenciosa da realidade. A imprensa não enxerga o contexto porque não discute soluções - apenas 7,5% dos textos analisados fazem isso. No mais, há um discurso policial justificando a si mesmo e abastecendo os jornalistas. Como se não existissem nem causas nem biografias." A Mídia dos Jovens. A Marca do Crime. Os delitos da imprensa na cobertura da violência. Pesquisa Agência de Notícias dos Direitos da Infância. Instituto Ayrton Senna. Unesco, ano 5, n. 9, p. 24, dez. 2001.

⁴⁸ "Embora promova a cultura e a informação, os meios televisivos se comportam como formadores de opinião trazendo anomalias quando esta for tendenciosa ou dirigida como, v.g., quando os telejornais veiculam notícias aparentemente positivas, que produzem efeitos negativos na sociedade, como a divulgação de uma nova modalidade de golpe aplicada em São Paulo que, apesar de alertar os cidadãos, desperta a criatividade de marginais de outras cidades que não tiveram a idéia. Outros exemplos marcantes são a divulgação do valor de entorpecentes apreendidos e do produto de assaltos a bancos, o que incentiva a delinquência em virtude do ganho fácil e da violação do Princípio da Presunção da Inocência quando se expõem à execração pública os simples acusados da prática de delitos sem que tenha ocorrido o devido processo legal. A indenização moral em relação a esta prática geralmente fica negada, haja vista que os expostos, em regra, são oriundos de famílias humildes e sem acesso a advogados. [...] Embora a legislação brasileira contenha meios eficazes de controle da atuação da mídia televisiva, deve-se reconhecer que o instrumento mais efetivo da qualidade da programação é determinado pelo próprio telespectador quando manuseia o seletor de canais, impondo atitudes conscientes aos comunicadores através de índices de audiência." BORN, Rogério Carlos. *As vertentes da mídia eletrônica*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano VI, n. 141, p. 18-19, 30 de novembro de 2002.

É raro observar, quando se trata de periferia, uma atuação potencialmente construtiva da mídia. As iniciativas comunitárias destinadas a suprir o que o poder público deixa à deriva sobre as condições precárias em que vivem seus habitantes, pouquíssimas vezes são divulgadas.

São muitos os estímulos contrários à manutenção dos bons costumes e da moral pública. A má influência invade os lares, compromete os locais de trabalho e contamina os espaços de lazer demonstrando o desserviço prestado pela mídia alienante da juventude e desagregadora dos laços sociais. O problema da criminalidade, assim, começa com a ruptura da primazia das estruturas familiares e educacionais de socialização culminando com uma crítica ao excesso de liberdade concedida aos meios de comunicação, que transformam o controle social em espetáculos penais. O poder sedutor dos meios de comunicação provoca uma avalanche de informações "circenses" no que concerne à violência urbana, acabando por "elogiar" péssimos exemplos de comportamento, invertendo os valores de convivência em sociedade, onde a defesa é a palavra de ordem.⁴⁹

Desserviço prestado pela *mass media*, face lucrativa dos meios de comunicação, é a profunda atenção que se dá às misérias sociais, expondo os mais íntimos dissabores das famílias. A cultura dramática criada ao redor da "violência" é que alimenta esta rede que se prolifera a cada dia. Se fosse dada mais ênfase às causas e menos aos atores da criminalidade, as aberrações televisivas repassadas, insistentemente, em *slow much* não teriam tanta influência.

A atuação dos meios de comunicação, através do seu sensacionalismo e dramatizações, sob o pseudo pretexto de que estariam prestando um serviço e preocupados com a sociedade; quando o que ocorre é a preocupação com os índices de audiência para gerar patrocinadores e

⁴⁹ "No que diz respeito à divulgação da violência no país, 44% dos brasileiros acreditam que os jornais, as emissoras de TV e de rádio, de uma maneira geral, mostram os fatos de maneira adequada, sem esconder nada. Na opinião de 26% a mídia exagera, mostrando os casos que envolvem violência de maneira sensacionalista; 24% acham que jornais, rádio e TV mostram a violência de maneira enganosa, escondendo algumas coisas." *Datafolha Instituto de Pesquisas*. Disponível em: <http://www.uol.com.br/folha/datafolha/po/segpublic_022002a.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2002.

publicidade⁵⁰, acaba por difundir e enaltecer tão somente os aspectos negativos dos órgãos da segurança e a etiquetar o criminoso como “inimigo público”, ascendendo sentimentos de vingança e retaliação, e impossibilitando o reingresso do mesmo na sociedade. Tal comportamento, censurável, gera sentimentos de hostilidade e precaução daqueles personagens.

Pode-se aqui citar passagem da obra de Dráuzio VARELLA, que assim relata diálogo quando prestava serviços no Carandiru :

Os jornalistas, por sua vez, são mestres no desagrado, conseguem inimizades entre gregos e troianos. De medo que alguma vítima antiga lhes reconheça a fisionomia e novos processos aumentem o débito com a justiça, os presos fogem das objetivas como o diabo da cruz. Apontar-lhes uma máquina fotográfica ou câmera de TV faz com que cubram o rosto e desapareçam mais depressa do que diante da metralhadora de um PM. Os funcionários também evitam a imprensa, dizem que ela só serve para criticar e distorcer o que é dito.

Uma vez, seis detentos seqüestraram um grupo de carcereiros na lavanderia, junto ao pavilhão Seis, para exigir transferência do presídio, procedimento que se tornou rotina após o massacre do Nove. Quando cheguei, à frente da cadeia, nos baixos do levado por onde passa o metrô, estava cheia de câmeras, microfones e carros de reportagem. Ao entrar na Casa, Perguntei a um dos diretores que participava das negociações a razão do alvoroço:

- São abutres, doutor. Pousam aqui quando pressentem qualquer desgraça que ajude a vender jornal.⁵¹

Não há dúvidas de que os órgãos de comunicação lucram muito mais com o sensacionalismo das misérias humanas do que com a limitação em apenas informar com seriedade. Porém, quando seus profissionais se dispuserem a realizar um serviço social de conscientização, sem alarde, certamente terão maior poder de penetração do que os órgãos públicos incumbidos de tal papel.

⁵⁰ “Não é novidade, por exemplo, que a moderna imprensa escrita, falada e televisiva tenham, normalmente, caráter empresarial, quer dizer, não tenham outras convicções e objetivos que os de uma grande difusão que aumente seus lucros. Nesse marco, o manejo sensacionalista e folhetinesco da página policial, encarada como um mero entretenimento, é um ‘gancho’ a mais para aumentar a venda” CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução de Eliana Granja et al.. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 86.

⁵¹ *Estação Carandiru*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999, p. 106-107.

3.6. DIAGNÓSTICO DA SEGURANÇA PÚBLICA NACIONAL : FALÊNCIA MÚLTIPLA DE ÓRGÃOS

"Qualquer passo que for dado, que corresponda a uma vontade radical de mudança, tem que ser lançado, mesmo que seja para diminuir a dor de uma só pessoa", pois somente assim - complementa Roberto Lyra - "poderemos continuar lutando pelo aprimoramento das instituições e pela garantia do homem, com os olhos fitos no futuro, tudo fazendo para que a sociedade de amanhã seja outra, fraterna e justa, onde os seres se distingam uns dos outros, apenas pela capacidade que tiverem de amar e de criar e possam, assim, desenvolver livremente a sua personalidade". (Roberto Lyra)

A Democracia ainda não chegou ao campo da Segurança Pública. As razões desta afirmação podem ser demonstradas por alguns fenômenos observáveis: O Brasil não desenvolveu nenhum conceito de segurança pública para o Estado Democrático de Direito. Em verdade, continuamos a formar os quadros das corporações segundo manuais fundamentados na doutrina de segurança nacional e na já revogada lei de segurança nacional. Conforme esses manuais, a segurança pública ainda é um braço auxiliar das Forças Armadas, tendo de receber uma formação análoga, mesmo quando tratamos da esfera civil desse serviço. Neste sentido, o inimigo da segurança é o cidadão, considerando como um ente potencial de cometimento de crimes, contravenções e de perturbação da ordem pública.

O sistema de segurança pública brasileiro é fragmentário. Cada corporação atua de forma independente e não tem qualquer ligação funcional com as outras, o que, além de as distanciar, por vezes, acaba por criar animosidade e concorrência. Isso gera uma ineficiência dos serviços. O atendimento aos cidadãos acaba por se tornar precário. Ainda, cada qual operando independentemente, acarreta duplicação de serviços e equipamentos, o que significa mais gastos para o erário público. Consequência: como num corpo humano, se um órgão não desempenha inteiramente a função para qual foi destina-se, acaba por sobrecarregar outros que, inevitavelmente, esfalfados,

entram em crise e se não tratados como um todo que são, morrem aos poucos. Não é mais possível tratar o "corpo" da segurança pública apenas sintomaticamente.

O sistema de segurança pública abrange, *strictu sensu*, um conjunto de instituições e serviços que devem ser de conhecimento dos seus destinatários, porém, a sociedade não tem noção do funcionamento das corporações e estas, pelo nulo contato entre si, ficam impossibilitadas de efetivar um trabalho em conjunto. Geralmente, a segurança pública compreende a Polícia Militar e a Polícia Civil. A primeira, fardada, tem a função de prevenir o delito e de reprimi-lo imediatamente. A Segunda, responde pela repressão mediata, pela atividade de polícia judiciária que atua no intuito de levar meios probatórios ao Ministério Público para que este, juntamente com o Poder Judiciário, possa efetuar a responsabilização criminal.

Além das entidades citadas, o Ministério Público, o Poder Judiciário e a própria cidadania, conforme prescrição constitucional, também estão inseridas na segurança pública como sistema. Sem a articulação dessas facetas, não será possível o desenvolvimento de um trabalho de segurança e proteção social, na fase em que se encontra a criminalidade no Brasil.

Diante da falta de harmonia interinstitucional, a população pouco pode participar, influir e modificar esse estado de coisas.

A formação dos quadros da segurança pública demonstra que não estão aptos para resolver os problemas da criminalidade contemporânea, pois estão voltados para um tempo onde os fenômenos criminais não eram tão devastadores. A mentalidade vigente é a dos anos quarenta. O resultado disso é que não há uma preparação para o deslinde da criminalidade de hoje, que tem caráter social, comercial e tecnológico. Falta preparo de toda a estrutura de segurança pública para enfrentar, por exemplo, a criminalidade das drogas e os crimes ditos virtuais. Ela é preparada apenas para atender ocorrências comuns e que não envolvam muita sofisticação.

O problema da violência é multifacetado⁵² e só pode ser equacionado a partir de um trabalho conceitual e prático de natureza interdisciplinar. O isolamento do aparelho policial e da segurança como um todo, das outras entidades estatais, faz com que este nunca possa compreender a natureza da criminalidade e da violência, combatendo-as sempre da mesma forma pelo uso da força, de investigações viciadas e alocação de dispositivos repressivos para consecução de informações. Assim, nem a criminalidade, nem a violência são compreendidas e racionalmente enfrentadas, nem a sociedade se adapta para enfrentar os desafios contemporâneos nessa área.

Devido a essa falha interinstitucional e falência de armas para enfrentamento da criminalidade crescente, a sociedade tem uma demanda ambígua frente à segurança pública: pede menos violência policial em termos gerais e exige a prática de violência quando o problema é pessoal. É recorrente o fenômeno de denúncias de violências cometidas pelas polícias, e isso é um fenômeno de grande importância para a sociedade e para a democracia. Por outro lado, as pessoas prejudicadas pela criminalidade procuram induzir os policiais a cometer atos ilegais, vinganças e violências contra os delinquentes. Por todos os fatores já elencados, pode-se concluir que não há uma política de segurança pública no Brasil consistente, seja em termos de formação de quadros, seja em termos administrativos e de investimentos, seja em termos de retribuição dos serviços prestados pelos servidores da segurança. Como decorrência de haver uma fragmentação dos serviços de segurança é impossível atuar de modo eficaz, sem que, democraticamente, não se estabeleçam os nortes políticos das atividades desse setor da vida social.

Infelizmente, os investimentos nesse setor, no Brasil, são irracionais, voltados mais para as imagens do que para o atendimento das reais necessidades da cidadania. É preciso abandonar a falsa idéia de que a compra de armas e

⁵² “[...] a violência reproduz-se numa espiral. Violência pessoal, violência social e violência institucional formam essa espiral, ou seja, os crimes de rua e de subsistência, o crime organizado, a coação policial, as decisões judiciais excessivamente rigorosas, as opções político-criminais paleorrepressivas, os clamores punitivos dos ‘homens de bem’ e a intolerância crescente das classes média e alta, realimentam-se, fomentando o incremento da própria violência.” SICA, Leonardo. *Medidas de emergência, violência e crime*

veículos para uso dos policiais é a forma de enfrentar a criminalidade. Essa é uma visão atrasada e distante da realidade. É certo que um dos pontos para o combate à criminalidade é o aparelhamento da polícia, mas não apenas um aparelhamento de metais. Não é só isso. Urge que os policiais, que fazem as vezes de "comissão de frente" no combate à violência sintam-se, acima de tudo, como necessários ao verdadeiro equilíbrio social, sujeitos à fiscalização do Ministério Público e do Judiciário, atuando verdadeiramente com base no poder "de" polícia e não no poder "da" polícia; que compreendam que são, acima de tudo, cidadãos, como qualquer outro, com direitos e obrigações e para realização desse fim é crucial o interesse do Estado.⁵³

Diante da perplexidade do cidadão que se vê à deriva, opta-se por romper com o Contrato Social e ceder ao que o mercado propõe: feudalização da sua propriedade (muros altos, cercas elétricas, cachorros ferozes e sem cordas vocais), securitização de grande parte dos bens – em que pese o valor da franquia que fatalmente lhe será cobrada em eventual sinistro – seguranças eletrônicas, circuitos fechados etc. Assim, a expansão do mercado do medo se sobrepõe.⁵⁴ A segurança pública, como se percebe, é vital ao cidadão. Por isso, é um direito fundamental de todos, como vem preconizado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Tratando-se de direito fundamental do cidadão, verifica-se,

organizado. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 11, n. 126, p. 7, mai. 2003.

⁵³ “Verifica-se no Brasil que o policial brasileiro não tem orgulho da sua profissão, nem tampouco gosta de ser criticado, e nos últimos anos com as atividades violentas da polícia brasileira, que é histórica, com esquadrões da morte e outras desapareições misteriosas, a imagem da polícia está totalmente deteriorada. Costuma-se dizer que o povo teme a polícia, em vez de respeitá-la, o que é uma verdade, mas também temos que afirmar e reconhecer que o policial tem seus problemas. [...] Assinale-se também que os donos do poder sempre deram à polícia e ao policial um tratamento não condigno, precisando ser dito que o policial em primeiro lugar é um cidadão, em segundo lugar é um funcionário público e em terceiro lugar é um policial.” DONNICI, *op. cit.*, p. 232-233.

⁵⁴ “Sair de casa à noite, para ir a um cinema ou para fazer uma visita; usar jóias; parar em uma estrada para trocar um pneu, é uma verdadeira aventura. Atender ao chamado da campainha à porta de uma residência ou de um apartamento é ato que se pratica com indisfarçável temor. As pessoas têm medo de quem se aproxima na rua, até mesmo para pedir uma inocente informação. Todos sentem a necessidade de segurança contra o crime. Multiplicam-se, então, os expedientes de prevenção: muros altos nas residências, cães ferozes, grades, guaritas, armas para porte domiciliar ou pessoal, porteiros e vigilantes para os prédios de apartamentos, vidros de carros fechados, abandono do uso de jóias ou de enfeites caros, guardas particulares nas residências, organizações de segurança mantidas por grupos comunitários ou por empresas, e muitos outros, que seria fastidioso enumerar, multiplicam-se e mudam o panorama da cidade.” PIMENTEL, *op. cit.*, p. 288-289.

conseqüentemente, uma enorme interdependência entre a questão da segurança pública e a dos direitos humanos. Convém observar que a questão da segurança pessoal é amplamente regrada em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, como no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigos 1º e 28 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 9º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e art.7º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Frente ao quadro desalentador de insegurança, busca-se por paradigmas externos, principalmente nos estados norte-americanos, onde em alguns, aplica-se a hedionda pena de morte como medida psicológica-repressora ou a aclamada "tolerância zero", ou a abordagem de "broken windows" ("janelas quebradas")⁵⁵ como paliativo da onda de violência. Ressalte-se, como sempre é feito, que nos países norte-americanos ou europeus, ou em qualquer outro, a cultura, os valores sociais, são outros; a distribuição de riquezas é diferenciada, o número de excluídos é diferente, seja a maior ou a menor e, por isso, os modelos nem sempre se enquadram.

Embora os Estados Unidos sejam um país organizado, em que as instituições funcionam, há uma **descrença do povo americano na atuação do Estado**, embasada pelas **desigualdades sociais profundas** quanto à distribuição de renda, além da forte **crise moral** que canaliza ao **consumo de drogas** e, daí, à inevitável **explosão da criminalidade**.

Tudo o que foi dito em relação aos Estados Unidos aplica-se, perfeitamente, ao Brasil. E o pior é que, **no Brasil**, o fato positivo da **queda da mortalidade infantil** deu **causa à explosão demográfica**, o que **saturou a oferta de emprego, desestabilizou a política habitacional**, originando o fenômeno dos **"meninos de rua"** e das favelas, e deu azo à **escassez de vagas nas escolas**

⁵⁵ "A tolerância zero constitui a tática de realizar busca e perseguições aos inconvenientes sociais, vadios, ébrios, desordeiros, no pressuposto de que a não-condescendência com infrações menores, sem vítimas, é o melhor caminho para o combate à criminalidade, pois nestes ambientes freqüentados pelos indisciplinados sociais vicejaria a prática delituosa. O exemplo do que ocorre nos Estados Unidos é bastante significativo, pois ao lado da redução dos gastos em programas sociais, a ação policial intolerante levou mais de seis milhões de americanos, em geral negros ou 'chicanos', a estarem submetidos ao sistema criminal, com mais de dois milhões de presos, a maioria negros, apesar de constituírem percentual pequeno da população norte-americana. [...] Pela teoria da 'janela quebrada', deve-se lutar contra a grande criminalidade por meio da 'repressão severa e da perseguição à pequena delinquência', sendo inimigos os sem-teto, os pequenos revendedores de droga, os mendigos, os vândalos, os grafiteiros, 'o subproletariado que vive do mercado informal', cuja conduta é um acinte à qualidade de vida da sociedade estabelecida e responsável." REALE JUNIOR, Miguel. *Insegurança e tolerância zero*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 9, p. 68-69, 2003.

públicas, além de arruinar as estruturas da polícia e da Justiça, ou seja, de aparelhos essenciais no controle da criminalidade.⁵⁶

Note-se que o Brasil é reconhecidamente um país de modismos. Bismael B. de MORAES afirma que "chegamos a ser apelidados de 'macacos', tamanha nossa dependência cultural, quase perdendo nossa identidade como brasileiros [...]. Por isso - quiçá - é que tanta gente achando natural bancar o 'mocinho' e procurando 'justificar' que, para evitar os crimes e a violência, não se pode prescindir de uma boa arma de fogo!"⁵⁷

3.7. POLÍCIA⁵⁸: CONFLITOS, REALIDADES E DESCONFIANÇAS

"Ainda penso no dia em que o policial possa ser um guia, um filósofo e um amigo, tudo isto talvez, numa posição quixotesca, mas acima de tudo otimista." (Virgílio Luiz Donnici)

"O policial é um profissional do Direito, tanto quanto o juiz, o advogado, o promotor de justiça, jamais um profissional da guerra. O policial não deve ter quartel porque não há de esperar para entrar em ação, ele deve estar permanentemente bem distribuído (criteriosa e rigidamente para evitar concentração). Policial aquartelado gera bandido folgado. (Luiz Otavio de O. Amaral).

Falar em segurança pública é falar em polícia, pois sua precípua função é a manutenção da ordem e a garantia da segurança em sociedade e bem por isso não existe sociedade sem polícia, seja ela rudimentar ou evoluída.

⁵⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *op. cit.*

⁵⁷ *Segurança pública no Brasil e o sistema criminal*. Doutrina Penal, Terceira Seção, Revista dos Tribunais, 89º ano, n.780, p. 480, out. 2000.

⁵⁸ "[...] todo policial, antes de ser policial, tem obrigatoriamente que ser um pedagogo da cidadania, sob pena de ser um arremedo de polícia e exercer muito mal a sua função. [...] Um agente social investido de poder tem uma função testemunhal muito importante sobre o inconsciente coletivo. Ele motiva o exercício do bem ou incita à violência, através de suas práticas." BALESTRERI, Ricardo Brisolla. *Diretos*

Mas o que é polícia? Luiz Otavio de O. Amaral discorre:

Originariamente, polícia era o conjunto de funções necessárias ao funcionamento e à conservação da cidade-Estado (*polis* grega, daí a etimologia de polícia e *civita* romana, daí *civil*, isto é, inerente à *civita*).

[...]

Polícia, é, então, a organização administrativa (vale dizer da polis, da civita, do Estado = sociedade politicamente organizada) que tem pôr atribuição impor limitações à liberdade (individual ou de grupo) na exata (mais será abuso) medida necessária à salvaguarda e manutenção da ordem pública.

[...]

Todas essas atividades (policiais) administrativas atuam no difícil e exíguo espaço existente entre os direitos e interesses individuais ou grupais e o interesse público, social, ou seja, o interesse, senão de todos, pelo menos da maioria, que jamais pode ser confundido com o dos governantes ou poderosos.

[...]

[...] a polícia só está autorizada a usar da violência como último recurso dos muitos que a habilidade profissional pode lhe garantir. Nem mesmo em regimes onde a pena de morte é legalizada, pode-se imaginar o policial (cuja opção profissional é de enfrentar o crime, tanto quanto o médico a doença, com todos os riscos a isto inerente) como agente exterminador dos criminosos, senão do crime; este sim, o alvo imediato e principal do policial, vez que o criminoso só é subsequente e derivadamente.

Embora nos deparemos com casos onde parece existir uma completa falta de sentido no ato, tamanha a sua truculência e tal a incapacidade da vítima de oferecer qualquer forma de resistência à ofensa recebida, por outro lado, no Brasil, são freqüentes os casos em que a violência parte daqueles que têm a função institucional de respeitar a legalidade e garantir a ordem pública.

Na tradição da cultura política⁶⁰ brasileira, com freqüência, negligencia-se o tema da segurança. A teoria dogmática que define, unilateralmente, a polícia e todos os aparelhos de Estado como instrumentos do domínio de classe, para a qual é irrelevante a diferença entre os regimes políticos, é uma das conseqüências dessa negligência.

humanos: coisa de polícia. CAPEC - Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania. Passo Fundo, RS : Pater Editora, p. 46.

⁵⁹ Revista Prática Jurídica, Editora Consulex, Brasília, ano II, n. 14, p. 28, 31 de maio de 2003.

⁶⁰ " A questão da nossa atual (e já antiga) e grave insegurança pública, por certo, não é caso de polícia, mas de política, macro e micro." AMARAL, Luiz Otávio de O., *A segurança pública brasileira pede segurança.* Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano VII, n. 152, p. 25, 15 de maio de 2003.

Inevitavelmente, conduz-se ao enfrentamento de algumas questões muito delicadas em relação à atuação policial.⁶¹

No Brasil, o debate em torno das polícias e a crise da segurança ganhou relevância pública apenas recentemente, mais precisamente nesta década, quando mobilizou-se a comunidade científica e civil. Durante muito tempo, os assuntos pertinentes à construção de uma segurança pública democrática e a redefinição do papel dos policiais permaneceu à margem do processo de consolidação democrática vivido no país.

Toda vez que o tema violência/criminalidade é chamado à discussão, o ponto nevrálgico do debate acaba naturalmente sendo as organizações policiais, cujo papel é manter a lei e a ordem, preservando a ordem pública.⁶²

Vergílio Luiz DONNICI, fazendo um retrospecto histórico sobre a criminalidade brasileira, em 1980, relatou:

Em 1861, o Chefe de Polícia do Rio de Janeiro, Agostinho Luis da Gama já assinalava o crescimento do crime e a falta de recursos da polícia para reprimir os crimes (Mello Barreto Filho e Hermeto Lima, *História da Polícia do Rio de Janeiro*) e Carlos Perdigão em 1880 já assinalava uma marcha ascendente nas estatísticas criminais, falando em onda invasora da criminalidade (Roberto Lyra, *Atualidades criminológicas*, 1950)

[...]

No período 1964/1969 abandonou-se por inteiro a segurança pública, ninguém se preocupando com a criminalidade futura, havendo a repressão contra os marginais sociais, a matança de mendigos no Governo Carlos Lacerda, o Esquadrão da Morte também em São Paulo com a justiça marginalizada, com o poder de polícia transformando-se em poder da polícia.

Quem não se lembra da expressão de Pedro Aleixo ao votar contra o Ato Institucional nº 5, publicado somente agora no Estado de São Paulo de 13 de dezembro de 1977?

"O que fará o guarda de esquina, sabendo que não há mais lei, que a Justiça está marginalizada, que a exceção impera em todos os quadrantes?"

⁶¹ "A tarefa da polícia na sociedade é difícil e delicada, e é reconhecido como inteiramente legítimo o uso da força pela polícia sob circunstâncias claramente definidas e controladas." *A polícia e os direitos humanos*. Coleção Polícia Amanhã. Textos Fundamentais de Polícia. 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 2001, p. 69.

⁶² "No Brasil ainda é corrente a linguagem da criminalidade como impureza social que precisa ser extirpada. Tal ideologia repressiva, que vem desde os tempos coloniais, faz com que o policial seja o único intérprete dessa linguagem, agindo sempre com violência, como se esses aspectos merecessem uma reação armada e implacável. Essa confrontação entre o crime e a violência policial gera uma crescente violação dos direitos humanos, atingindo, de resto, a dignidade do cidadão. Não são poucos os casos de excessos, de torturas, de violação de direitos, daí a necessidade de ser examinado o poder como elemento condicionador da criminalidade." SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Violência institucional e criminalidade*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v.3, n.4, p. 29, out./nov./dez. 1990.

Com a falta de estratégia contra o crime, sem uma previsão social da criminalidade, teria que surgir a explosão da criminalidade que vem caracterizando os anos 70.⁶³

Ao mesmo tempo em que se cobra uma pronta atuação e efetiva produção na atuação das forças policiais no enfrentamento da violência, exige-se uma adesão incontestável ao Estado de Direito, ou seja, atuação rígida mas sem violar as garantias individuais.

Como dar uma resposta civilizada às insatisfações públicas? Produzir paz com instrumentos pacíficos não é tarefa simples.

Hélio Luz, ex-chefe da Polícia Civil do Rio de Janeiro, de forma incisiva e sem demagogia, define a polícia e sua atuação frente à comunidade excluída, responsável pelos crimes de massa:

Eu digo pra você. Não precisa ninguém dizer: a polícia é corrupta. Eu afirmo: a polícia é corrupta. A instituição que existe é uma instituição que foi criada pra ser violenta e corrupta. E o pessoal estranha. Por quê que ela foi criada pra ser violenta e corrupta? A polícia foi feita pra fazer segurança de Estado e segurança da elite. Eu faço política de repressão em benefício do Estado tranquilamente. Mantenho a favela sob controle. Como é que você mantém 2 milhões de habitantes sob controle ganhando 112 reais quando ganha? Como é que você mantém esses excluídos todos sob controle? Como? Lógico que é com repressão. Como é que vai manter? E aqui é um negócio bem sofisticado. Na África do Sul eles colocam arame. Aqui é sem arame. E não reclamam e pagam impostos. O pessoal tá acostumado com isso. Aí o desgraçado tem uma televisão. Aí acaba a novela às 9 e meia e ele abre a janela e vê o que é o morro e vai reproduzir o que ali dentro? Só que ele não é violento não. É que ele fica lá dentro. Ele é tão estúpido que ele fica lá dentro, ele não sai. Quando ele sai a gente coloca ele de novo ali. Volta! E Ele volta. [...] O questionamento agora é o seguinte: A sociedade quer uma polícia que não seja corrupta? [...] Há interesse na sociedade em ter uma polícia que não seja corrupta? Porque uma polícia que não seja corrupta vai ser como nos demais países que você não pára em local proibido porque o policial te aplica uma multa. Você não pisca, você não faz nada. [...] Uma polícia que não seja corrupta não tem limites. A sociedade vai conseguir segurar isso?⁶⁴

O fato é que as polícias sempre estiveram inevitavelmente vulneráveis às críticas. Os servidores da segurança, além de não compreenderem a cidadania, também sofrem, no interior de suas corporações, graves cerceamentos de seus direitos fundamentais, o que os torna cidadãos diferentes dos demais. A disciplina rígida, e meramente formal, a hierarquia sem clareza de

⁶³ *Op. cit.*, p. 150-154.

objetivos levam as pessoas a se tornarem obedientes por obrigação, desconectadas dos problemas sociais e ineficazes para compreender a sociedade a que deveriam servir.

José Carlos Moreira da SILVA FILHO destaca que :

Além do processo de criminalização, existe um "processo de policialização". Ambos recaem sobre as camadas mais carentes da população. Cria-se um estereótipo do policial: "violência justiceira, solução dos conflitos sem necessidade de intervenção judicial e executivamente, machismo, segurança, indiferença frente à morte alheia, coragem em limites suicidas (...) ser vivo, esperto e corrupto". A deteriorização desse indivíduo torna-se óbvia, pois não se espera que alguém possa agir de forma racional e equilibrada com todas essas "virtudes". Além disso, não há a menor assistência psicológica e educativa para os policiais depois ou antes de enfrentarem e causarem a morte; "presume-se que o indivíduo deve estar psicologicamente preparado para tudo isto, porque o contrário seria impróprio do *macho* que o policializado deve ser". Esse estereótipo é alimentado não só pelos meios de comunicação e pela sociedade em geral, mas também está presente nas próprias academias de polícia.⁶⁵

Por outro lado, o desconhecimento por parte da maioria dos cidadãos de que o emprego da força constitui expediente indispensável à ação ostensiva de polícia tem propiciado a falsa quase impossibilidade de distinguir, de forma criteriosa, o uso da violência como impulso arbitrário e ilegal do recurso da força como ato discricionário, legal e necessário.⁶⁶

A violência policial é um fenômeno antigo. Suas raízes remontam à Colônia e ao Império, onde a ação de segurança era sempre truculenta, fosse para coibir condutas ou para investigá-las. Em tempos recentes, a truculência

⁶⁴ Do vídeo: *Notícias de uma guerra particular*. Rio de Janeiro, Videofilmes, NTSC.

⁶⁵ Da "invasão" da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da "inferioridade" latino-americana. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 2, n. 07, p. 129-130, 2002.

⁶⁶ "Zelar, pois, diligentemente, pela segurança pública, pelo direito do cidadão de ir e vir, de não ser molestado, de não ser saqueado, de ter respeitada sua integridade física e moral, é dever da polícia, um compromisso com o rol mais básico dos direitos humanos que devem ser garantidos à imensa maioria de cidadãos honestos e trabalhadores. Para isso é que a polícia recebe desses mesmos cidadãos a unção para o uso da força, quando necessário. [...] O uso legítimo da força não se confunde, contudo, com truculência. A fronteira entre a força e a violência é delimitada, no campo formal, pela lei, no campo racional pela necessidade técnica e, no campo moral, pelo antagonismo que deve reger a metodologia de policiais e criminosos. [...] Isso significa que a violência policial é geradora de mais violência da qual, mui comumente, o próprio policial torna-se a vítima. Ao policial, portanto, não cabe ser cruel com os cruéis, vingativo contra os anti-sociais, hediondo com os hediondos. Apenas estaria com isso, liberando, licenciando a sociedade para fazer o mesmo, à partir de seu patamar de visibilidade moral. Não se ensina a respeitar desrespeitando, não se pode educar para preservar a vida matando, não importa quem seja. O policial jamais pode esquecer que também o observa o inconsciente coletivo." BALESTRERI, *op.cit.*, p. 21-22.

tomou alguns ares de ciência, quando as noções de interrogatórios severos foram introduzidas, por importação, nas práticas de obtenção de informação, quer para os presos políticos, quer para os presos comuns. Isso só aumenta a onipotência dos quadros da segurança e situa o cidadão como seu inimigo, instilando uma cultura de guerra e de combate, que tem como adversário o cidadão, com o qual a segurança tem de conviver quotidianamente.

O não estabelecimento de políticas de segurança, a não construção coletiva de um conceito democrático de segurança pública começa a impor ao país a segurança privada, o que significa a derrubada dos direitos civis dos cidadãos. Crescem de forma desordenada as empresas privadas de segurança, que desenvolvem práticas perigosas de repressão e violência, além de serem altamente armadas e pouco preparadas para essa missão. Esta nova forma de coibição da criminalidade, nascida do vácuo deixado pelo Estado, corre o risco de acabar desvirtuando o caráter essencialmente público de promoção da segurança pública.

A violência está cada vez mais presente no cotidiano da população brasileira. De causas complexas e profundas, muitas vezes, a solução encontrada pelos governos tem sido o aumento do contingente policial nas ruas⁶⁷. No entanto, como a atuação das corporações policiais tem se voltado mais para a repressão a vastos grupos da população, insatisfeitos com a ordem estabelecida, do que para a garantia de direitos desta mesma população, o aumento do número de policiais aumenta também a insegurança dos cidadãos que os enxergam fortemente vinculados à violência, aos abusos e à corrupção. O aumento do contingente mistifica os efetivos resultados. A onda de insegurança coletiva e a crescente demanda por um maior número de policiais nas ruas acabaria por confirmar um prognóstico dramático, que projeta uma força moral corrosiva, ou seja, inclusive os cidadãos tidos como "de bem" estariam inseridos no conceito de que se há muita polícia por perto é porque algo não vai bem.

⁶⁷ "Apesar das aparências, não basta que se cuide de melhorar os serviços policiais, apenas, pois, se a Polícia aumentar sua eficiência, o subsistema judiciário ficará mais congestionado e o subsistema penitenciário não dispõe de vagas para recolher os criminosos." PIMENTEL, Manoel Pedro. *op. cit.*, p. 294.

Investir na formação dos policiais⁶⁸ e no esclarecimento junto à população, embora não sejam soluções para todos os problemas de violência e insegurança, ajudam a buscar alternativas que diminuam a criminalidade e garantam os direitos humanos e civis da população⁶⁹.

A idéia de segurança como um serviço essencial prestado pelo Estado representou um marco importante. A polícia tornou-se a face mais delicada do Estado, apresentando-se como capaz de legitimar ou descredenciar o valor atribuído à autoridade.⁷⁰

⁶⁸ “A polícia é a condição da liberdade. Uma polícia despreparada é um polícia perigosa. As atitudes, o modo de ação, a referência ética, a corrupção, os uniformes e o aspecto físico do policial contribuem para a formação de uma imagem perante o público. Poucos são os estudiosos no Brasil em pesquisar e estudar a polícia e o policial, quando se sabe que a manutenção da ordem, a proteção do cidadão, rico ou pobre, e a segurança do estado, são essenciais ao funcionamento normal da sociedade. [...] A primeira tentativa feita no Brasil, para despertar o público e os governantes para o problema da polícia no contexto da sociedade moderna, foi da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Guanabara, em 1972, sob a minha coordenação, quando foi realizado um seminário sob o tema central 'Polícia e Sociedade Moderna', onde foram examinados os subtemas: 1) polícia e direitos humanos; 2) polícia e menores infratores; 3) polícia como instituição social e como profissão; 4) polícia e justiça. [...] A história da polícia brasileira, desde os tempos coloniais, é uma história de repressão e a filosofia repressiva da polícia brasileira está ligada à nossa violência histórica, onde os mitos do brasileiro cordial num lançamento de Sérgio Buarque de Holanda, estão aos poucos sendo desfeitos pelos nossos cientistas sociais, e políticos, especialmente num trabalho recente de Gisalio Cerqueira Filho e Gizlene Neder, quando mostram a História do Brasil numa didática errônea e falsa, sob o título ‘Conciliação e Violência na História do Brasil’.” DONNICI, *op. cit.* p. 223-225.

⁶⁹ “A capacidade das polícias em responder às novas demandas democráticas, em diversos países de novas democracias, está limitada a respostas padronizadas, que vão da violência física desnecessária inação, passando pela corrupção. Essas instituições têm demonstrado pouca capacidade de antecipação de problemas, de planejamento técnico e de flexibilidade administrativa. Assim, não obstante iniciativas importantes, mas pontuais, de mudança de prioridades, ‘apanhar criminosos’ continua sendo o principal alvo das polícias brasileiras. O clamor público por uma política de segurança de qualidade que, ao mesmo tempo, controle a criminalidade, aumente o sentimento de segurança do cidadão e dê respostas adequadas às demandas de prestação de serviços não parece ter sido suficiente para que houvesse uma mudança de qualidade na implementação de mudanças permanentes. A polícia, em nossa democracia, ainda concebe o público como uma ameaça ou um obstáculo. Da maneira como está organizada, ele tem enormes dificuldades em estabelecer e manter relações eficazes com o público. Ou não tem a sensibilidade necessária para lidar com as vítimas das ofensas criminais. Além da evidente baixa capacidade de conter a criminalidade e de aumentar a eficiência do sistema de justiça criminal, a polícia conta com as piores avaliações na opinião pública, como demonstram várias pesquisas de opinião. Numa pesquisa realizada pelo *Datafolha*, em junho de 2000, dois terços dos brasileiros diziam sentir mais medo do que confiança nas polícias do País, e a base desta desconfiança se encontra na violência e na corrupção, compreendidas como sendo ilegalidades comuns dentro destas instituições. Desta avaliação, resultaria, inclusive, a aceitação, por 75% dos entrevistados, da intervenção do exército no combate à violência urbana.” SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *Polícia e policiamento no Brasil*. Mudanças recentes e tendências futuras. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 10, n. 113, p. 9, abr. 2002.

⁷⁰ “A polícia surgiu para guardar a cidade, promover a ordem e garantir a segurança do cidadão. Como tal tem que ser uma instituição confiável. Pela sua função específica, deve estar muito próxima do povo e este deve olhá-la com respeito e admiração. Tal aproximação, no entanto, não é envolvimento nem muito menos convivência, significa a aproximação de quem vigia, a presença de quem cuida, a preocupação de quem protege. [...] Não se entenda esse posicionamento como a pretensão medíocre

Teresa Manso PORTO enfatiza :

Hablar del papel que desempeña la policía como una de las instituciones claves del Estado de Derecho implica una reflexión acerca de dos aspectos que a menudo se consideran enfrentados: la necesidad una actuación policial eficaz y la de respeto a las garantías propias de un Estado de Derecho. Este discurso debería resultar sorprendente, pues, al igual que nos se pueden concebir policía y Estado de Derecho como instituciones ordenadas a fines distintos. La idea de un Estado de Derecho con una policía "eficaz" que no respete los derechos que el propio Estado concede a sus ciudadanos no es sino una contradicción en sí misma. La policía es más bien un indicador del modelo de Estado y cada Estado debe saber que modelo de Policía desea para sí. En el marco del proceso de democratización en latinoamérica y, fundamentalmente, del proceso de reforma de la justicia, se observan importantes cambios en cuanto a la concepción del proceso penal y de los principios por los que debe regirse. Pues bien, el éxito en la implementación de estas reformas puede estar condicionado a una revisión de la institución policial, pues, como es sabido, las actuaciones de la policía puede ejercer una influencia decisiva en el desarrollo del proceso penal.⁷¹

Tendo em vista que a população já há muito tempo desconfia da atuação da polícia, a Constituição de 1988 encarregou o Ministério Público de exercer o seu controle externo, de forma que seja assegurada a efetiva prestação do serviço de segurança com a vigilância assídua dos direitos fundamentais.

Esse controle externo vale não só para a polícia judiciária, mas também para a administrativa, quando da correta prevenção da criminalidade. A participação do Ministério Público nas investigações criminais aproxima o órgão das provas a serem produzidas, o que evita as ações policiais indevidas. Não se trata de transformar o Promotor de Justiça em Delegado de Polícia, mas sim de tornar a investigação policial mais suficiente, principalmente no caso de crimes cometidos por organizações criminosas, uma vez que está clara a deficiência das polícias, seja estrutural ou técnica.⁷²

de que se queira um policial com a aura da santidade. O que se pretende e o que se preconiza é que o policial deve representar, na sociedade, o braço que protege, já que é agente da lei; a mão que orienta, já que é guardião da ordem pública; o homem que trabalha com equilíbrio e acerto, já que a vocação que escolheu e a missão que lhe confiaram exigem dele a conduta dos que não podem ter medo, nem mácula. A polícia é para a comunidade o primeiro instrumento que o estado oferece, para restabelecer o equilíbrio afrontado pelo infrator." CÂMARA, Olga. *Segurança Pública: a ação institucional da polícia*. Do avesso ao Direito, Seminário Latino Americano. Texto de Apoio.

⁷¹ *La policía en el Estado de Derecho latinoamericano*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9, n. 106, p. 6, set. 2001.

⁷² Um dos modos de controle externo seria a presença de agentes ministeriais nas delegacias de polícia. Neste sentido: "Em benefício da própria dignidade do organismo policial, membros do Ministério Público nas delegacias de polícia, em turnos de 24 por 72 horas, tranquilizariam as autoridades policiais, que

De tudo o que foi exposto a respeito da atuação policial, é bom que nos reportemos às palavras de Ricardo Brisolla BALESTRERI que com propriedade manifesta-se:

Na verdade, ainda que com correção parcial, é um reducionismo dizer que a polícia tem sido violenta. O problema, infelizmente, é bem maior. A sociedade é violenta. Sejam honestos: quem exige violência da polícia é a sociedade. Se o policial, meus amigos, não for um bom profissional, um especialista em segurança pública, se deixar-se usar como marionete pela sede de vingança e pela truculência social, se não estiver consciente da nobreza e da dignidade da missão para a qual foi instituído, será ele a primeira vítima da ciranda de violência e da discriminação da própria sociedade que o deseja para o "serviço sujo" mas que, depois, não aceita facilmente conviver com ele.⁷³

3.8. POLÍTICAS PÚBLICAS

"Propensão para o crime tem é o Estado que permite a carência, a miséria, a subnutrição e a doença – em suma, que cria a favela e as condições sub-humanas de vida." (Nilo Batista)⁷⁴

As políticas públicas constituem um tema oriundo da ciência política e há uma estreita relação entre política e direito.

No Brasil, no entanto, essa questão é, até certo ponto, estranha ao direito. O conceito de algo que seja público mas não seja estatal (organizações sociais paralelas ao Estado) e que seja um dos espaços geradores de políticas públicas, está um tanto longe de ser absorvido pelo direito.

são, muitas vezes, responsabilizadas por ações comprometedoras de subalternos despreparados. Destarte, a presença permanente do promotor público numa dependência policial, por sua condição de fiscal da lei, inspiraria a confiança e a certeza de que os prazos processuais seriam cumpridos e respeitados os direitos da pessoa humana. A sua função em nada conflitaria com a dos delegados de polícia, eis que teria atuação idêntica a que hoje exerce quando é designado pelo Procurador-Geral para acompanhar determinado processo. É claro que, inicialmente, não se poderia atender a todas as distritais, mas nos principais centros, de acordo com o movimento e o índice de criminalidade local, essa medida seria perfeitamente factível." BARRETO, João de Deus Menna. *Presença de Promotores Públicos nas delegacias de polícia*. in *Violência e Criminalidade: propostas de solução*. Damásio Evangelista de Jesus *et al.*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 86.

⁷³ BALESTRERI, *op.cit.*, p. 51-52.

⁷⁴ *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1990, p. 159.

Mesmo no caso das figuras estatais que tratam da participação popular nos processos políticos, como por exemplo: os conselhos de direitos previstos na Constituição Federal⁷⁵ e em leis que regulamentam direitos sociais, tais como a Lei Orgânica da Saúde⁷⁶, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁷ (ECA), a legislação ambiental⁷⁸, a legislação da assistência social (LOAS⁷⁹) entre outros, ainda necessitam de uma adequada operacionalização.

O entendimento sobre as instituições jurídico-políticas tradicionais e a participação popular nas mesmas tornará possível a geração e execução das políticas públicas.

A necessidade do estudo das políticas públicas cresce à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular dos direitos sociais.

Os direitos sociais, ditos de segunda geração, típicos do século XX, que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição de Weimar, de 1919 (entre nós, com a Constituição de 1934), são direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração, que são os de liberdade individual, assegurada pelo Estado. Tais direitos, que mais precisamente englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, foram formulados para garantir o exercício em sua plenitude dos direitos de primeira geração.

A percepção dessa evolução nos faz perceber que a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, a qual vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando formas que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana.

⁷⁵ Art. 204, inciso II - Constituição Federal de 1988.

⁷⁶ Lei Federal n. 8080, de 19 de setembro de 1990; Lei Federal n. 8142 de 28 de dezembro de 1990.

⁷⁷ Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁷⁸ Lei Federal n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

⁷⁹ Lei federal n. 8742 de 07 de dezembro de 1993.

Assim, as políticas públicas⁸⁰ constituem um dos pilares dessa visão jurídica centrada nas garantias. Uma ordem jurídica bem estabelecida pode ser instrumento significativo de melhoria social.

É preciso dotar o direito de instrumentos adequados para a concretização dos direitos e a promoção social.

As políticas públicas atuam num plano mais operacional no direito. Esse caráter é bem evidente no trabalho de membros do Ministério Público, na exigência e acompanhamento da realização de políticas públicas. Entretanto, este trabalho operacional não é só responsabilidade do Ministério Público. Todos os interessados na concretização dos direitos humanos e garantias sociais, devem estar imbuídos neste processo.

Deve-se exigir da Administração Pública a efetivação das políticas públicas e sociais, enfrentando a alegação da falta de recursos, tendo em vista que, hodiernamente, a abrangência dos direitos fundamentais, que são sucessivamente ratificados nos pactos internacionais vêm sendo ampliados, a ponto de abranger o direito do desenvolvimento, no que se refere à segurança pública, não se separando, portanto, as políticas públicas das políticas sociais. A diminuição do passo em direção às políticas de proteção social, em virtude de existirem restrições de caráter macroeconômico para se gastar mais, não pode ser aceita como natural. É muito difícil gastar mais; portanto, o caminho passa pela reestruturação do gasto.

⁸⁰ "O problema transcende os mecanismos de políticas públicas que buscam resultados mensuráveis, na medida em que envolve aspectos culturais de longa duração, como o envolvimento predominante de homens na criminalidade, ainda que a presença de mulheres também esteja crescendo, o que nos remete para a crise civilizatória, crise de escala de valores éticos, etc. Em síntese, as políticas públicas, por via de uma noção meramente processualística e formal da democracia, têm marginalizado o debate cultural sobre os rumos da civilização, tendo como consequência a percepção pública somente de efeitos da crise – complexos e insolúveis no curto prazo. A abertura do debate sobre a crise civilizatória ocorre agora à revelia da visão estreita dos especialistas e técnicos, sob o impacto das guerras, do terrorismo, do narcotráfico, da violência urbana. Sem uma política civilizatória, transetorial, comunitária, regional, nacional e transnacional – não existe qualquer 'saída da crise'. Cabe-nos assumir que estamos todos mergulhados numa instabilidade de valores (gerando comportamento agressivo), bem como na crise de capacidade para o planejamento de médio e longo prazos. Não sendo a violência mais um 'problema dos outros', talvez comecemos a encontrar algumas soluções bem próximas de nós, na sabedoria de bem viver. Há, além disso, diversos espaços de atuação social à espera de nossa iniciativa." BOEIRA, Sérgio Luís, Ph.D. em Ciências Humanas (UFSC), professor da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Data: 23.01.2002. Email:slboeira@matrix.com.br.

As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios destinados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização. Por isso, há uma estreita relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos, já que uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação das demandas por direitos.

No que tange à crescente criminalidade, urge desenvolver e implementar políticas públicas contra a violência. A impunidade é a principal causa da violência e do aumento da criminalidade. A certeza de que o crime vai ficar impune encoraja delinquentes a continuar na escalada da transgressão da lei. Na ausência do Estado, o crime propicia prestígio e poder econômico. O sistema penal repressivo não é capaz de inibir a ação, cada vez mais organizada e audaciosa, de organizações criminosas. Políticas públicas eficientes serão capazes de dirimir essa realidade.

A sociedade se encontra atônita e amedrontada com onda avassaladora da violência. Os cidadãos têm seus direitos violados, tanto pela ação das organizações criminosas, quanto pela inoperância do Estado, que tem como um de seus deveres precípuos, garantir o direito de segurança individual.

É verdade que a criminalidade desafia as instituições policiais e o Poder Judiciário. O crime se globalizou, se democratizou, principalmente nos países mais empobrecidos. No Brasil, ao longo dos anos 80, esgotou-se o regime de crescimento baseado na industrialização substitutiva conduzida pelo Estado e o que se percebeu foram anos caracterizados pela instabilidade econômica, descontrole hiperinflacionário e desorganização estatal, e com o crescente fortalecimento da democracia, vieram à tona, de forma dramática, os graves problemas sociais brasileiros, marcados pela exclusão social, pela disseminação da pobreza, pelo agravamento das desigualdades de riqueza e de renda, e pelos vergonhosos atrasos educacionais.

Dessa forma, ao longo dos anos 90, as ações político-administrativas estiveram marcadas pela complexidade e contraditoriedade no que se refere ao enfrentamento das causas de geração de pobreza, dos atrasos na educação e saúde, na desigualdade, exclusão social, não conseguindo oferecer serviços públicos básicos de qualidade e que funcionem como mecanismos de promoção da solidariedade e da tolerância.

Os desafios para o estado brasileiro são, portanto, urgentes e imensos. E não menos para as políticas públicas, particularmente na área social, que acaba por imiscuir-se nas questões de criminalidade.

Mostra-se necessária uma análise multidimensional da criminalidade, capaz de mostrar com mais precisão que tipo de política é mais adequada para cada um dos fatores de surgimento da violência.

Os maiores desafios que o Brasil enfrenta são as imensas dificuldades jurídicas, políticas e operacionais de reestruturação do sistema de prevenção da criminalidade.

Os recursos mal direcionados acabam por fomentar as causas da crescente criminalidade.⁸¹

O Estado tornou-se fortemente disfuncional para as necessidades do mundo contemporâneo.

É um desafio de enorme complexidade a transformação dessas estruturas estatais, particularmente no que se refere a dois aspectos também fundamentais para o futuro da política social brasileira.

⁸¹ "Nas décadas de 1970 e 80, a Itália enfrentou o desafio de combater a criminalidade organizada, intensificando a repressão penal sem abrir mão das liberdades públicas e garantias individuais. A exemplo do ocorrido naquele país, o Brasil hoje precisa resolver o dilema da política criminal do Estado, que tem oscilado entre a histeria e o abrandamento excessivo das leis penais, processuais e de execução criminal. É necessário, para que o combate traga resultados, que os órgãos encarregados da persecução penal - a polícia, o Ministério Público e o Judiciário - atuem de forma coordenada, evitando que o corporativismo se sobreponha à eficácia. É indispensável a integração à essa luta dos órgãos Estado encarregados da fiscalização de tributos e do sistema bancário, porque é sabido que somente com a paralização dos fluxos financeiros que alimentam as organizações criminosas é que se obterá sucesso em seu desmantelamento. Da mesma maneira, é fundamental que se proceda à revalorização da carreira dos policiais e dos agentes penitenciários, de maneira a superar a baixa auto-estima, a desmotivação e o desânimo de significativa parcela dessas carreiras. Mesmo porque é hipocrisia considerar que os profissionais encarregados dessas importantes funções possam desempenhá-las a contento sendo mal remunerados e sem o devido reconhecimento. No equilíbrio fiscal em que se empenha o Estado brasileiro, não é possível que a geração de superávits primários seja mais importante

A crescente criminalidade induz a uma visão apocalíptica do Brasil contemporâneo. Veja-se que o problema não é novo. Em 1985, antes da entrada em vigor da atual Constituição Federal, Manoel Pedro PIMENTEL, com propriedade, já argumentava:

Somente atuando como agente transformador da realidade é que a comunidade poderá ver mudar-se este estado de coisas que a todos vitima e sacrifica.

Todos temos o direito de viver em paz, dentro da ordem e com tranqüilidade, para cumprir os deveres individuais e sociais que nos competem. Ao Estado compete criar as condições para que exista permanentemente a **segurança pública**, mas à sociedade como um todo, e a cada um de nós em particular, cabe contribuir, generosamente, para tornar isso possível.⁸²

A conclusão de BALESTRERI é inescapável:

Nós temos uma maldita tradição paternalista que se traduz numa eterna espera pelo Estado. Estamos há quase quinhentos anos esperando, e o Estado não fez. E corremos o risco de esperar mais quinhentos anos, e o Estado não fará, enquanto não mudarmos essa cultura. Enquanto os cidadãos não começarem, o Estado, como instituição, não fará também o que lhe cabe, porque a ação concreta da cidadania é que empurra, que qualifica o Estado para que ele comece a atuar. Podemos ter a mais absoluta certeza de que, em um país com uma cidadania mobilizada, o Estado corre atrás para não perder espaço. Da mesma forma, em um país onde a cidadania espera, o Estado se acomoda e se abanca nas promessas. Em certo sentido, parcial, tem razão quem disse que nós temos o Estado que merecemos. Não apenas porque, nas democracias, nós é que constituímos suas feições com o nosso voto mas, principalmente, porque nos acomodamos a **só** votar. E **só votamos** muitas vezes mal.⁸³

A partir destes breves comentários, contata-se que os meandros do tema da segurança pública são complexos. A verdade é que somente será possível superar as expectativas criadas no que se refere ao arrefecimento da crescente criminalidade com uma aproximação do Estado (União, Estados e Municípios) e da coletividade com união de propósitos, a fim de que as ações

que a segurança e a vida dos cidadãos.” MARREY, Luis Antônio Guimarães. *O Estado e o crime organizado*. Folha de São Paulo, Opinião, 23 de março de 2003.

⁸² *Op. cit.*, p. 294.

⁸³ *Op. cit.*, p. 45.

efetivamente tomadas por aquele não sejam fragmentadas e tênues a ponto de caírem no abismo que separa os interesses individuais dos coletivos.

Capítulo IV

ASPECTOS DA POLÍTICA CRIMINAL

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“[...] o caminho correto só pode ser deixar
as decisões valorativas político-criminais
introduzirem-se no sistema do direito penal [...]”.
(Claus Roxin)¹

Diariamente, e com cada vez maior ênfase, o discurso proferido pelos detentores do poder político, as divulgações alarmistas das próprias instituições públicas (polícias civis e militares, Ministério Público e Poder Judiciário, estes em menor escala) de repressão, o sensacionalismo exacerbado e a dramatização dos meios de comunicação em relação à criminalidade², condicionando a opinião pública sob um clima de pânico e de alarme social forjando uma sociedade do medo, numa “venda” enganosa do sistema penal, levam a premente necessidade de seu “combate”, através de um maior “repressivismo saneador”³, castigos e severidade das leis penais (criminalização/penalização), tidas como benevolentes, leves, fracas e que por

¹ *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 20.

² “E quando o tema em questão é o direito penal, os *mass media* não deixam de incidir sobre a coletividade, asseverando sobeja e histericamente, com o sensacionalismo que lhes é peculiar, através de uma série de estratégias comunicacionais. Primeiramente, que os níveis de criminalidade e violência urbana chegaram a um patamar assombroso, estando a sociedade praticamente à mercê dos *bandidos*, sobretudo em decorrência da brandura e complacência das normas penais para com os desviantes; e, em um segundo momento, que não resta outra alternativa aos *cidadãos de bem* senão clamar pelo desenvolvimento e implementação de ações legislativas ampliadoras da intervenção penal sobre as mais diversas condutas e segmentos do agir humano[...]”. CORRÊA, Diego Ayres. *Os meios de comunicação de massa e sua influência no desenvolvimento da histeria punitiva e na ampliação da repressão penal*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre; ano 1, n. 03, p. 97, 2001.

³ A expressão é de Wanda de Lemos-Capeller, *Violência e políticas criminais de ajustamento social*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 47, out./nov./dez. 1990.

isso estariam sendo responsáveis pelo recrudescimento da delinquência, num mote da “lei e da ordem” (movimento norte-americano – *law and order* - surgido na década de 70), movimento este que pretende sejam adotadas reações não só legais, como judiciais e policiais mais firmes, direcionadas à delinquência de massas, à criminalidade de rua. Não que o “grito” por segurança não seja legítimo, mas a questão é colocar-se o Direito Penal como único modelo que pode fazer frente à insegurança. Visão conveniente, simplista, estreita, reduzida e bitolada; omitindo-se em discutir a complexidade deste problema⁴ frente à perversa realidade social brasileira.

Pode-se, aqui, citar a já tão conhecida lenda hindu dos cegos e do elefante, quando aqueles foram chamados a tentar definir este animal colocado à sua frente. O que se colocou diante da pata pensou tratar-se de um tronco de palmeira, o que apalpou a orelha imaginou ser uma grande ventarola, o que ficou diante da tromba teve a impressão de se tratar de uma gigantesca serpente.

É necessário ter-se olhos para enxergar as florestas e não somente as árvores, máxime diante do quadro de violência de que somos vitimizados, não circunscrito à criminalidade, mas espraiando-se como resultado dos modelos políticos e sociais idealizados e implantados para controle inflacionário e desenvolvimento econômico, ajustando-se ao modelo internacional, adotados num processo cruel de concentração de riquezas, impedindo a satisfação das necessidades básicas das pessoas⁵.

⁴ “O crime repercute negativamente no meio social, afligindo e desestabilizando os seus integrantes, que buscam no Estado – legítimo garantidor da paz – a solução para findar com a insegurança existente. O Estado, objetivando a manutenção da estabilidade e do *status quo* da classe dominante, ausenta-se do discurso das causas criminais – o que necessariamente faria trazer à baila o seu atuar omissivo, projetando criminosos, marginais e facinoras biológicos -, transferindo a revolta ‘sociedade-estado’ para ‘sociedade-indivíduo’, isentando-se de qualquer participação na socialização do denominado criminoso.” MARINS, Leonardo Talarico. *Inexistem criminosos*. Disponível em <http://www.direitopenal.adv.br/artigos33.htm>, acessado em 19/06/99.

⁵ Maria Lúcia Karam cita Lola Aniyar de Castro que classifica as necessidades básicas em sete grupos: 1. as necessidades relacionadas com o metabolismo e o sustento biológico do homem (satisfação da fome, alimentação saudável, direitos ao acesso e utilização dos recursos naturais existentes); 2. as necessidades ligadas à reprodução e a seu correspondente cultural – o parentesco (direitos de identificação familiar e nacional, de livre atividade sexual, de proteção à família, de pleno exercício da cidadania e dignidade social); 3. as necessidades relacionadas com o bem estar corporal e o abrigo (direitos a uma habitação confortável e inviolável e a um meio ambiente saudável); 4. as necessidades de crescimento e exercitação (direitos à proteção da infância, ao acesso a elementos de desenvolvimento espiritual e corporal – educação, cultura e informação -, direitos à proteção da velhice); 5. as necessidades relacionadas à saúde e à

Identifica-se, portanto, a violência à criminalidade, e não é só, dirigindo-se principalmente àquela dita “de massa”⁶ ou convencional, em especial à delinquência de apossamento (contra o patrimônio), olvidando-se dos “principais fenômenos configuradores de atentados à sobrevivência biológica, espiritual e cultural da espécie humana”⁷, decorrentes das violências estruturais (relacionada com a ordem social) e institucionais (relacionada com a ordem legal)⁸.

Passa-se a tratar somente o criminoso convencional como “inimigo público” e para ele se dirige a ânsia com características de vingança e retaliação de toda sociedade despossuída de cidadania, culminando em que o principal punido acaba sendo aqueles já vítimas dos processos de exclusão social.

Alice BIANCHINI cita José Antônio Pimenta Bueno o qual, ainda “sob a égide da primeira Constituição brasileira”, “expressava a preocupação com a desigualdade social”, dizendo: “é uma desgraça e um perigo ver ao lado de uma opulência espantosa, de gozo e luxo requintados, uma multidão de seres humanos mortos de fome, sepultados mais que os brutos na miséria! Será isso compatível por muito tempo com a manutenção tranqüila do Estado? As grossas somas que ele gastará para entreter forças repressoras não serão mais bem aplicadas em melhorar esses tristes condições?”.⁹ Passou-se mais de um século e meio e tudo continua como d’antes, tornando a inquietação daquele ainda atual.

higiene (direitos de tratamento com os recursos técnicos e científicos conhecidos, de assistência durante a invalidez, de acesso à medicação devida, de proteção aos deficientes físicos e mentais); 6. as necessidades de movimento, de realização de atividades (implicando tanto no movimento corporal como no espiritual, trazem o direito à liberdade física e mental, o direito de locomoção e de opinião, bem como o direito ao trabalho e a seus opostos, o repouso e o lazer); 7. as necessidades de segurança e, portanto, de proteção (direito à conservação da vida e da integridade pessoal, o direito à preservação contra qualquer forma de dano corporal produzido, seja pela natureza, seja por indivíduos, coisas, ou atividades empresariais ou públicas). *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Niterói/RJ : Luam Editora, 1993, p. 143-145.

⁶ “Criminalidade de massas em nosso meio compreende, há muito tempo, arrombamentos de apartamentos, roubo e outros tipos de violência contra os mais fracos nas ruas, furto de automóveis e bicicletas, nas grandes cidades e abuso de drogas.” HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no estado de direito*. Revista de Direito Alternativo, Editora Acadêmica, São Paulo, n. 3, p. 24, 1994.

⁷ Idem, p. 166.

⁸ “A primeira é decorrente da radicalidade das desigualdades de classe, e, portanto, expressão da luta de classe da sociedade brasileira. Mas, é resultante, sobretudo, da ausência e ineficiência do Estado na promoção de benefícios sociais e na gestão dos conflitos. A segunda, por sua vez, e que entendemos ser uma *violência institucional*, é produzida pela ordem social definida pelo direito, ou seja, pela presença do Estado através das instituições de controle jurídico-penal – a polícia, a justiça e a prisão –, que garantem a vigência social dessa ordem.” LEMOS-CAPELLER, *op. cit.*, p. 49.

⁹ *Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva*. Revista dos Tribunais, Fascículos Penais, ano 89, v. 772, p. 457, fev. 2000.

Em época mais recente, mas já em 1986, Francisco de Assis TOLEDO, em nota à 3ª edição de sua obra, vaticinava com relação ao emprego de “armas exclusivamente jurídico-penais” em matéria de criminalidade:

Não se deve esquecer, já o dissemos, que pretender-se combater a criminalidade contemporânea com a edição de leis novas mais severas equivale a desconsiderar ou a desconhecer o estágio atual das investigações criminológicas segundo as quais o fenômeno do crime é efeito de muitas causas, pelo que não se deixa vencer por armas exclusivamente jurídico-penais.¹⁰

E conclui o autor:

O problema – assim pensamos – não reside na questão de ser ou não benevolente com o crime (ninguém razoavelmente poderia sê-lo), mas de saber como contê-lo dentro de limites socialmente toleráveis, de modo sério e verdadeiramente eficiente. Sem retóricas que a nada têm conduzido. Sem leis que ficam no papel e não são executadas. [...] Por último, sem penas eternas, postas em confronto com a duração média da vida humana, que tornem irrealizáveis a disciplina nos presídios e o trabalho do Estado em prol da emenda do delinqüente.¹¹

Este quadro demonstra o grau de desintegração comunitária, pois, quanto mais se impõe ao sistema penal a resolução de conflitos, mais se evidencia a falta de capacidade para solucioná-los; ao mesmo tempo em que se demonstra a integração comunitária na eleição deste único caminho para o tratamento do problema.

Ficariam as indagações: podemos construir uma sociedade democrática baseada na concepção do controle social como políticas criminais puramente repressivas? Até onde vai o expansionismo razoável e começa o expansionismo irrazoável do Direito Penal?

¹⁰ *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Editora Saraiva, p. IX, 1994.

¹¹ *Idem*, p. X.

4.2. O FENÔMENO DO CRIME NA ATUALIDADE E O EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL

*“O tempo operando revisões. Tiradentes que o diga: outrora criminoso, hoje herói reverenciado...Afrânio Peixoto, baiano ilustre, lembrou que a igreja colaborara com o poder temporal para levar Joana D'arc à fogueira, por heresia, tida por feiticeira e inimiga dos ingleses. Passados cinco séculos da execução, os ingleses unidos aos franceses erigiram estátuas à heroína e a mesma Igreja, pôs então no altar, a já **Santa** Joana D'arc. ‘Os mesmos fatos, a mesma pessoa, crimes ontem, ontem criminosa, hoje benemerência e santidade’ acentuou Afrânio, para concluir: ‘Até o cabelo cortado à la garçonê, de Joana, lhe foi agravante; hoje todo o sexo, com tais cabelos, fazem-na precursora da moda...’” (Edilson Mougenot Bonfim)¹²*

O fenômeno tido como criminal apresenta-se extremamente diversificado, a depender de vários fatores. As causas da criminalidade são múltiplas. Afinal, o que é crime e o que é criminoso? O abolicionista Louk HULSMAN traz as seguintes colocações para esta indagação:

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc., hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é “delituoso” em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é.

Não há nada na **natureza** do fato, na sua natureza **intrínseca**, que permita reconhecer se se trata ou não de um crime – ou de um delito. O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá **qualquer** denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência **formal** do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como “crimes” resulta de uma decisão humana modificável; **o conceito de crime não é operacional**. Um

¹² *Direito Penal da sociedade*. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1997, p. 99.

belo dia, o poder político pára de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. Até 1975, na França, o marido podia fazer encarcerar sua mulher por adultério. Depois desse ano, uma lei que reformou o divórcio **descriminalizou** tal conduta e, daí em diante, a mulher adúltera não pôde mais ser processada perante um juiz criminal.¹³

De um dia para o outro, o que era delito deixa de sê-lo e aquele que era considerado delinqüente se torna um homem honesto, ou pelo menos, não tem mais que prestar contas à justiça penal. É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o “crime”.¹⁴

A qualificação (tipificação, norma incriminadora, norma primária) de condutas como criminosas e de seus autores como criminosos, inicialmente, podem advir de critérios religiosos, de critérios raciais, de critérios políticos, entre outros. Esta qualificação também pode sofrer influência do momento histórico no qual determinada sociedade se encontra, quando algumas condutas deixam de constituir infração, surgindo outras¹⁵. Também a avaliação da gravidade da conduta, o que importa num sancionamento mais gravoso ou mais benigno (apenamento, norma sancionadora, norma secundária). O crime passa a ser definido juridicamente. Variam, portanto, as considerações do que sejam “estados de perigos”, de “população de risco”, variando também as reações a eles como crimes ou não¹⁶.

O movimento expansionista do Direito Penal, ao qual Winfried HASSEMER denomina de “modernização do Direito Penal ou Direito Penal Moderno”¹⁷ em contraposição do Direito Penal Clássico ou Liberal¹⁸, também é

¹³ No Brasil o adultério ainda é crime previsto no artigo 240 do Código Penal.

¹⁴ *Penas perdidas – o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói/RJ : Luam Editora, 1997, p. 63-64.

¹⁵ V. g. no Brasil: Código Filipino, Código Criminal do Império do Brasil, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (CP/1890), Consolidação das Leis Penais – 1932 (aprovada e adotada pelo Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932), Código Penal de 1940 (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941). Vide: PIERANGELI, José Henrique, *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

¹⁶ “... reação social informal e difusa (na esfera das reações primárias, relações de vizinhança, por exemplo), que se traduz por um sentimento também difuso de temor, de reprovação ou de hostilidade; - reação social informal, mas ativa, porque comporta um ato, rejeição do marginal, envio a uma instância, denúncia; - reação social instituída, mas num contexto local e que se exprime através dos organismos privados ou oficiosos (Serviço de habitação, por exemplo); - reação que envolve as instituições e aparelhos do Estado, seja através de integração (ideologia e persuasão), seja através de repressão (sanção e exclusão).” DELMAS – MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Edmundo de Oliveira. Rio de Janeiro : Revan, 1992, p. 27-28.

¹⁷ *Características e crises do moderno direito penal*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 2, n. 08, p. 54-66, 2003.

decorrente do surgimento de novos bens jurídicos¹⁹, bem como da mudança de valoração daqueles já existentes, vinculando o legislador penal na tomada de decisões quanto a tipificação, cujas causas podem ser, segundo Jesús-María Silva SÁNCHEZ:

Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começaram a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico. Entre outros fatores.²⁰

¹⁸ Do contexto histórico de surgimento do Direito Penal Clássico, Winfried Hassemer aponta três consequências iniciais: “1) Somente pode valer como ato punível a lesão às liberdades asseguradas pelo contrato social. O bem jurídico conserva um lugar sistemático como critério negativo de criminalização legítima: sem uma lesão palpável a um bem jurídico, não há ato punível. 2) Os limites da renúncia à liberdade contratual devem ser compostos de modo absoluto. As revisões posteriores destes limites à intervenção social ou executiva nos pactos devem ser renunciadas sob todas as circunstâncias. Inclusive os limites da renúncia recíproca à liberdade não podem depender da força da interpretação de um terceiro, nem do Judiciário e nem do Executivo. Com isso alimenta-se a tradição do positivismo legalista, declaram-se contemporaneamente, proibições às interpretações e aos comentários; e a exigência de determinação do Direito Penal adquire seu sentido pleno. 3) O Estado é uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos e deve fundamentar-se e limitar o seu poder pelos direitos dos cidadãos. O contrato social não comporta nenhum poder originário e usurpador. Por isso, o poder do Estado, particularmente no Direito Penal – onde se mostra de modo particularmente nítido – deve se vincular e se conceber, em princípio, pelos direitos do indivíduo: eles o postergam. A partir daí declaram-se, por exemplo, princípios jurídico-penais como o *in dubio pro reo*, o direito ao recurso, à defesa, ao silêncio, princípios como o da subsidiariedade ou da proporcionalidade.” *Op. cit.*, p. 57.

¹⁹ Existe grande controvérsia quanto ao conceito de bem jurídico, tanto na doutrina estrangeira como na nacional, apresentando-se vago e impreciso. Neste sentido: PRADO: Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 35-40. “Dadas as variedades com que se apresenta, é praticamente impossível conceituar bem jurídico, embora alguns juristas o façam.” TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000., p. 176. “La densidad y complejidad del tráfico viario y aéreo y de los centros de información y comunicación de las terminales electrónicas de datos; la creciente intervención del Estado en la economía a través de una política de subvenciones, o el aumento de la polución del medio ambiente, enfrentan al Derecho penal con la cuestión de si se puede limitar todavía su misión a la protección del ‘derecho de otro’, o hay que pasar a proteger instituciones, unidades o funciones sociales, lo que evidentemente significa una mayor vaguedad del concepto de bien jurídico.” HASSEMER, Winfried. CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1989, p. 103-108.

²⁰ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

No entanto, a proteção dos bens jurídicos²¹, que no Direito Penal Clássico apresentava-se como critério negativo de criminalização legítima (necessidade para a punição de lesão concreta), assume um critério positivo, levando o legislador a “colocar determinados modos de conduta sob uma pena”²².

Outro fator a ser considerado diz respeito à chamada “sociedade de risco”²³ ou “sociedade de riscos”, que ganhou publicidade através da obra de Ulrich BECK²⁴, anunciando o fim da sociedade industrial (onde os riscos advinham ou de acontecimentos naturais, ou de ações humanas próximas e definidas) na qual, em matéria penal, eram suficientes os instrumentos do direito penal liberal e antropocêntrico para tutela dos bens jurídicos clássicos, e o surgimento de uma sociedade altamente econômica e com céleres avanços tecnológicos²⁵, dificultando a diferenciação dos riscos penalmente relevantes daqueles riscos permitidos (onde os riscos decorrentes de ações humanas, geram danos não delimitáveis, globalizados, massificados, em alguns casos irreparáveis, atingindo várias pessoas, quebrando as barreiras do tempo – atingem várias gerações - e do espaço – transfronteiriços -), para a qual “não está o direito penal que cultivamos, de decidida vertente liberal, suficientemente preparado”²⁶.

Para Jorge de Figueiredo DIAS, não está preparado “quanto ao seu modo próprio de produção legislativa” nem “se teimar em ancorar a sua

²¹ Sobre bem jurídico e bem jurídico penal como limites do *ius puniendi* vide: MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. 1. ed. Barcelona : Editorial Ariel, 1994, p. 159-176.

²² HASSEMER, *op. cit.*, p. 57-58.

²³ “Chamamos risco a probabilidade de que se verifique um dano futuro que uma outra decisão teria podido evitar.” GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 14.

²⁴ *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986. Citada por Sánchez, *op. cit.*, p. 28.

²⁵ “Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas. Dentre elas, a que interessa aqui ressaltar é a configuração do *risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*. Isso, pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos, etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc. Mas também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.” SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 29.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 159.

legitimação substancial no modelo do 'contrato social' rousseauiano, fundamento último de princípios políticos-criminais até agora tão essenciais²⁷. O primeiro, em virtude de que as transformações sociais hoje ocorrem em ritmo acelerado, decorrentes da comunicação global e dos rápidos avanços científicos e tecnológicos, fazendo surgir uma criminalidade organizada em nível também global, para o qual a produção legislativa, demorada por si só, não caminha nos mesmos passos. E o segundo em não admitir que ao direito penal cabe um papel de proteção das gerações futuras, numa "função promocional e propulsora de valores orientados da acção humana na vida comunitária"²⁸.

Têm-se, portanto, como certo, que esta nova estrutura de sociedade é geradora de novos riscos antes não existentes ou não perceptíveis como importantes para a atualidade, senão para as gerações futuras. Mas devemos considerar, também, que esta onda expansionista do Direito Penal, advém da existência de uma sensação social de insegurança cuja "*vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos*"²⁹, num superdimensionamento irreal, configurando uma "sociedade da 'insegurança sentida' ou 'sociedade do medo'"³⁰.

As pessoas, hoje, dada a diversidade e complexidade social, vivem num estado permanente de dúvidas, incertezas, ansiedades e insegurança, pela "falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar"³¹, "incertezas devido à velocidade e à aceleração dos processos complexos e aleatórios de nossa era planetária, que nem a mente humana, nem um supercomputador, nem um demônio de Laplace poderiam abarcar"³². "A complexidade de nossas relações sociais é, antes de qualquer coisa, vivenciada como algo ameaçador, os riscos de lesões são ao mesmo tempo abrangentes, devastadores e difusos. Conseguimos preparar-nos apenas precariamente para as lesões esperadas, e não conseguimos remediar os

²⁷ Idem, p. 159-160.

²⁸ Ibidem.

²⁹ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 37.

³⁰ Idem, p. 33.

³¹ Ibidem, p. 33.

³² Ibidem, p. 33.

danos inesperados”³³, acarretando um aumento das dificuldades em encontrar orientações estáveis, levando a incertezas. Este estado de coisas é decorrente, segundo Jésus-María Silva SÁNCHEZ, de três aspectos concretos, citados exemplificativamente:

Por um lado, é inegável que a população experimenta uma crescente dificuldade de adaptação a sociedades em continua *aceleração*. Desse modo, depois da revolução dos transportes, a atual *revolução das comunicações* dá lugar a uma perplexidade derivada da falta – sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se, senão em termos de insegurança. Por outro lado, as pessoas se acham ante a dificuldade de obter uma autêntica *informação* fidedigna em uma sociedade – a da economia do conhecimento – caracterizada pela avalanche de *informações*. Estas, que de modo não infrequente se mostram contraditórias, fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporcione alguma certeza. Em terceiro lugar, deve ser ressaltado que a *aceleração* não é somente uma questão da técnica, mas, precisamente, também da vida. A lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa. De modo que, nessa linha, as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas.³⁴

Vive-se numa sociedade que, embora seja decorrente de um aumento da interdependência social³⁵, caracteriza-se estruturalmente, também, pela ausência de solidariedade social³⁶, embora se tenha consciência de sua necessidade, substanciada na incompreensão que tem como fatores a indiferença, “o egocentrismo, o etnocentrismo e o sociocentrismo”³⁷. As pessoas são

³² MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez Editora; Brasília, DF: UNESCO, 2001, p. 80.

³³ HASSEMER, *op. cit.*, p. 30.

³⁴ *Op. cit.*, p. 33-34.

³⁵ “A situação é paradoxal sobre a Terra. As interdependências multiplicaram-se. A consciência de ser solidários com a vida e a morte, de agora em diante, une os humanos uns aos outros. A comunicação triunfa, o planeta é atravessado por redes, fax, telefones celulares, *modems*, Internet. Entretanto, a incompreensão permanece geral. Sem dúvida, há importantes e múltiplos progressos da compreensão, mas o avanço da incompreensão parece ainda maior.” MORIN, *op. cit.*, p. 93.

³⁶ “Os filósofos sociais falam hoje de ‘narcisismo’, referindo-se ao fato de que as normas de nossa vida diária tornaram-se quebradiças e sem força de persuasão. Instituições de controle social, como o mundo profissional, a vizinhança, a escola, perderam sua força para fixarem obviedades normativas da vida em coletividade. Normas de conduta pré-concebidas, que não precisem ser cada vez questionadas e que se compõem de um emaranhado de regras não discutidas, tornaram-se anacrônicas. No seu conjunto, a tendência atual caminha para o isolamento e a ‘des-solidarização’, para um fortalecimento social dos já fortes e um enfraquecimento dos fracos.” HASSEMER, *op. cit.*, p. 30.

³⁷ MORIN, *op. cit.*, p. 96-98. “Con el desapoderamiento o subalternización de la política, la globalización ha generado dos movimientos simétricos y opuestos: la *regionalización* y la *fragmentación*.”

compelidas à satisfação de seus interesses individuais, sem preocupação com os interesses dos outros, considerados pessoalmente ou coletivamente. Da solidariedade ao individualismo, sem relações de reciprocidade desinteressada.³⁸ Tal constatação nos leva à necessidade de resgate de uma antropo-ética³⁹, “considerada como a ética da cadeia de três termos - *indivíduo/sociedade/espécie* - de onde emerge nossa consciência e nosso espírito propriamente humano”⁴⁰. Esta ausência, acarretando a perda de referências valorativas objetivas, como só poderia ocorrer, incrementa a intranquilizadora sensação de insegurança.

Vive-se numa sociedade onde o processo de globalização crescente e irreversível acarreta um processo de exclusão, entremeando estados de desesperança, de frustração de projetos, impedindo possibilidades, potencializando os conflitos sociais e os erros de conduta. “El tejido social se debilita, se destruyen las relaciones de cooperación y aumentan las de conflicto; más aún: disminuyen las mismas relaciones sociales (indiferencia y desconocimiento) y se abre el espacio de desconfianza, prevención, temor, miedo

Ante el espectáculo político, los *outsiders* xenófobos instigan a la fragmentación y atribuyen todos los males a la regionalización y a los recién llegados. No es posible hacer a un lado el horror yugoslavo cuando estallan estados y grupos sectarios declaran independencias o cuando en México o en Brasil, aunque con polos invertidos, algunos oponen estados del norte y del sur. Vivemos una realidad cruenta de racismo, guerras étnicas y xenofobia. Buchanan, Le Pen o Haider son reales y están tan presentes como Yugoslavia, África y las experiencias nucleares en la India y Pakistán. Ninguna de estas perspectivas es buena para un ejercicio poco irracional del poder punitivo.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. CERVINI, Raúl. *Direito criminal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000, p. 31.

³⁸ “E a cultura de individualismo intensivo, que no mercado e no laboratório conduz à inovação e ao crescimento, invadiu o domínio das normas sociais, onde corroeu virtualmente todas as formas de autoridade e enfraqueceu os laços que mantinham unidas famílias, vizinhanças e nações. É claro que a história completa é muito mais complexa que isso e difere de um país para outro. De uma maneira geral, porém, a mudança tecnológica que provoca o que o economista Joseph Schumpeter chamou de ‘destruição criativa’ no mercado causou uma ruptura semelhante no mundo das relações sociais. Seria surpreendente que isso não fosse verdade.” FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura*. A natureza humana e a reconstituição da ordem social. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro : Rocco, p. 17-18, 2000.

³⁹ “A antropo-ética supõe a decisão consciente e esclarecida de: assumir a condição humana *indivíduo/sociedade/espécie* na complexidade do nosso ser; alcançar a humanidade em nós mesmos em nossa consciência pessoal; assumir o destino humano em suas antinomias e plenitude. A antropo-ética instrui-nos a assumir a missão antropológica do milênio: trabalhar para a humanização da humanidade; efetuar a dupla pilotagem do planeta: obedecer à vida, guiar a vida; alcançar a unidade planetária na diversidade; respeitar no outro, ao mesmo tempo, a diferença e a identidade quanto a si mesmo; desenvolver a ética da solidariedade; desenvolver a ética da compreensão; ensinar a ética do gênero humano.” MORIN, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁰ Idem.

y paranoia. [...] La violencia estructural no puede menos que generar respuestas violentas.”⁴¹

A onda de consumismo maciçamente interiorizada nas pessoas (consuma para alcançar a felicidade, "tenha" para "ser" o melhor, "tenha" para "ser" o mais forte, "tenha" para "ser" o mais bonito, "tenha" para "ser" o mais desejado, "tenha" para ser o mais próspero, "tenha" para "ser" o mais poderoso, "tenha" ...) por técnicas de publicidade que produzem desejos irrefreados (passa-se a desejar o que não se tem e muitas vezes o que não se precisa ter), aliado à impossibilidade econômica cada vez mais crescente de acesso aos bens de consumo, levam a frustrações, incentivo à prática de crimes para satisfazê-las, máxime entre os jovens, mais suscetíveis ao modismo.

Toda esta situação, como medida de insegurança sentida, converge para exigências de respostas por parte do sistema penal, objetivando trazer novamente o estado de segurança que acaba por apresentar-se somente em seu caráter simbólico, sem efetividade, desarrazoadamente.

Cotidianamente é-se atingido por notícias veiculadas pelos meios de comunicação, num jornalismo dito policial e de investigação, alardeando um dia a dia repleto de atos violentos injustificáveis – se é que a violência pode ser justificada – como se vivesse um estado de permanente “guerra civil”, tendo de um lado a sociedade ordeira e pacífica, e de outro o banditismo incontrolado. A sensação de insegurança, desta maneira, passa a ser maquiada tal qual os comentaristas policiais – prestidigitadores profissionais – antes de entrar em cena nos meios de comunicação de massa através da imagem, sofrendo uma ampliação distorcida e divorciada, influenciando a vivência subjetiva dos riscos, através de um “circuito mídia/emoção/reação punitiva”⁴². Não que a insegurança não exista, não que os crimes violentos não existam; mas não naquelas proporções belicosas postas à opinião pública, que passa a ser “opinião

⁴¹ ZAFFARONI, PIERANGELI, CERVINI, *op. cit.*, p 26-27.

⁴² CLEINMAN, Beth. *Mídia, crime e responsabilidade*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 97, 2001.

publicada”⁴³. “En los últimos años la violencia se ha convertido en un producto de consumo que invade los medios de comunicación de masas.”⁴⁴

O jornalismo policial, “antes percebido como produto de mau gosto, voltado para as camadas populares, ganhou ares de nobreza e estabeleceu-se nos horários nobres, como uma das preferências nacionais”, “disseminando visões moralistas e conceitos estereotipados”⁴⁵, preconceituosos. O jornalismo de investigação ou de revelação, através das “fontes” vem tornar público situações envolvendo pessoas pertencentes ao mundo político, empresarial ou artístico, assumindo, com esta atuação, o papel de protetores dos interesses públicos.

Cada pessoa passa a internalizar a idéia de que será a próxima vítima e de que ninguém está a salvo desta onda avassaladora de crimes violentos, divulgados com estardalhaço, principalmente pelos meios de comunicação televisivos, com maior penetração nos lares, os quais exploram as imagens mais tétricas e funestas possíveis, através de *close*s das vítimas mutiladas, com aproveitamento da desgraça alheia, entrevistando seus familiares, o que vem se tornando cada vez mais explorado – basta constatar a proliferação de programas desta natureza em nossas redes de televisão - satisfazendo o interesse mórbido do público “ligado na telinha”⁴⁶. Quem não quer ver, que desligue a televisão, afirma-se. Guardadas as proporções, num simulacro de “coliseu doméstico”.

Mensagens são veiculadas intensamente através de chavões como: “estamos no país da impunidade”, “o Estatuto do Adolescente veio para estimular

⁴³ “A referida expressão foi cunhada por ALESSANDRO BARATTA para fazer alusão às informações que os meios de informação de massa divulgam como sendo reais e fidedignas expressões da opinião do público com relação a determinado assunto e que, por óbvio, nem sempre correspondem à realidade (BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, p. 13).” CORRÊA, Diego Ayres, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁴ BARATA, Francesc. *La violencia y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 29, ano 8, p. 255, jan./mar. 2000.

⁴⁵ CLEINMANN, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁶ “La fascinación de lo criminal. No sólo ‘lo criminal’, también el ‘criminal’ fascina. La historia de la literatura está llena de crimen y castigo, criminalidad y Derecho penal. Las novelas policíacas (o los telefilms y películas) son algo normal y generalmente un buen negocio. Los medios de comunicación informan casi exclusivamente de casos penales porque así satisfacen el interés de sus lectores, aunque sea a costa de desfigurar la realidad de la Administración de Justicia. Para la mayor parte de la gente, incluyendo a

menores infratores”, “os direitos humanos só servem para proteger bandido”⁴⁷, “a polícia prende, a justiça solta”, “precisamos da pena de morte”, “esses bandidos são animais”, “a penitenciária é um hotel de cinco estrelas para bandido”, “bandido bom é bandido morto”. Voltamos ao Movimento da Lei e da Ordem.

Passa-se a criar “para os membros das agências penais demandas de papel que nada têm a ver com a sua realidade”; passa-se a “gerar sensação ambiental de insegurança cidadã (potencialmente utilizável internamente em campanhas pela lei e pela ordem); passa-se a promover “o deterioramento de determinados valores vinculados aos direitos humanos e suas garantias, por meio de um enfoque maniqueísta da realidade”⁴⁸.

Neste aspecto, Maria Lúcia KARAM observa que:

Nas sociedades atuais, a apreensão da realidade se faz, cada vez mais, através dos meios massivos: as experiências diretas da realidade cedem espaços e passam a ser experiências do espetáculo da realidade, que é passado pelos meios massivos de informação, da mesma forma que a própria comunicação entre as pessoas se refere muito mais às experiências apreendidas através do espetáculo do que às experiências vividas.

Em situações, em que se manifesta uma homogeneidade de comportamentos e significados, alcançando a maioria dos agentes, à exceção de um único grupo visto como desviado, como ocorre com a idéia de criminalidade (o criminoso é sempre considerado como o ‘outro’), o poder de influência dos meios massivos de informação é ainda maior, alimentando-se das atitudes homogêneas pré-existentes, para reforçá-las e ativá-las, oferecendo um elemento de agregação e de consenso, que facilitará a produção de uma falsa imagem da realidade, bem como sua aceitação e introjeção.⁴⁹

Utilizando-se dos meios de comunicação, “as próprias instituições públicas de repressão da criminalidade transmitem imagens oblíquas da realidade, que contribuem com a difusão da sensação de insegurança”⁵⁰. Sob os holofotes, alguns Promotores de Justiça, juízes, delegados, agentes, diretores de estabelecimentos prisionais, vem a público não só relatar, mas comentar fatos

quienes inician los estudios de Derecho, ‘el Derecho penal’ es el Derecho por excelencia.” HASSEMER, CONDE, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ Vide: WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed, 2001, p. 10.

⁴⁸ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução de Eliana Granja et al.. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 87.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 199-200.

⁵⁰ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 39

delituosos que ganham espaços na mídia, seja pelas pessoas que os cometeram, seja pelo modo como foram cometidos.

Francesc BARATA, após fazer uma análise dos vários estudos e investigações feitas sobre a criminologia e o *mass media*, sobre a construção social da violência, sobre a televisão e o crime e sobre o sucesso criminal nos meios de comunicação, traz algumas interessantes conclusões:

Los medios presentan *olas artificiales de criminalidad* que nada tienen que ver con la realidad social. Centran su atención en los delitos violentos cuando las estadísticas criminales dicen que estos constituyen sólo una pequeña parte de la realidad criminal.

En el discurso mediático sobre la violencia criminal se da, en muchas ocasiones, una fusión entre realidad y ficción que acaba construyendo una nueva percepción sobre el objeto tratado.

Aunque no se pueden establecer una relación absoluta entre el mensaje de los medios y la sensación de inseguridad, buena parte de las investigaciones señalan relaciones sólidas entre las *olas informativas* y el miedo al delito, que adquieren una notable importancia en determinados sectores sociales entre los que se detecta el llamado *síndrome de punibilidad*.

Del mensaje mediático se deduce siempre una resolución del conflicto que pasa por la intervención de los aparatos del estado que forman parte del control social duro.

Los organismos políticos y penales están demasiado pendientes del mensaje mediático y por ello pueden ser fácilmente influidos por las informaciones que aparecen en los media.

Los mass media no son los causantes del interés social por los relatos de la criminalidad violenta, pero lo explotan porque funciona como un producto rentable, de fácil producción y consumo.⁵¹

A política criminal oficial acaba sofrendo suas influências, com o reforço dos medos já existentes, levando a acreditar-se que o tema segurança possa ser tratado eficientemente tão somente pelo Direito Penal, numa demanda de punições.

Jésus-María SÁNCHEZ trata, também, do descrédito de outras instâncias jurídicas e não jurídicas de proteção, as quais ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas, levando novamente à expansão do Direito Penal. Refere-se ele à ética social, ao Direito Civil e ao Direito Administrativo.⁵²

⁵¹ *Op. cit.*, p. 266.

⁵² *Op. cit.*, p. 57-58.

Quanto ao primeiro, tem-se que as normas da moral social atuam impondo determinados comportamentos (ação ou omissão) às pessoas, não só direitos mas também obrigações, em consonância com o necessário respeito às demais, cuja inexistência gera insegurança quanto à conduta de terceiros. Isto não vem ocorrendo na sociedade moderna, como possíveis freios inibitórios do comportamento humano através de normas internalizadas no indivíduo que levaria a uma solidariedade mecânica⁵³, esta citada na teoria da anomia (de Emile Durkheim) desenvolvida por Robert MERTON⁵⁴, projetando-se, desta maneira, na não proteção dos bens jurídicos.

“Assim, tende a converter-se em excepcional o fato de que uma conduta, não considerada contrária ao Direito, seja reprovada socialmente como imoral, adotando-se contra ela as reações sociais correspondentes. Isso, como é natural, produz o efeito de favorecer o próprio alastramento da delinquência⁵⁵.”⁵⁶

Ausente esta normatividade social, buscam-se as proibições e sanções no Direito Penal para substituí-la.

Quanto do Direito Civil, o autor sob comento o trata no que diz respeito ao ressarcimento de danos, entendendo duvidoso possa, assim, “expressar a reprovação que é necessária manifestar diante de determinados fatos”⁵⁷. O faz em virtude do “modelo de seguro” hoje existente, o que levaria a diminuição dos níveis de diligência por parte do agente, cujos danos haveriam que ser suportados através da indenização paga pela seguradora, retirando o caráter preventivo da norma civil. Ainda, os montantes indenizatórios constantes de tabelas padrão não satisfariam a compensação da vítima.

⁵³ “[...] caracterizadas por normas expressivas de um consenso natural, cuja internalização individualiza a consciência coletiva, que, assim, previne, naturalmente, os desvios [...]” SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia da repressão – uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro : Forense, 1979, p. 98.

⁵⁴ *Apud* SANTOS, *op. cit.*, p. 96-106. Vide: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1997, p. 59-67.

⁵⁵ “Inegável que em razão da anomia resultante da inexistência de leis que disciplinam o comportamento social, o indivíduo se desorienta e chega ao desajuste. [...] Tais fatores, indubitavelmente, são estimuladores do aumento do índice de criminalidade, principalmente em virtude desfraldarem como bandeira da impunidade.” FERNANDES, Newton. FERNANDES, Válder. *Criminologia integrada*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 368.

⁵⁶ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 59.

Ausente a justeza no âmbito civil, lá vem o Direito Penal para supri-la com seu expansionismo.

Por fim, o Direito Administrativo. Não é recente o descrédito e a desconfiança da sociedade na administração pública, seja por sua burocratização excessiva, seja pela corrupção de seus agentes de fiscalização, numa co-autoria nos delitos, máxime os sócio-econômicos. As pessoas passam a não mais procurar as instâncias administrativas para a resolução de conflitos e vêem-nas como ineficazes no controle de determinadas condutas que as atingem macrossocialmente, acarretando a impunidade. Elege-se novamente o Direito Penal como instrumento para fazer frente a estas situações.

Para concluir, sem a pretensão de esgotamento do assunto, pode-se trazer o seguinte asseveramento de Jesús-María SÁNCHEZ:

Apesar de que é inegável que a evolução histórica do Direito Penal se define por uma progressiva diminuição do rigor das sanções que impõe, na sociedade de insegurança se observa, de modo quiçá passageiro, mas em todo caso claramente perceptível, uma orientação no sentido do incremento das sanções e, ainda assim, a sua execução rigorosa. A mesma insegurança determina, aparentemente, o definitivo abandono de teses ressocializadoras e a primazia dos aspectos de prevenção especial negativa, isto é, de intimidação e *neutralização*. Tudo isso em um contexto defensista, expressão do claro assentamento de políticas de "lei e ordem".⁵⁸

E mais:

[...] no momento atual, O Direito Penal vigente na maioria dos países de nosso entorno propicia a cominação de penas de prisão de gravidade média em hipóteses de fatos "administrativizados"⁵⁹, com regras de imputação de rigidez decrescentes e no campo de princípios político-criminais flexibilizados".⁶⁰

⁵⁷ Idem, p. 60-61.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 112.

⁵⁹ Vide: SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 112-135.

⁶⁰ Idem, p. 137.

4.3. SOBRE O CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL

Para Eugênio Raúl ZAFFARONI, política criminal “es la ciencia o el arte de seleccionar los bienes que deben tutelarse jurídico-penalmente y los senderse para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica el sometimiento a crítica de los valores y senderos ya elegidos”⁶¹.

Vê-se, assim, que a política criminal não se restringe somente a direcionar as medidas a serem tomadas pelo bloco detentor do poder político, mas também fornece os meios para criticar estas decisões⁶². Entende que política criminal seria um capítulo da política geral, caracterizada como a arte ou a ciência de governo a respeito do fenômeno criminal.⁶³

Mireille DELMAS – MARTY entende que a política criminal compreende “o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”, aparecendo como “teoria e prática das diferentes formas do controle social”⁶⁴. Para a autora, portanto, a eleição daquelas medidas tem como titular o “corpo social”.

Embora o Direito Penal ainda constitua o seu núcleo, não mais se limita a este campo de observação, como visto ainda hoje por alguns autores contemporâneos⁶⁵, tendo se desligado do mesmo, como também da Criminologia

⁶¹ *Manual de derecho penal – parte general*. Sexta edición. Buenos Aires : Ediar Editora, 1996, p. 86.

⁶² “La política criminal es la que guía las decisiones que toma el poder político o proporciona los argumentos para criticar esas decisiones. Cumple, por ende, una función de guía y de crítica.” Idem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 5.

⁶⁵ “Se entendió por ‘política criminal’ la posición de una ‘escuela’ de principios de siglo, para la cual era la política del Estado que, guiada por la criminología se dirigía a combatir el delito. La política criminal así entendida tenía al derecho penal como límite, concebido como la ‘Carta Magna’ del delincuente: la política criminal podía combatir el delito hasta el límite en que se lo permitía el derecho penal. La política criminal defendía a la sociedad y el derecho penal defendía al delincuente. Política criminal y derecho penal se hallaban, pues, en permanente contradicción. Tal fue el concepto de Franz Von Liszt.” ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 85. “[...] hasta un pasado bastante reciente, ella ha sido entendida como aquella que sirve para controlar la criminalidad, o sea, reducir el número de las infracciones a la ley penal.” BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre o modelo integrado de las ciencias penales*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 28, jan./mar. 2000.

e da Sociologia Criminal⁶⁶, tornando-se disciplina autônoma. Busca ela, em Marc Ancel, o posicionamento da necessidade de não mais se limitar a Política Criminal ao Direito Penal, constituindo-se em “reação, organizada e deliberada, da coletividade contra as atividades delituosas, marginais e anti-sociais”.⁶⁷ O campo para a Política Criminal, além desta ampliação⁶⁸, apresenta-se aberto e não delimitado, estando em jogo uma “mudança de método que implica em utilização de modelos construídos a partir das principais ‘invariantes’ que são os comportamentos de distanciamento das normas (infração e marginalidade) e as respostas (do Estado e da Sociedade) a esses comportamentos”⁶⁹

Já Hans-Heinrich JESCHECK trata da política criminal em sua conformação estritamente com o Direito Penal, assim se expressando:

“La Política criminal se ocupa de como deba conformarse el Derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la Sociedad. La Política criminal conecta con las causas del delito, se ocupa de como hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el Derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal. Aunque la Política criminal sea también, como toda ciencia, libre en su investigación, y se halle sometida tan solo a la verdad, hay que contar con ciertos límites para el logro de las metas legislativas que propone.”⁷⁰

⁶⁶ “Desse modo, ultrapassando, em muito, a exclusiva reflexão sobre o direito penal, a política criminal ainda assim não se confunde com a criminologia tradicional – já que não se atribui como objeto principal o estudo do fenômeno criminal -, nem com as doutrinas contemporâneas de criminologia crítica, nova criminologia ou criminologia radical, que pretendem ser teorias críticas do controle social – pois não mantêm a análise marxista como único fundamento epistemológico -, nem com o interacionismo e a sociologia da reação social – pois pretende ser diacrônica, insistindo na transformação dos fenômenos observados.” DELMAS -MARTY, *op. cit.*, p. 24-25.

⁶⁷ Ibidem, p. 5.

⁶⁸ “Perspectiva ampliada sob vários ângulos: dos procedimentos apenas repressivos para todos os outros ‘procedimentos’, principalmente aqueles à base de reparação ou de mediação; do Estado para todo o corpo ‘social’, mas com a condição de que este ‘organize’ suas respostas, o que exclui uma resposta totalmente isolada, não admitida pelo grupo; do reagir ao ‘responder’, a fim de introduzir, ao lado da resposta ‘reacional’ (a posteriori), a resposta preventiva (a priori); enfim, do crime ao ‘fenômeno criminal’, englobando todo o comportamento de rejeição das normas, infração ou marginalidade (déviance).” Ibidem, p. 24.

⁶⁹ Ibidem, p. 6.

⁷⁰ *Tratado de derecho penal – parte generale*. Cuarta edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada : Editorial Comares, 1993, p. 18.

Alessandro BARATTA entende que “el progreso de la investigación en el campo de la victimología, la tensión volcada a las necesidades de la víctima y a su ambiente social, han ampliado el campo de acción de la política criminal: a la prevención de la delincuencia se añade hoy, por lo menos ‘potencialmente’, el objetivo de controlar sus consecuencias”⁷¹. Trata o autor, a política criminal, como conceito complexo e problemático, assumindo um caráter “esquisitamente” ideológico⁷².

A complexidade advém da indeterminação dos instrumentos utilizados na prevenção não-penal, das infrações e de suas conseqüências, constituindo-se o Direito Penal não o único, mas somente um deles. Embora isto ocorra teoricamente, na prática as políticas criminais atuais decorrem de uma seleção das variáveis analisadas, dependendo do matiz teórico adotado, para a construção de modelos de operacionalização. Nos níveis mais baixos desta escala teórica encontram-se os modelos de criminologia “administrativa” que são utilizados para o controle da criminalidade. Nos níveis intermediários, têm-se os modelos da criminologia etiológica, que compreendem também o controle das conseqüências advindas dos delitos. Nos níveis mais altos, estariam os modelos da criminologia crítica que adota o paradigma do etiquetamento ou da reação social, compreendendo também o controle das conseqüências da delinquência.⁷³

É problemático, pois o conceito de política criminal, como gênero, é bem mais ampliado do que a política penal, uma espécie; mas com isso gerando dificuldades na sua distinção com a política em sentido amplo (política social, econômica ocupacional, urbanística etc.).⁷⁴

⁷¹ *Op. cit.*, p. 28.

⁷² *Idem*, p. 27-32.

⁷³ *Ibidem*, p. 28.

⁷⁴ “Citemos un ejemplo: en los años ochenta en Francia se han formado, bajo la autoridad municipal y con la ayuda de fondos públicos, muchos comités de ciudadanos, funcionarios comunales, agentes de policía, párrocos, asociaciones de voluntariado, asociaciones sindicales y otros actores, institucionales o no, con el objetivo de poner en marcha programas de lucha contra la marginalización juvenil, y con la finalidad de establecer políticas criminales correspondientes al modelo de la *nouvelle prevention*. Las prácticas sociales desarrolladas por estos comités en materia de prevención, no difieren substancialmente de aquellas que otros organismos podrían adoptar, bajo una etiqueta distinta, realizando un modelo de política social o educativa, dirigida a los jóvenes *desviados*. Que se trate de política de prevención urbana en el enfrentamiento de potenciales delincuentes o, al contrario, de una política de protección de los derechos fundamentales de aquellos jóvenes, volcada a remover su situación de desventaja social, no depende tanto de

Seu caráter “esquisitamente” ideológico⁷⁵ advém da justaposição feita, no campo da política criminal, entre os conceitos de política de segurança e política social, convertendo aquela em instrumento de legitimação e reprodução da realidade social. Com relação à primeira política, verifica-se que, assumindo um caráter coletivo, não se dirige propriamente à segurança dos direitos das pessoas, independentemente do grupo social a que pertençam, mas à segurança da nação, da comunidade estatal, da cidade, pelo que o substantivo é complementado pelos adjetivos: “nacional”, “pública” ou “urbana”. O uso destes termos genéricos, no entanto, possui um caráter puramente ideológico, pois na realidade o resultado é que a maior parte dos titulares de direitos e a maior parte dos territórios de risco, são excluídos da “*economía de la seguridad*”, além do fato de que os delitos econômicos e ecológicos, a corrupção, os desvios criminais dos órgãos civis e militares do Estado, a cumplicidade delituenta dos detentores do poder político e econômico com as organizações criminosas, são tratados somente como problemas de ordem moral e não como problemas de segurança urbana. Com relação à segunda, as políticas sociais são dirigidas a sujeitos vulneráveis, pertencentes a grupos marginais ou perigosos, não como sujeitos de direitos não satisfeitos em si – alheados dos direitos civis, econômicos ou sociais - mas como objeto daquelas, pois a finalidade subjetiva dos programas de ação na realidade é reforçar a segurança de suas vítimas potenciais – pessoas “respeitáveis” (sic) -⁷⁶ como medidas preventivas sociais agregadas às medidas repressivas.

la finalidad objetiva o de la función que pueden tener las prácticas sociales, sino de la intención subjetiva de los actores que ponen en obra tal política, de la del legislador o de los órganos administrativos, que elaboran los diferentes programas y definen las relativas etiquetas institucionales.” BARATTA, *La política criminal y el derecho penal*..., p. 28-29.

⁷⁵ “El término ‘ideológico’ es aquí utilizado en el sentido de una construcción discursiva de los hechos sociales que producen una falsa conciencia en los actores institucionales y en el público.” Idem, p. 29.

⁷⁶ “Las personas vulnerables y sin ningún poder social que sufren lesiones de sus derechos económicos y sociales (derechos ‘débiles’, como señala la teoría de los derechos fundamentales), por parte del Estado o de la sociedad, se convierten de tal modo en potenciales agresores de los derechos fuertes (integridad física, derecho de propiedad) de los sujetos socialmente más protegidos.” Idem, p. 32.

4.4. MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Historicamente o Direito Penal se caracteriza por constantes evoluções doutrinárias e ideológicas, reflexo dos momentos políticos vividos pela sociedade a impor modificações legislativas. Assim, neste tópico, abordar-se-á os Movimentos da Nova Defesa Social, da Lei e da Ordem e da Política Criminal Alternativa.

A primeira surgiu em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, através da obra de Filippo Gramática, intitulada "Defesa Social" e após, através do livro de Marc Ancel, *La Défense Sociale Nouvelle*, quando então passou a denominar-se "Nova Defesa Social".⁷⁷

Objetiva este movimento a conscientização acerca das necessidades éticas e sociais com relação ao período anterior calcado em uma estrutura e tradições tidas como obsoletas. As idéias deste novo movimento fizeram parte de um Programa Mínimo, elaborado por uma comissão da Sociedade Internacional de Defesa Social, fundado em 1949, o qual foi aprovado no III Congresso Internacional de Defesa Social, complementado com uma *Addenda* em 1985, quando então passou a se denominar Novíssima Defesa Social. Neste Programa, sendo adotado um pensamento mais moderado com relação ao abolicionismo do Direito Penal, no qual se pretendia a substituição por outros instrumentos de controle, de caráter não punitivos, pregado por Filippo Gramática.⁷⁸

Apresenta-se na Novíssima Defesa Social três características fundamentais: trata-se de um movimento com caráter multidisciplinar, pelo que são possíveis diferentes posições; por tratar-se de um movimento prático com a finalidade de reforma das instituições jurídico-penais e da própria estrutura social, procura acompanhar as necessidades sociais variáveis no tempo e, por último, é

⁷⁷ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello, *Os grandes movimentos atuais de política criminal*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 1, n. 9, p. 147-157, nov. 1988.

⁷⁸ Idem, p. 148

universal, pois não se prende às peculiaridades das legislações nacionais no trato do fenômeno criminal.⁷⁹

Seus postulados podem ser assim resumidos: procurando atualizar, melhorar e humanizar, busca uma reforma da ação punitiva, através do exame crítico das instituições; vincula-se a outros ramos do conhecimento humano para uma melhor visualização do fenômeno criminal, entendendo que o Direito Penal não é o único instrumento para o seu controle; constrói um sistema de política criminal que possa garantir os direitos humanos e promover os valores tidos essenciais da humanidade.⁸⁰

Com isto, propugna a imprescindibilidade do princípio da legalidade, do princípio da responsabilidade individual, do princípio do devido processo legal e do princípio da independência judicial, preocupando-se com a vitimização, com os grupos marginalizados e com os indivíduos em perigo. Tem em mira a necessidade de um duplo tratamento da criminalidade, descriminalizando os delitos menos graves e criminalizando as condutas infracionais econômicas e contra os demais direitos difusos, bem como aqueles advindos do aparelho estatal. Adota a despenalização, sendo frontalmente contrário à pena de morte, entendendo que, sem abandonar a preocupação socializadora, tem o criminoso o direito de ser *diferente*, procurando fornecer-lhe as condições de não reincidir voluntariamente.⁸¹

Trata-se, assim, de uma “política criminal humanista, com profundas bases científicas, que confere ao Direito Penal caráter preventivo e protetor da dignidade humana”⁸².

O Movimento da Lei e Ordem apresenta-se como contraponto do anterior, ante o fenômeno da criminalidade. Diante do recrudescimento da criminalidade violenta, debitado à benignidade da lei penal pela *mass media* e por setores políticos, cria-se um clima de pânico na opinião pública que se sente insegura diante da situação, enaltecendo-se que somente um sistema punitivo,

⁷⁹ Ibidem, p. 149.

⁸⁰ Ibidem, p. 149-150

⁸¹ Ibidem, p. 150.

⁸² Ibidem.

com caráter retributivo pode fazer frente à mesma. Lei penais mais severas, com penas privativas de liberdade de longa duração devem ser adotadas para o efetivo “combate”. Este discurso não liberal atrai a simpatia da sociedade premida pela insegurança alardeada, e intensificado pelo fracasso, reconhecido por todos, dos tratamentos penitenciários ditos de ressocialização.

Assim, deveria ser adotada a seguinte política criminal:

a) A pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido, não devendo-se confundir esta expressão com o que hoje denominamos *retribuição jurídica*.

b) Os chamados crimes graves hão de castigar-se com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade de longa duração).

c) As penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos hão de cumprir-se em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo-se ao condenado a um excepcional regime de severidade distinto ao dos demais condenados.

d) O âmbito da prisão provisória deve ampliar-se de forma que suponha uma imediata resposta ao delito.

e) Deve haver uma diminuição dos poderes individuais do juiz e um menor controle judicial na execução que ficará a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias.⁸³

Aparece, então, culminando, a Política Criminal Alternativa sob a denominação de Nova Criminologia (Criminologia Crítica, Criminologia Radical, Criminologia da Reação Social, Economia Política do delito), divulgada através da revista *La Questione Criminale* em oposição à Criminologia Tradicional⁸⁴.

A Criminologia Crítica teria tido divulgação através da obra coletiva de Taylor, Walton e Yong, intitulada *The New Criminology*, de 1973. Seu princípio básico é que o sistema punitivo é organizado ideologicamente para proteção das classes dominantes, mantendo submissas as classes trabalhadoras, em proteção das classes que possuem o controle dos meios de produção, caracterizando o Direito Penal como elitista e seletivo. Apresenta o Direito Penal como fragmentário, pois incide sobre as condutas típicas dos grupos marginalizados, deixando imunes aquelas mais graves, cometidas por componentes da classe hegemônica.

⁸³ Ibidem, p. 152.

⁸⁴ “... baseada no pensamento positivista, apenas se preocupa da etiologia do crime e dos aspectos psicológicos da comissão do fato a partir de conceitos estratificados na lei.” Ibidem, p. 153.

Assim, as medidas propostas pela Política Criminal Alternativas, seriam as seguintes:

a) Abolição da pena privativa de liberdade. Este é seu cavalo de batalha. Afirma sua inutilidade, seja como instrumento de controle, seja como meio de promover a reintegração social do condenado. Dito de outra maneira, vê na prisão uma simples marca utilizada para oprimir e marginalizar. Para alcançar seu principal objetivo, propõe uma estratégia gradual, através de um intenso programa de descriminalização, de despenalização e desjuridicização. Para neutralizar os efeitos do sentimento de separação entre *honestos* e *condenados* recomenda que se incentive e facilite o acesso do público às prisões, para promover a integração e a cooperação entre os presos e suas organizações de classe.

b) A Política Criminal deve estar orientada em um duplo sentido, ou seja, deve considerar a criminalidade de forma que a agrupe segundo a classe social de onde provém. A das classes proletárias se interpretará à luz dos conflitos que surjam em razão do sistema de produção capitalista, enquanto que a ação delitiva própria das classes dominantes, como a delinquência organizada, a corrupção política e administrativa e a econômica se fará segundo a "*relação funcional* que existe entre os processos legais e ilegais de acumulação e circulação de capital e ante os processos e a esfera política".

c) Enquanto ao objetivo final de abolir o sistema penal para alcançá-lo, como já dissemos, se impõe a realização de um amplo projeto de descriminalização, despenalização e desjuridicização.

d) Junto a essa ampla redução da ação punitiva do Estado, o Movimento recomenda a criminalização das condutas que impliquem um dano ou ameaça aos interesses fundamentais da maioria, v. gr., a delinquência ecológica, a econômica, a violação da qualidade de vida, os delitos contra a saúde pública, a segurança e higiene no trabalho e outras do mesmo gênero.

e) Todo esse esforço deve ir acompanhado de uma propaganda massiva, já seja para denunciar ante a opinião pública as desigualdades do sistema vigente, seja para obter o apoio popular aos métodos e a ideologia da Política Criminal Alternativa. Os *mass media* devem ser utilizados no sentido inverso ao atual.⁸⁵

4.5. O DIREITO PENAL DE "DUAS VELOCIDADES" SEGUNDO JÉSUS-MARÍA SÁNCHEZ

O autor propõe a adoção de um "Direito penal de duas velocidades", com a permanência de um Direito Penal clássico com regras de imputação e de princípios políticos criminais, mas com a criação, para atender às situações novas, de um outro modelo. Tal proposta será alvo de abordagem neste tópico.

⁸⁵ Ibidem, p. 155-156.

No momento, ora defende-se o retorno ao “bom e velho Direito Penal” ou Direito Penal Liberal, dirigido somente àquelas condutas que atingissem bens individualmente considerados (vida, integridade física, liberdade, saúde, patrimônio etc.) com estrita observância dos princípios garantistas das pessoas diante a atuação repressiva do Estado⁸⁶, ora defende-se que a maior parte das condutas que se pretende seja posta sob tutela do Direito Penal, passe a ser tratada pelo chamado Direito Administrativo sancionador⁸⁷, revertendo a tendência de “administrativização” do Direito Penal com tendência crescente, como se tem verificado atualmente.

Assim, o autor sob comento, entende da necessidade “de um Direito Penal com vocação racionalizadora”, acolhendo “as demandas sociais de proteção precisamente ‘penal’”⁸⁸, a qual passa a construir tendo como ponto de partida a relação “entre as garantias que incorpora um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação”⁸⁹.

Propõe, então, a maneabilidade das regras de imputação e dos princípios de garantia, levando-se em consideração a consequência sancionadora advinda da conduta do agente, a qual já é diferenciada no sistema jurídico, quer penal ou não⁹⁰. Como no primeiro a rigidez daquelas garantias decorre da aplicação de sanções tradicionais, como as penas de morte e privativa de liberdade⁹¹, mas existentes outras formas de sanção (restritas de direitos, pecuniárias), esta flexibilização seria possível para estas, podendo ser feita assim a contenção sim, é da expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade e

⁸⁶ “Efetivamente, o Direito Penal liberal que certos autores pretendem reconstruir agora, na realidade nunca existiu como tal. Por um lado, porque tal reconstrução ignora a presença naquele de uma rígida proteção do estado, assim como de certos princípios de organização social. Por outro lado, porque a rigidez das garantias formais que nele era possível observar não representava senão o contrapeso do extraordinário rigor das sanções imponíveis.” SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 136.

⁸⁷ “Na realidade, todo exposto ao largo das paginas anteriores poderia ser interpretado como uma argumentação orientada neste sentido. E assim seria se nós mantivéssemos em um plano abstrato-teórico, sem referências sociais, espaciais e temporais concretas.” Idem, p. 137.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ “Expresso de outro modo: nem em todo sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem em todo o sistema do Direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo sistema sancionatório penal há que exigirem-se as mesmas garantias, pois as consequências jurídicas são substancialmente diversas (também no seio do próprio sistema do Direito Penal em sentido estrito).” Idem, p. 138.

não do Direito Penal como um todo⁹², fato difícil, senão impossível, de frear na atual conjuntura social em que vivemos.

Entende, ainda, a vantagem de manutenção do Direito Penal em determinadas situações fáticas, no lugar quer do Direito Civil, quer do Direito Administrativo, não pelo rigor sancionatório advindo, mas pela dimensão simbólico-comunicativa superior daquele através da “força do mecanismo público de persecução de infrações”⁹³. O efeito para uma pessoa que pratica uma conduta lesionadora ou ameaçadora e pela qual vai responder pela mesma numa instância criminal é diverso daquele que se produz sabendo submeter-se a uma instância civil ou administrativa. Naquela, dada a neutralidade política e a imparcialidade jurisdicional, não seria possível a utilização de “*técnicas de neutralização* do juízo de desvalor”⁹⁴, utilizáveis na esfera administrativa, esta sim sujeita a ingerências políticas e parcialidades.

Para um Direito Penal moderno em crescente expansão⁹⁵ que não pode ser contida, afastando-se do paradigma do “Direito Penal mínimo”, as garantias próprias de um Direito Nuclear da pena de prisão não precisam ser as mesmas de um Direito Penal que acarretem sanções de ordem pecuniárias, reparatorias ou restritivas de direitos (próximas às sanções administrativas). Daí adviria uma “configuração dualista do sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis”⁹⁶: para o primeiro, a manutenção de regras rígidas de imputação de responsabilidade; para o segundo, com o impedimento de aplicação de penas privativas de liberdade, sem contudo perder o significado “penal” dos ilícitos e das sanções, uma flexibilização destas regras, com a manutenção de sua apreciação judicializada⁹⁷.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem, p. 138-140.

⁹³ Ibidem, p. 141.

⁹⁴ Ibidem, p. 142.

⁹⁵ Para o autor, a expansão do Direito Penal carece de razoabilidade político-jurídica pela utilização desenfreada da pena privativa de prisão. *Op. cit.*, p. 147.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ “Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal.” SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 147.

Alude o autor, também, a uma “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual, mesmo quando da aplicação de pena privativa de liberdade, teria ocorrência uma relativização das garantias político-criminais, das regras de imputação e de critérios processuais.⁹⁸

Entende que esta “terceira velocidade” já estaria sendo utilizada no Direito Penal socio-econômico, o qual poderia perfeitamente ser tratado numa das “duas velocidades” já mencionadas acima.

No entanto, considera inevitável atualmente, desde que circunscrito a âmbitos excepcionais e por tempo limitado, a utilização da mesma para “fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado”⁹⁹.

4.6. O “DIREITO PENAL DE INTERVENÇÃO” SEGUNDO WINFRIED HASSEMER

Propõe Winfried HASSEMER, para solucionar os problemas do Direito Penal moderno, como modelo de política criminal para tratamento da “criminalidade de massa” e da “criminalidade moderna”, a retirada de parcela daquela modernidade, fazendo surgir um “Direito de Intervenção” (*Interventionsrecht*), o qual se situaria entre um “Direito Penal nuclear” (*Kernstrafrecht*) e o “Direito Administrativo”, entre o Direito Civil e o Direito Público.¹⁰⁰

⁹⁸ Idem, p. 148.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ “En mi opinión la solución está en eliminar una parte de la modernidad del actual derecho penal, llevando a cabo una doble tarea: por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina “derecho penal básico”, y, por otro, potenciando la creación de un “derecho de intervención” que permita tratar adecuadamente los problemas que sólo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico.” HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad – bases para una teoría de la*

Assim, primeiramente se procederia a uma redução do Código Penal àquele “nuclear” ou básico, no qual permaneceriam todas as lesões aos bens jurídicos individuais clássicos, incluindo também os perigos graves e visíveis (“los incendios, la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, los ataques al tráfico aéreo), a “formação de associações criminosas e as subversões são exemplos de quais tipos de perigo um Direito Penal deve conter”¹⁰¹.

Naturalmente, un derecho penal de hoy no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. Casi todas las actividades de la vida cotidiana (trabajo, economía, producción, transportes) se han hecho más complicadas y, por tanto, más vulnerables. Muchos de los peligros de ayer apenas asustan hoy e, sin embargo, hay hoy riesgos apenas controlables. Las personas viven – o así lo sienten – bajo la sensación de mayores y difusas amenazas. Las sociedades complejas se organizan a través de instituciones, cuya existencia es importante para las personas y, por tanto, debe ser protegida. Esta protección tiene como objeto directo los bienes jurídicos universales, no los individuales.¹⁰²

Estariam incluídos não somente os bens jurídicos individuais (vida, liberdade, saúde, propriedade etc.), como também os bens jurídicos universais (segurança do Estado, administração da justiça, ordem econômica, segurança de tráfego, meio ambiente etc.), consequências da modernização do Direito Penal; mas estes devem ser funcionalizados por aqueles, além de formulados da maneira mais precisa possível.

“[...] soy de la opinión de que en derecho penal, la parte del derecho que más incide en la libertad humana, los bienes jurídicos universales deben ser precisados del mejor modo posible y funcionarizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales.”¹⁰³

É a teoria monista personalista do bem jurídico para a qual os interesses gerais devem ser funcionalizados do ponto de vista dos da pessoa, deduzindo-se os bens sociais e estatais dos do indivíduo; ao contrario da teoria monista, social onde a funcionalização dos interesses do indivíduo deve ser feita

imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y M^a del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Blach, 1999, p. 67.

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, ano 2, n. 8, p. 65, 2003.

¹⁰² HASSEMER, *Persona...*, p. 68.

¹⁰³ Idem, p. 69.

do ponto de vista dos interesses gerais. Por este posicionamento, os bens jurídicos da comunidade somente podem ser reconhecidos na medida em que sejam interesses da pessoa.¹⁰⁴ Como exemplo se podem utilizar os delitos contra o meio ambiente, nos quais se exigiria, para serem considerados como tais e sancionados, somente quando coloquem em perigo grave os interesses individuais protegidos juridicamente, e na medida em que ponham em perigo bens jurídicos pessoais.¹⁰⁵

O que vem ocorrendo é a assunção pelo Direito Penal moderno de encargos, para os quais não pode dar soluções satisfatórias, assumindo um caráter meramente simbólico, pelo que deve ser afastado deles. Estes encargos passariam, então, a ser regulados por um “Direito de Intervenção”, no qual se estruturaria um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao do Direito Penal, mas se adotariam menores intensidades nas sanções às pessoas.

Esta clase de derecho “moderno” no solo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas.¹⁰⁶

Para Jesús-María SÁNCHEZ, referindo-se ao “Direito de Intervenção” propugnado por Winfried HASSEMER, “não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística *dentro* do Direito Penal, sempre e quando – isso sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão”¹⁰⁷, defendendo, dessa forma, um “Direito Penal de duas velocidades”.

¹⁰⁴ “Así, por ej., reconoce: - las falsedades documentales no como delitos contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de los participantes en ese tráfico y, por tanto, de los interesados en los medios probatorios. - el falso testimonio o la acusación y denuncia falsas como delitos contra una Administración de Justicia concebida como una función para investigar ordenadamente los asuntos que incumben a las personas relacionadas con ella; - el medio ambiente en el delito ecológico como el conjunto de las condiciones vitales de las personas y no como la pureza del agua o del aire como tales, etc., etc.” HASSEMER, CONDE, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁵ Idem, p. 110.

¹⁰⁶ HASSEMER, Persona..., p. 72.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 141.

4.7. A DECANTADA “(IN)TOLERÂNCIA¹⁰⁸ ZERO” COMO NOVA RAZÃO PENAL OU DE MÁXIMA DISCRIMINAÇÃO

“Tolerância vem a ser tornar-se responsável em face do que se pode reprimir e não se reprime, pois, em vez do caminho simplório e discriminatório da perseguição penal, assume-se a tarefa da promoção de uma política criminal de cunho social, visando à inclusão dos excluídos e não à sua definitiva marginalização, própria da perspectiva neoliberal policial.” (Miguel Reale Júnior)¹⁰⁹

Os Estados Unidos têm se notabilizado, entre outras coisas, por termos e teses a respeito do crime, da violência, da justiça, da desigualdade e da responsabilidade (individual, comunitária, coletiva), impondo uma “redefinição das missões do Estado, que, em toda parte, se retira da arena econômica e afirma a necessidade de reduzir seu papel social¹¹⁰ e de ampliar, endurecendo-a, sua intervenção penal¹¹¹. De lá recebe-se o modelo *supermax* de prisão fechada¹¹²; a

¹⁰⁸ “A intolerância pode ter a forma da marginalização dos grupos vulneráveis e de sua exclusão de toda participação na vida social e política e também a da violência e da discriminação contra os mesmos.” Declaração de Princípios sobre a Tolerância (aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 28ª reunião), artigo 2º, item 2.4. Revista de Estudos Criminais, ano 2, n. 9, p. 8, 2003.

¹⁰⁹ Insegurança e tolerância zero. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano 2, n. 9, p. 70, 2003.

¹¹⁰ “O exemplo do que ocorre nos Estados Unidos é bastante significativo, pois ao lado da redução dos gastos em programas sociais, a ação policial intolerante levou mais de seis milhões de americanos, em geral negros ou ‘chicanos’, a estarem submetidos aos sistema criminal, com mais de dois milhões de presos, a maioria negros, apesar de constituírem percentual pequeno da população norte-americana.” Idem, p. 68.

¹¹¹ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles, Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2001, p. 18.

¹¹² “Nas penitenciárias Supermax, as janelas permitem a passagem da luz, mas impedem que o preso veja sequer um pedaço do céu. As celas, individuais, têm as luzes acesas durante 24 horas e todos os movimentos dos prisioneiros são acompanhados por câmaras de vídeo. Durante o primeiro ano na Supermax, o prisioneiro fica enclausurado 23 horas do dia. Na vigésima quarta hora, ele é transferido para outro cubículo, onde pode caminhar, algemado, iluminado por uma fresta de luz. Não há banho de sol. Só depois de um ano, se tiver bom comportamento, é que o preso poderá pedir autorização para ver televisão, mas terá acesso apenas a programas escolhidos pela direção da Supermax. Lavar o corpo só é permitido a cada dois dias e, ainda assim, o prisioneiro segue para o chuveiro com algemas nas mãos ou nos pés. As paredes são a prova de som. O preso tem direito a fazer dois telefonemas, de dez minutos, a cada mês e não pode escrever nem receber cartas de pessoas que vivam num raio de 90 quilômetros da prisão. Qualquer correspondência é, primeiramente, lida pelos administradores do estabelecimento, que decidem se será ou não entregue ao preso. Não é fácil conseguir autorização da Direção da Supermax para o preso falar com o advogado. O único entretenimento é a possibilidade de adquirir o privilégio de frequentar a biblioteca.” OLIVEIRA, Edmundo.

publicação de listas de ex-delinquentes em crimes sexuais (como no caso do juiz estadual Manuel Banales, da cidade de Corpus Christi, no Texas, que mandou afixar placas nos jardins e nas portas de entrada de quatorze casas onde moram molestadores sexuais¹¹³) como modelo de neutralização¹¹⁴; a execução da pena de morte “com platéia, TV e telão” (como no caso do ex-soldado Timothy MacVeigh, autor do atentado terrorista de Oklahoma City onde morreram 168 pessoas em 1995)¹¹⁵; e a “Tolerância Zero”.

Considerando que as políticas sociais do Estado-providência em marcha nos Estados Unidos levavam à inatividade e induziam à desgenerecência moral das classes populares, causando todos os males da sociedade, entre eles a violência urbana; aplicando os princípios da economia de mercado aos problemas sociais, em 1984, o *Manhattan Institute* (criado por Anthony Fischer e William Casey) coloca em circulação, com ampla e custosa publicidade, a obra de Charles Murray intitulada *Losing Ground: American Social Policy, 1950-1980*.¹¹⁶

No início de 1990, este mesmo instituto, já “consagrado com a primeira ‘fábrica de idéias’ da nova direita americana federada em torno do tríptico mercado livre/responsabilidade individual/valores patriarcais”¹¹⁷, realiza uma conferência e publica número especial de seu periódico *City*, no qual evidencia o “caráter sagrado dos espaços públicos”¹¹⁸ como indispensável à vida urbana, onde a desordem promovida pelas classes pobres é fonte geradora natural de crimes, sendo necessária a retomada daqueles espaços. Também é este instituto que traz à discussão a teoria conhecida como “da vidraça quebrada” (formulada por James

Direito Penal comparado. Prisões fechadas em modernos programas de sistemas penitenciários. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano VII, n. 154, p. 26-27, 15 de junho de 2003.

¹¹³ “Além da placa no jardim, o juiz mandou produzir um adesivo de identificação de molestadores de crianças e adolescentes para fixar no pára-choque dos carros. Para evitar que usem outro veículo sem a marca escarlate, eles são obrigados a levar consigo uma pequena placa com ventosas, como aquela com os dizeres ‘bebê a bordo’, para ser pendurada na janela de qualquer automóvel que os conduza.” *Vergonha pública*. Revista Veja, Editora Abril, São Paulo, p. 130, 6 de junho de 2001.

¹¹⁴ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁵ Vide: TOLEDO, Roberto Pompeu de. Morte com platéia, TV e telão. Revista Veja, p. 153, 20 de junho de 2001.

¹¹⁶ WACQUANT, *op. cit.*, p. 23-24.

¹¹⁷ Idem, p. 24-25.

¹¹⁸ Ibidem, p. 25.

O. Wilson e George Kelling, em 1982) posicionando-se pela luta contra os pequenos crimes do dia a dia, para o combate aos grandes crimes¹¹⁹.

A este debate filia-se o ainda não prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, que passa a usar o tema em seu discurso de campanha em 1993, levando-o à vitória. Surgem, então, as diretrizes da política policial e judiciária da "Tolerância Zero".

"A tolerância zero constitui a tática policial de realizar busca e perseguições aos inconvenientes sociais, vadios, ébrios, desordeiros, no pressuposto de que a não condescendência com infrações menores, sem vítimas, é o melhor caminho para o combate à criminalidade, pois nestes ambientes freqüentados pelos indisciplinados sociais vicejaria a prática delituosa."¹²⁰

Este discurso encontra eco no senso comum das pessoas e nos meios políticos (ávidos por votos), reforçado pela atuação midiática, dando conta da impossibilidade de controle por parte do Estado, pondo em crise a estabilidade da sociedade diante da grassa insegurança decorrente da criminalidade em vertiginosa ascensão nos espaços públicos, que deveriam ser reconquistados.

É tido como fator preponderante desta situação o desaparecimento policial, sem capacidade de conter o aprimoramento cada vez maior das forças ilícitas, pelo que é necessária a adoção de medidas com o aumento dos efetivos e a ampliação dos recursos materiais, além de outorgar-lhes maior liberdade de atuação policial (cheque em branco), sem que se reprove seus excessos (impunidade) contra as garantias individuais (os delinqüentes não devem merecer essas garantias), pois em benefício da sociedade (classes média e alta), numa

¹¹⁹ "[...] cuando se habla de 'ventanas rotas' se está aludiendo a conductas de incivildad o de falta de respeto que molestan a la ciudadanía, pero que no constituyen necesariamente una falta grave y que no ocasionen un daño severo." VÁZQUEZ, Bernardo Romero. *Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción; el caso de la política de tolerancia cero*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 88, jan./mar. 2000. "Pela teoria da 'janela quebrada', deve-se lutar contra a grande criminalidade por meio da 'repressão severa e da perseguição à pequena delinqüência', sendo inimigos os sem-teto, os pequenos revendedores de droga, os mendigos, os vagabundos, os grafiteiros, 'o subprotetariado que vive do mercado informal', cuja conduta é um acinte à qualidade de vida da sociedade estabelecida e responsável." REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 68.

¹²⁰ REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 68.

espécie de *trade-off* ou troca compensatória¹²¹, legitimando-se as autoridades “para manobrar livremente y a su arbitrio para combatir, tan violentamente como se necesario, a la delincuencia”¹²². Todo obstáculo contra esta atuação “legitimada” é considerado como proteção ao delinqüente e contra a sociedade.

Diante de tal quadro, reorganiza-se o trabalho da polícia em Nova York, agora sob a chefia de William Bratton, com ampliação substancial do efetivo e melhoramentos técnicos de atuação do policial (sistema de radar, arquivo central e cartográfico que podem ser consultados através de microcomputadores nas viaturas) através de aumento orçamentário, e passa-se à “perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc)”¹²³, afastando-se da “polícia comunitária”¹²⁴.

A doutrina da “tolerância zero” espalha-se por vários países, inclusive o Brasil, onde o governador de Brasília, Joaquim Roriz¹²⁵, em 1999, após receber a visita de dois altos funcionários da polícia de Nova York, anuncia a aplicação da mesma, com a contratação imediata de policiais civis e militares.¹²⁶

¹²¹ “*Trade-off* (troca compensatória) é um neologismo da língua inglesa que ganhou uso corrente nos meios empresariais e trabalhistas, e também entre economistas, políticos e analistas políticos. [...] É uma decisão, ou uma ação resultante de uma decisão tomada pelo indivíduo ou a coletividade (poderes Legislativo ou Executivo, de âmbito nacional ou restrito, uma empresa, um sindicato) com relação a duas coisas igualmente desejadas (positiva ou negativamente), mas tidas como incompatíveis depois de certo ponto. Se as duas coisas desejadas forem alternativas incompatíveis, é preciso fazer uma escolha: tanto de uma por tanto da outra. Eis a essência da troca compensatória.” MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios : o papel do estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991, p. 65-66.

¹²² VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 99.

¹²³ WACQUANT, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁴ “A conversão nada comprova, se compararmos os resultados de Nova York aos de San Diego, outra grande cidade que aplica a *community policing* entre 1993 e 1996, a metrópole californiana exibe uma queda da criminalidade *idêntica* à de Nova York, mas ao preço de um aumento do efetivo policial de apenas 6%. O número de detenções efetuadas pelas forças da ordem diminui em 15% em três anos em San Diego, ao passo que aumenta em 24% em Nova York, atingindo a cifra astronômica de 314.292 pessoas presas em 1996 (o efetivo dos interpelados por infrações menores à legislação sobre drogas duplica, para superar 54.000, ou seja, mais de mil pessoas por semana). Enfim, o volume das queixas contra a polícia diminui em 10% na costa do Pacífico, ao passo que cresce em 60% na cidade de Giuliani.” *Idem*, p. 28-29.

¹²⁵ O mesmo do Papai Noel de Brasília na cor azul. Vide: PACELLI, Márcio. Papai Noel azul. Revista Veja, Editora Abril, São Paulo, p. 34-35, 28 de fevereiro de 2001.

¹²⁶ WACQUANT, *op. cit.*, p. 31.

Miguel REALE JÚNIOR, após fazer um bosquejo histórico das políticas sociais e repressivas no Brasil¹²⁷, comenta:

Desse modo, diante do exemplo norte-americano, em especial as práticas da polícia de Nova Iorque, instituindo um estado policial em face das populações mais desprotegidas, podemos dizer que já "vimos este filme", ao se instalar, até as primeiras décadas do Século XX, especialmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, mormente com relação aos ex-cativos, uma perseguição policial sem limites, com graves e profundas conseqüências de ordem social, fonte de grande parte dos males até hoje vividos nos conglomerados urbanos desorganizados do Brasil.¹²⁸

A estratégia da "Tolerância Zero", como mostra-se claramente, é ilegítima, podendo-se relacionar algumas razões para esta afirmação: por que autoriza o aparelho policial mediante meras suspeitas (impressões subjetivas e preconceituosas dos policiais) abordar as pessoas (aquelas em "atitude suspeita" como negros, pobres, mal vestidos, "flanelinhas", prostitutas, mendigos, menores carentes, enfim aquelas das camadas mais baixas da sociedade), restringindo seus direitos e sua liberdade; o arbítrio de que passam a ser investidos os policiais, com a sua prática reiterada, cria um terrorismo de Estado, tornando as pessoas indefesas ante esta atuação, ferindo o princípio da segurança jurídica; estas arbitrariedades acabam atingindo não somente as pessoas consideradas individualmente, como ainda os direitos conjunturalmente considerados de toda a sociedade, afastando-se da configuração do estado de Direito; a estratégia, uma vez implantada, confere ação ilimitada aos órgãos de repressão, levando a atos de arbitrariedade com excessos na operacionalização; agride o princípio da legalidade, pois os policiais passam a atuar a seu arbítrio, sem observância das normas procedimentais limitadoras desta atuação (buscas pessoais, domiciliares e em veículos); afasta-se o princípio da proporcionalidade, ao tratar das incivilidades e pequenas infrações do mesmo modo como as infrações graves; viola o princípio

¹²⁷ Vide também: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Da "invasão" da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da "inferioridade" latino-americana*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 103-135, 2002.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 69.

constitucional da "presunção de inocência", ao adotar a postura de ação policial sobre os "suspeitos".¹²⁹

4.8. A NOVA PREVENÇÃO (*Nouvelle Prévention*)

Embora a dificuldade atual em delimitar quais sejam as estratégias e construções teóricas desta "Nova prevenção", pode-se dizer que objetiva minimizar a reiteração de determinados comportamentos, sejam recepcionados ou não pela lei penal, com instrumental diverso do sancionamento de natureza penal.

Normalmente ingressam no processo de criminalização primária (produção das normas), condutas do cotidiano, ditas "incivilizadas" (atos infracionais praticados por adolescentes, grafiteiros, desordens, obscenidade pública, agressividade no trânsito, violência doméstica etc.), bem assim aquelas consideradas de microcriminalidade urbana (pequenas infrações), ocorridas nas ruas e em outros espaços públicos, que contribuem pela sua maior visibilidade e contato mais próximo à sensação de insegurança na sociedade, às quais a doutrina de "Tolerância Zero" entende devã ser tratadas e perseguidas com severidade pelas agências de repressão.

A estas condutas devem ser dirigidas políticas preventivas atuantes sobre contextos sociais e situacionais, procurando evitar a primeira incidência bem como a reiteração, a serem implementadas não somente pelas agências responsáveis, como também pela própria sociedade, afastando-se do caráter meramente punitivo, cujos reclamos levam ao expansionismo do Direito Penal.

Esta "nova prevenção" e a "organização de um discurso preventivo internacional foram influenciadas, a princípio, por algumas experiências realizadas nos Estados Unidos e na Grã Bretanha, tendo se desenvolvido nos anos oitenta na França e no Canadá". O primeiro (modelo anglo-saxão e escandinavo) por iniciativa dos órgãos policiais e do Ministério do Interior; o segundo (modelo

¹²⁹ VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 103.

francês) por iniciativa "das comunidades locais e das organizações municipais ou prefeituras".¹³⁰

A prevenção deve ser dirigida aos autores daquelas condutas, para que não venham a delinquir ou reincidir; como também às potenciais vítimas, para que estas se tornem menos vulneráveis à ação daqueles, incentivando comportamentos sociais, restabelecendo o capital social¹³¹, e a obediência às leis.

Da combinação destes modelos situacional e social de prevenção "é possível uma atuação anterior aos atos desviantes, e não posterior a eles, de maneira a preveni-los e não simplesmente reprimi-los, protegendo, fundamentalmente, as vítimas de agressões, ao invés de proteger simplesmente a validade das normas"¹³².

Na Inglaterra, a prevenção implantada teve como objetivo a redução das oportunidades que propiciam a prática de delitos, através da segurança pessoal, doméstica e ambiental, com a participação vigilante da coletividade nos espaços públicos, envolvendo os moradores de determinadas áreas, em cooperação com a polícia local.

O programa de prevenção comunitária baseia-se no "Neighbourhood Watch" (surgido no final dos anos setenta e início dos anos oitenta nos Estados Unidos e Canadá), através do qual os moradores, saindo da omissão social de simples instalações de dispositivos de segurança para proteger sua propriedade, deveriam engajar-se com o aparelho policial, através de informações acerca de situações e pessoas suspeitas, mas sem atuação direta, aumentando o controle social informal, e resultando numa prevenção-controle sobre os fenômenos criminais.

Também foi lançado um programa de intervenção preventiva através do Ministério do Interior, inicialmente em cinco cidades (1985 - "Five Cities") e depois envolvendo vinte cidades (1988 - "Safer Cities"), com incidência nos

¹³⁰ ZACKSESKI, Cristina. *Da prevenção penal à "nova prevenção"*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 179, jan./mar. 2000.

¹³¹ "O capital social pode ser definido como um conjunto de valores ou normas informais, comuns aos membros de um grupo, que permitem a cooperação entre eles." FUKUYAMA, *op. cit.*, p. 28.

¹³² ZACKSESKI, *op. cit.*, p. 180.

"múltiplos problemas sociais, físicos e econômicos", através de "toda sorte de métodos, desde a melhoria dos edifícios de apartamentos aos programas educativos para jovens; da instalação de iluminação pública diante dos asilos à melhoria da segurança dos conjuntos habitacionais; de uma operação geográfica objetivando um bairro a operações destinadas a grupos vulneráveis"¹³³.

Pelo modelo francês, nascido da constituição de uma comissão (1983 - "Commission des Maires sur la Sécurité") da qual faziam parte prefeitos pertencentes aos quatro maiores partidos nacionais, entende-se que somente através da prevenção social pode-se chegar à prevenção da criminalidade, sendo a segurança um assunto de todos, e isto deve ser buscado por meio de políticas educacionais, habitacionais e de ocupação, máxime nas áreas mais marginais, para afastar a insegurança profissional e social dos jovens, retirando-os do isolamento e da exclusão sociais, com integração de várias forças sociais e institucionais.

Para encerrar, Francis FUKUYAMA, após considerar que "a melhor forma de controle da criminalidade não é uma força policial grande e repressiva, mas uma sociedade que leva seus jovens a obedecer a lei e a dirigir os infratores de volta para o corpo da sociedade por meio de pressões comunitárias informais", cita a obra "The Death and Life of Great American Cities" de Janes Jacobs, na qual a autora descreve a capacidade das redes sociais em áreas urbanas mais antigas para produzir segurança pública, cuja transcrição é oportuna:

Uma área como o North End de Boston na primeira metade do século XX era povoada, em grande parte, por imigrantes italianos e seus filhos. Para os estranhos, o bairro parecia esquelético e desorganizado. Contudo, embora a comunidade fosse de fato pobre em relação à outras na área de Boston, ela possuía um grande estoque de capital social embutido nos relacionamentos entre famílias que existiam em cada quarteirão. Jacobs destacou que o controle da criminalidade era, em grande parte, uma questão de supervisão pelos adultos - literalmente, o número de adultos nas ruas seguindo a pista de jovens com probabilidade de entrar em problemas e estranhos que poderiam desencaminhá-los. Numa vizinhança urbana tão densa, as pessoas estavam nas ruas constantemente, trabalhando, fazendo compras, comendo e levando recados. Os lojistas em particular tinham interesse naquilo que acontecia fora das suas lojas porque o crime era ruim para os negócios. O caráter misto da área - o fato de ser

¹³³ Idem.

parte residencial, parte comercial, com algumas indústrias leves - era essencial para aumentar o número de "olhos na rua" a qualquer momento do dia ou da noite.

Jacobs ilustra o poder deste tipo de rede social descrevendo um incidente ocorrido perto de seu apartamento em Manhattan, quando um homem tentou arrastar uma garotinha para fora da calçada e ela resistiu:

Enquanto eu olhava da nossa janela no segundo andar, pensando em como intervir se isso parecesse aconselhável, vi que não seria necessário. Do açougue no andar térreo havia saído a mulher que, com seu marido, dirige a loja; ela estava de pé à vista do homem, de braços cruzados e um ar de determinação no rosto. Joe Coenacchia, que com seu filho dirige uma mercearia, emergiu mais ou menos no mesmo instante e ficou parado no outro lado. Várias cabeças surgiram nas janelas do prédio, uma janela fechou-se rapidamente e seu proprietário reapareceu um momento depois na porta do prédio. Dois homens do bar vizinho ao açougue vieram para a calçada e esperaram. Do meu lado da rua vi que o chaveiro, o fruteiro e o dono da lavanderia haviam saído de suas lojas e que a cena também estava sendo observada de várias janelas além das nossas. Aquele homem não sabia, mas estava cercado. Ninguém ia permitir que uma garotinha fosse arrastada, mesmo sem saber quem era ela.

Jacobs nota que, no fim das contas, a garota estava sendo arrastada pelo seu pai.¹³⁴

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 39-40.

Capítulo V

ALGUNS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

5.1. SOBRE O CONCEITO DE PRINCÍPIOS

O vocábulo princípio provém do latim *principium*, que quer dizer começo, origem, ponto de partida.

Princípio é: "Ato de principiar; momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez ou em que *alguma coisa tem origem*; a primeira formação de alguma coisa; causa primária, começo, *razão fundamental*; *elemento que predomina na constituição de um corpo organizado*; regra, teoria, preceito moral; estréia, germe, opinião; modo de ver. S.m.pl. Os princípios da vida; as primeiras épocas em que a vida surgiu; antecedentes, primícias, rendimentos; opiniões, convicções; *regras fundamentais e gerais de qualquer ciência ou arte*; *regra fundamental*, doutrina [sem grifos no original]."¹

Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios.²

Sob o enfoque da Filosofia, apresentam-se os princípios em dois significados: é aquilo que explica a origem de um ser, de alguma coisa, no plano da existência, ou é isso relativamente ao plano do conhecimento.

Princípio jurídico é um enunciado lógico implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com eles se conectam.

¹ Grande dicionário enciclopédico Rideel ilustrado. São Paulo: Editora Rideel, 1980, vol. 8, p. 2162.

Princípio, segundo conhecida e já clássica definição de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, se traduz:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. ...

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...³

José Afonso da SILVA, ao tratar do tema, entende que a palavra princípio, por apresentar sentidos diversos, é equívoca. Pode a mesma apresentar-se como *norma de princípio* a significar o início ou esquema de um órgão, entidade ou programa; ou como *princípios fundamentais*, exprimindo o “mandamento nuclear de um sistema”, na expressão já mencionada por Bandeira de MELLO.⁴ É este último aspecto que será alvo de abordagem.

5.2. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA O DIREITO

Ressaltando a importância dos princípios e sua força integrativa ao direito, pode-se trazer à colação Jorge MIRANDA, assim se expressando:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. edição. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 299.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 230.

⁴ *Curso de Direito Constitucional positivo*. 8. Ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1992, p. 84.

simultânea; é *coerência* ou, talvez mais rigorosamente, *consistência*; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.⁵

Os princípios constitucionais podem ser considerados como valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” as diferentes partes da ordem jurídica, consubstanciando-se em premissas básicas desta, irradiando-se para todo o sistema de normas da Constituição, harmonizando-a e propiciando condições de convivência sem atritos. Os princípios constitucionais são a síntese dos valores principais da ordem jurídica.⁶

Princípio, então, é o sistema nervoso que comanda todos os sentidos do ordenamento jurídico, irradiando focos de incidência até o mais longínquo extensor de vontade, quer de ordem pública, quer de ordem particular, na supremacia e obediência dos núcleos verbais contidos no texto magno.⁷

Encontram-se na essência dos princípios os mais significativos valores éticos, sociais e políticos constituindo-se aqueles em “sustentáculo legitimador” do direito e do processo para este atingir as suas finalidades sociais, éticas, políticas, morais.

Mesmo quando se entendia que os princípios não podiam gerar direitos subjetivos, já desempenhavam eles uma função transcendental dentro da Constituição⁸. Eles é que lhe dão vida e estrutura, porque são como a carne no

⁵ *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Lisboa : Coimbra Editora, 1988, p. 196-197.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito-Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro : 1996, p. 287.

⁷ GALVÃO, Flávio Alberto Gonçalves. *Sistema, hierarquia de normas e princípios constitucionais no direito*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, ano 03, n. 13, p. 86, out./dez.1995.

⁸ “Sabe-se que uma Constituição, mais do que um conjunto de normas, que, de fato, como lei, ela efetivamente é, constitui um conjunto de princípios, eis que, materialmente, é ela a concretização de todo um processo de reflexão e elaboração das diretrizes pretendidas pela sociedade, cuja vida ela precisamente vai reger, em sua caminhada para seu pleno desenvolvimento. Contém ela apenas as *têtes de chapitres*, isto é, a enunciação dos princípios de que se desincumbirá a legislação infraconstitucional. Ao reverso do que se dá com as leis em geral, quando se trata de uma Constituição há mais do que a preocupação com o disciplinamento de condutas. Também se pode dizer que o que a caracteriza é a existência ali de princípios, como expressão das expectativas éticas de um povo, a serem implementados não apenas pelos governantes mas por todos aqueles cobertos por essa norma superior.” SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

corpo humano, revestindo, portanto, a ossatura do esqueleto. É o que dá feição de unidade ao texto constitucional, determinando-lhe as diretrizes fundamentais.⁹

Os princípios exercem funções importantes no ordenamento jurídico, podendo ser identificados por duas naturezas:

- a. função ordenadora: nesta, os princípios exercem papel de diretrizes a serem observadas quando da interpretação e integração do direito, contribuindo para sua estruturação como sistema ao atender uma de suas características que é a *coerência*.

Através da utilização dos princípios, como instrumentos do trabalho exegético, é que surge o caminho mais seguro para suprir as lacunas dos dispositivos legais, bem como de chegar-se ao verdadeiro sentido do espírito do ordenamento jurídico, procurando atingir os autênticos fins sociais a que se dirigem.¹⁰

- b. função prospectiva: nesta, os princípios surgem como meios de estabelecimento de concepções mais atualizadas a orientar o regramento jurídico – *lege ferenda* – resultando no aprimoramento do direito a ser aplicado – *lege lata*.

Sobre esta função específica preleciona Jorge MIRANDA, neste sentido:

Exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais). Daí o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que portanto, mais se aproximem da idéia de Direito inspiradora da Constituição (sobretudo, quando se trate de Constituição programática).¹¹

Para Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, são os princípios que, situando-se entre a deontologia e a epistemologia, *inspiram o legislador na criação de*

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 159.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do Direito Processual Civil*. Revista de Processo, n. 23, p.175.

¹¹ Op. cit., p. 200.

*novos institutos, dão ao intérprete o alcance dos existentes e a verdadeira inteligência das normas*¹².

Após se referir à tese weberiana do “paradoxo das conseqüências” afirmando que o homem moderno é um ser ao mesmo tempo mais livre e mais “enjaulado” nos complexos burocráticos, e que o direito é o mais complexo sistema burocrático e como tal pode tanto servir à democracia como a sistemas totalitários ou autoritários, Priscila CAMPANA¹³ evidencia a importância dos *princípios jurídicos legados da modernidade* como instrumentos de ampliação da liberdade em contraposição à reprodução do *status quo*, utilizados, portanto, para aprimoramento da normativa, direcionado à consolidação do Estado de Direito.

Resulta destas duas funções a força dos princípios com relação às regras jurídicas, como instrumentos inafastáveis de integração e interpretação da legislação infraconstitucional aplicável, bem como de sua edificação ou reconstrução.

José Joaquim Gomes CANOTILHO¹⁴, ao tratar da importância dos princípios, atribui-lhes mesmos um caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito, tanto por sua posição hierárquica (princípios constitucionais), como por sua importância estruturada dentro do sistema jurídico (princípio do Estado de Direito). Ainda, que os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de “justiça” ou na “idéia de direito”. Por fim, para o autor lusitano, os princípios possuem natureza normogenética por serem fundamento de regras, encontrando-se na base ou constituindo a razão das regras jurídicas.

A importância dos princípios assume mais destacado papel dentro do sistema de garantias dos direitos fundamentais do homem a fazer prevalecer os valores de proteção à vida, liberdade e propriedade. José Augusto DELGADO, após identificar o fenômeno da complexidade das relações sociais, econômicas,

¹² *O processo civil na nova Constituição*. Revista de Processo, n. 53, p. 78.

¹³ *Magistrados orgânicos e ética da responsabilidade*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 32, p. 151, 1999.

¹⁴ *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 166-168.

políticas, familiares, educacionais e patrimoniais e dos desafios vividos pelo ordenamento jurídico para observá-las, preleciona que:

A identificação da complexidade assinalada revela, conseqüentemente, não ser possível o estudo das regras jurídicas processuais que garantem os direitos dos cidadãos, apenas à luz singela da norma positiva posta para execução, por exigir concepção muito mais alargada, que passa, necessariamente, por uma visualização dos princípios informativos do direito processual, por serem transmissores, de modo explícito ou implícito, das dificuldades já comprovadas de se tornarem eficazes as normas expressivas de tais prerrogativas.¹⁵

Estado de Direito e Direitos Fundamentais, dois aspectos insertos na apreciação dos princípios.

No tópico seguinte passar-se-á a tratar de alguns dos princípios limitadores do poder punitivo estatal¹⁶, inclusive do processo de criminalização, infelizmente cada vez mais intenso, máxime a partir da década de 90, fruto de uma síndrome alarmista dos chamados índices de criminalidade, ressurgindo com bastante vigor a ideologia do Movimento da Lei e da Ordem – aumento de condutas criminalizadas e penalização mais rigorosa.

Decorrentes dos ideais de liberdade e igualdade, gênese dos direitos humanos fundamentais de primeira e segunda dimensão, tais princípios estabelecem limitações ao exercício do poder estatal em respeito àqueles. São princípios fundamentais de Direito Penal que devem ser observados num Estado Social e Democrático de Direito, como se pretende no Brasil.

Encontrando-se, explícita ou implicitamente, previstos no texto constitucional pátrio, norteiam a atividade legiferante infraconstitucional no sentido de estabelecer um Direito Penal garantista e minimalista (Direito Penal Mínimo). São “princípios de direito penal constitucional” ou “princípios (ou valores) constitucionais pertinentes à matéria penal”¹⁷. Os primeiros, com conteúdo essencialmente penalístico, constitucionalizam, por assim dizer, o sistema penal,

¹⁵ *A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão*. Trabalho publicado na coletânea “As Garantias do Cidadão na Justiça”, coordenado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 63.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte geral*. 6. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2000, vol 1, p. 9.

¹⁷ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 22 - 23.

colocando a pessoa como sua preocupação central e estabelecendo um disciplinamento nas suas relações com o Estado, quanto ao uso do poder punitivo. Os segundos tratam de matéria essencialmente constitucional, mas dada a sua heterogeneidade, são aplicáveis a vários ramos do direito, inclusive em seara penal.

Não se poderia, ao fazer menção a um Direito Penal garantista, deixar de buscar o ensinamento de Luigi FERRAJOLI, em sua obra sustentáculo da Teoria do Garantismo, no seguinte sentido:

“[...] Se comprende que, así entendido, el ‘garantismo’ no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales – de la vida e la libertad personal, de las libertades civiles e políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos – representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos ‘artifícios’ – como los llamó Hobbes – que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia”¹⁸.

É através destes princípios limitadores do processo de criminalização que se poderá concretizar o abrandamento da voracidade punitiva do Estado como meio violento de controle social, eliminando-se tipos penais e evitando os surgimentos de novas figuras delitivas, sem, contudo, se descuidar daquelas condutas realmente lesivas e que merecem ser recepcionadas pelo ordenamento penal.

Da “influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à *secularização* do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional, que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico”.¹⁹

A complexidade cada vez mais acentuada da sociedade acaba fazendo surgir novos e também mais complexos conflitos sociais, os quais

¹⁸ Op. cit., p. 28-29.

¹⁹ Vide: PALAZZO, *op. cit.*, p. 87.

impulsionaram o Direito Penal a dar respostas, passando a se ocupar destes novos campos da atividade humana (relações de consumo, meio ambiente, relações fiscais, segurança do tráfego etc.). No entanto, estas respostas têm surgido através de uma inflação legislativa de normas penais, com ênfase em seu aspecto intimidatório (prevenção geral) ou com caráter meramente tranquilizador do corpo social, através do que se convencionou chamar de “Direito Penal Simbólico”²⁰, contraproducente em termos de política criminal e comprometedor dos direitos fundamentais, ainda arraigado em conceitos clássicos deste ramo do direito.

Tal atitude, de recorrer-se cada vez mais à via punitiva para solução de conflito, segundo Raúl CERVINI, é o reconhecimento de “um fracasso coletivo, pois, intrinsecamente, a pena representa um mal que deve ser evitado na medida do possível”. E prossegue o autor:

“O legislador deve ter isto presente na hora de criar novas normas penais ou ao ponderar a real necessidade das muitas já existentes, tomando consciência de que não deve buscar a solução fácil da via punitiva para erradicar problemas ante os quais não se tentou ainda todas e cada uma das estratégias aconselháveis, nem menos, todavia, para tranquilizar o eleitorado ante o aparecimento de alterações sociais. Em suma, o Direito Penal não deve ser um ‘remendo’ de desajustes sociais incipientes mas sim o último recurso da comunidade”²¹.

Diante desta inflação legislativa em seara penal, torna-se ainda mais significativa a universalização dos direitos fundamentais e a consolidação de um Estado Democrático de Direito, quando não a limitar o campo de atuação estatal na produção de normas penais, a fixar rígidos critérios para a aplicação destas. Surge, desta situação, a necessidade de interação do Direito Penal com outras disciplinas afins, como a Criminologia, a Sociologia, o Direito Constitucional, o Direito Internacional Público, num processo de interdisciplinaridade, e com balizamento pelos princípios jurídicos dentre outros, como o da intervenção

²⁰ Neste sentido: ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. *O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais*. Revista dos Tribunais, n. 772, p. 474, fev. 2000.

²¹ *Os processos de descriminalização*. Tradução de Eliana Granja. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 194.

mínima, da proporcionalidade, da subsidiaridade, do devido processo legal substantivo.

5.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade (para os alemães – *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) ou razoabilidade (para os americanos)²², também denominado de princípio da “ponderação dos interesses”, da “redução do excesso”, da “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*) ou da “vedação de excesso”, origina-se e desenvolve-se a partir de outro princípio sustentáculo de toda construção principiológica, o do devido processo legal (cláusula *law of the land* – Magna Carta de 1215), do qual se tratará na seqüência com mais minúcias.

“O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do Estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (CFR, art. 272º/1). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*Übermaßverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (CFR arts. 18º/2, 19º/4, 265º e 266º/2). Discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores pretendem deriva-lo do princípio do Estado de Direito outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os direitos fundamentais (CFR Ac TC 364/91, DR I, Ac 23/8 – Caso das ineligibilidades locais)”²³.

Verifica-se, portanto, que embora o princípio que estará sob comento já possua gênese remota, os doutrinadores pátrios do Direito Constitucional e demais ramos do direito somente mais recentemente dão-se conta da

²² Ambos os vocábulos – proporcionalidade e razoabilidade - são usados, em sua maioria, indistintamente, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, na Europa continental como no Brasil (vide: BARROSO, *op. cit.*, p. 215), sendo que a primeira expressão é mais utilizada entre os autores alemães, franceses, espanhóis, suíços e austríacos (vide: BONAVIDES, *op. cit.*, p. 366).

²³ CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional. 6ª edição. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 382.

necessidade de reconhecê-lo e empregá-lo para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.²⁴

O princípio da proporcionalidade (o *princípio dos princípios* – segundo GUERRA FILHO) não possui expressa previsão no atual texto constitucional, no entanto, deve ser observado como “verdadeiro princípio ordenador do direito”²⁵, cuja essência e destinação é a preservação dos direitos fundamentais.²⁶

Por decisão do STF prolatada em 11 de maio de 1994, foi este princípio alçado à posição de postulado constitucional, assentado na cláusula do devido processo legal, em sua faceta de garantia material (*substantive due process*).²⁷

Através deste princípio é que se possibilita a racional ponderação sobre a situação conflituosa surgida entre princípios, direitos fundamentais, interesses e bens jurídicos, de modo a impor-se os menores sacrifícios às partes.

Importa o princípio da proporcionalidade na concreta avaliação a respeito da legitimidade dos meios e dos fins perseguidos, como também da adequação desses meios à consecução dos propósitos desejados, da necessidade de sua utilização e da razoabilidade, como justa medida do sacrifício de um direito em detrimento de outro.

Estes três momentos encontram-se esquematizados por CANOTILHO²⁸, quando trata do princípio da proibição de excesso, tido por ele como super conceito, da seguinte maneira: princípio de conformidade ou adequação de meios (as medidas escolhidas devem ser capazes de atingir os objetivos

²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública*. Revista de Processo, n 82, p. 74.

²⁵ GUERRA FILHO, *Princípios da isonomia...*, p. 75.

²⁶ “Nos Estados Unidos, como visto, o princípio se assenta na cláusula do devido processo legal, constante das emendas n. 5 e 14 à Constituição. Na Argentina, como assinala com orgulho a doutrina, o princípio remonta ao texto original da Carta, que, no art. 28, estabelecia que os princípios, garantias e direitos reconhecidos na Constituição não poderiam ser alterados por leis que regulamentassem seu exercício. No direito constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de direito. Em Portugal, ele vem materializado em regras expressas da Constituição, notadamente a da proibição de excesso.” BARROSO, *op. cit.*, p. 223.

²⁷ Adin n. 958, rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 16.5.94, p. 11.675, *in A Constituição na visão dos tribunais*, TRF da 1ª Região, Gabinete da Revista, vol. 1, 1997, p. 368.

²⁸ *Op. cit.*, p. 382-384.

propostos); princípio da exigibilidade ou da necessidade (conhecido ainda como princípio da menor ingerência possível, quando se verifica se a medida escolhida é a menos gravosa entre as opções postas a disposição) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (o sopesamento entre os danos advindos com a medida optada e os benefícios por esta alcançados)²⁹.

Tanto a cláusula como o princípio são conceitos relevantes a serem observados constantemente para a efetivação do “equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos”, servindo como parâmetros “dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.³⁰

A atividade normativa do Poder Público, parte de situações fáticas (Teoria Tridimensional do Direito de Miguel REALE – fato, valor, norma), passando à eleição de meios para atingir determinados fins. Estes – fatos concretos, meios e fins - constituem os elementos para a criação do direito. Aqui surge a primeira função da razoabilidade ao aferir a racionalidade e a proporcionalidade entre estes elementos, dentro da própria lei; é a razoabilidade interna³¹. Após, analisa-se a razoabilidade externa consistente na compatibilidade normativa com os valores que, explícita ou implicitamente, encontrem-se no texto constitucional³². Por fim,

²⁹ “[...] Para tanto, tomar-se-á como referência a concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, segundo a qual o *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a *adequação* (*Geeignetheit*), a *necessidade* (*Enforderlichkeit*) e a *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismässigkeit*), os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.” BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 75.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1999, p. 215.

³¹ “Por exemplo: se, diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma, em princípio, afigura-se válida. Ao revés, se, diante do crescimento estatístico da IADS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida é irrazoável. Isto porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.” Idem, p. 217.

³² “Suponha-se, por exemplo, que, diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade de vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não-residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma desse teor

deve-se sopesar os danos resultantes com os objetivos pretendidos ou, no dizer de CANOTILHO, "Meio e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim"³³.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, inicialmente, como já colocado, tinha aplicabilidade na área do Direito Administrativo, junto ao Poder Executivo, limitando sua potestade na relação com os indivíduos da sociedade, funcionando como medida a legitimar o exercício do poder de polícia. Também junto ao Poder Judiciário era utilizado para propiciar racionalidade e proporcionalidade nas decisões, máxime quando da apreciação de medidas cautelares.

No entanto, já quanto a sua aplicabilidade referente aos atos do Poder Legislativo, encontra resistência calcada nas posições clássicas advindas da separação dos poderes.

Ao apreciar o ato legislativo sob o enfoque do princípio sob comento, considerando os três momentos já mencionados, o operador do direito ultrapassa a mera verificação de sua legalidade objetiva para analisar também o mérito daquele, inserto já na discricionariedade do legislador. Esta atuação é desaprovada sob o argumento de que não pode o julgador arvorar-se na posição de legislador, o que estaria ocorrendo se fosse permitida esta análise. Tal resistência apresenta-se com mais rigor em nosso sistema de direito com tradição romano-germânica (*Civil law*), ainda apegado a conceitos clássicos que não fornecem respostas as situações conflituosas surgidas na moderna sociedade complexa.

Embora verdadeira esta assertiva, dentro de um Estado Democrático de Direito, não menos verdadeira é a necessidade de que o Judiciário esteja sempre atento à elaboração legiferante, a qual deve resultar da observância dos

poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros, etc." Ibidem.

³³ *Op. cit.*, p. 383-384.

valores fixados constitucionalmente, principalmente aqueles garantidores dos direitos fundamentais.

Embora o princípio não encontre expresso assento constitucional nem mesmo no atual texto³⁴, como já dito, é ele extraído da cláusula do devido processo legal em seu caráter substantivo, esta expressamente prevista no artigo 5º, inciso LIV, se adotado o posicionamento norte americano; ou será ele considerado inerente ao Estado de direito³⁵, mesmo que não escrito, pois decorrente implicitamente do sistema principiológico, se esposada a doutrina alemã. Tanto num como noutro, este princípio é considerado integrante do sistema constitucional brasileiro devendo ser aplicado na apreciação dos casos concretos. Configura-se, portanto, em importante instrumento a ser utilizado, máxime pelo sistema judiciário, na efetivação dos direitos fundamentais, mesmo em casos de conflitos entre eles.

A jurisprudência caminha no sentido de adoção deste postulados, podendo ser citada a manifestação do Ministro Celso de MELLO, como relator na ADIn nº 1.148-8- AM, STF:

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra *qualquer* modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, *destituída do necessário coeficiente de razoabilidade*.

Isso significa, *dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado*, que este *não dispõe* de competência para legislar *ilimitadamente*, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

O princípio da proporcionalidade adquire relevância, sendo decorrente do devido processo legal conforme uma das correntes, quando da aplicação deste, também em matéria penal, no seu aspecto substantivo (*substantive due process*), como será exposto adiante.

³⁴ “A ausência de uma referência explícita ao princípio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como ‘norma fundamental’, nos termos da Teoria Pura Kelseniana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo ‘posta’ (positivada) e ‘pressuposta’ (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo). GUERRA FILHO, *Processo constitucional...*, p. 83.

³⁵ Em sentido contrário: GUERRA FILHO, *idem*, p. 84.

5.4. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Como já referido, vive-se uma fase histórica, cuja década de 90 foi prodigiosa³⁶ de “inflação legislativa” em matéria penal, através de um cipoal de textos legais, com conteúdo de uma cada vez maior criminalização e penalização,³⁷ olvidando que “la criminalización de un hecho solo es correcta cuando éste es sentido por la colectividad como contrario a algún principio o norma fundamental para el funcionamiento de los sistemas sociales”³⁸, como instrumentos tidos de combate à criminalidade crescente. É a ideologia do Movimento da Lei e da Ordem³⁹, consequência de uma sociedade vitimada pela falta de segurança, que desesperadamente clama pela severidade das penas. É o panpenalismo a eleger

³⁶ “Nas duas últimas décadas e, em especial, na década de noventa, notou-se uma flagrante manipulação do Direito Penal que se tornou, não raro, o canal de expressão de determinadas posturas político-criminais”. FRANCO, Alberto Silva. *Novas tendências do direito penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 56, edição especial, p. 2, jul. 97. “[...] é interessante o fenômeno legislativo brasileiro ocorrido na década de 90, caracterizado por uma legislação incriminadora, abrangendo situações anteriormente não contempladas e também exasperadora de penas, aumentando o quanto temporal das penas corporais, impondo restrições à obtenção de benefícios na execução de penas de alguns delitos, suprimindo garantias processuais e criando situações esdrúxulas, não raro, com ofensas ao princípio da proporcionalidade. [...] Tal fenômeno, entre nós e como salientado, ganhou incremento a partir de 1990, em decorrência de um fato individualizado: o seqüestro do empresário Abílio Diniz, dirigente de importante conglomerado empresarial especialmente voltado para o nicho de supermercados; mas a semente já se encontrava plantada no Texto Constitucional de 1988, com a criação dos delitos chamados de hediondos.” FELIPETO, Rogério. *Nova feição do direito penal*. Revista dos Tribunais, 90 ano, n. 792, p. 528, out. 2001

³⁷ “Nunca, porém, é demais advertir que o panpenalismo, isto é, a utilização do Direito Penal como uma espécie de ‘panacéia para todos os males’, quando não traduz uma bastardização deste instrumento de controle social, pode representar uma completa desmoralização decorrente de sua inoperância e ineficácia”. TORON, Alberto Zacharias. *Prevenção, retribuição e criminalidade violenta (O “Tao” do Direito Penal)*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 7, jul./ago./set. 1993.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. 1. ed. Barcelona : Editorial Ariel, 1994, p. 156.

³⁹ “O Estado Brasileiro, fruto de todas as políticas, de todas as épocas, promulgador de uma Constituição elaborada ainda sob o **signo da dor** (o regime de exceção é lembrança ainda presente), lastreada em feridas, cicatrizes e, sobretudo, dívidas, acabou não sabendo contabilizar, ele próprio, no balanço de todas as contradições sociais, os direitos/garantias de réus/vítimas, buscando equacionar com sua tutela a proteção da sociedade. Nesse sentido, acabou abrindo um imenso hiato, entre os valores da pessoa humana e a conveniência social, tantas vezes, confundindo-se tais valores como se houvesse o próprio direito à criminalidade, tamanha a complacência – os exemplos são muitos e multifários – no trato para com o criminoso, como se o delinquente comum, ainda fosse hoje aquele vitimado político do regime autoritário. Nesse panorama, o surgimento do **Movimento da Lei e da Ordem** encontrou guarida e fortaleceu-se perante a opinião pública e muito – repise-se, muito! – deve-se aos próprios doutrinadores e legisladores que não souberam balancear os direitos históricos conquistados pelo **Direito penal liberal** com a necessidade da tutela social, face ao avanço da criminalidade.” BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1997, p. 97-98.

o Direito Penal como único remédio de tratamento desta patologia, afastando-se de sua característica de *ultima ratio* e transformando-o em *prima ratio* ou *sola ratio*, traduzindo “uma bastardização deste instrumento de controle social”. É o Estado assumindo um papel intervencionista com dimensão expansionista, o que acarreta uma intensificação legislativa⁴⁰, adotando não o ideal de um Direito Penal garantidor, mas utilizando-o como instrumento político de máxima intervenção na vida do cidadão e da sociedade (Direito Penal Máximo).

Poder-se-ia concluir existente contradição entre a adoção deste princípio com o reclamo da necessidade de um Estado Social intervencionista. No entanto, não é assim, e para isto, vem em socorro Santiago MIR PUIG, que preleciona:

[...] *Es igualmente compatible dicho principio con la concepción actualmente dominante del Estado social intervencionista?* Al tiempo que, en mayor o menor medida, hoy suele considerarse positiva una intervención asistencial, tuitiva y de fomento por parte del Estado, se siente rechazo ante la actividad *represiva* del mismo. No hay en ello contradicción alguna: la admisión de un Estado social, que interviene para procurar *bienestar* a los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que restrinja la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección. Al contrario, en un Estado social al servicio del individuo, la intervención penal solo se justifica cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos.⁴¹

Prossegue o mesmo autor⁴², trazendo à baila um duplo perigo que surge da filiação a um intervencionismo estatal, embora perfeitamente congruente a existência de um Estado social com esta característica e a observância ao princípio na atividade legiferante penal. Assim, este modelo de estado “puede caer en la tentación de utilizar el Derecho penal como apoyo de una política de gobierno determinada. Es este riesgo más intorelable, que tiende a la maximalización de la eficacia del poder público”. Também pode o Estado social “confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, *difundidos* entre amplias capas de la población, con la conveniencia de una intervención

⁴⁰ “El aumento de los cometidos del Estado intervencionista se traduce, como es notorio, en un incremento consiguiente de su actividad legislativa, y éste, a su vez, en la tentación de sancionar la infracción de las nuevas normativas con penas criminales cada vez que se pretende el mayor grado de *eficacia* posible.” MIR PUIG, *op. cit.*, p. 154.

⁴¹ Idem, p. 151-152.

penal para prevenir su ataque”. Tais justificativas são inadmissíveis mesmo que a ação estatal objetive salvaguardar interesses da coletividade, dada a severidade do Direito penal como instrumento intervencionista, do qual somente pode-se lançar mão quando inquestionavelmente necessário para a proteção social.

Apresenta-se modernamente a utilização do Direito penal com duas tendências, que Alberto Silva FRANCO trata como funcionalização⁴³ (promocional e simbólica) e desformalização^{44 45}.

Segundo o penalista brasileiro, a *função promocional*⁴⁶ dada ao Direito Penal consiste em seu afastamento da tutela de bens fundamentais à convivência social⁴⁷, substituída pela sua instrumentalização com objetivo de promover mudança e transformação social ou de imposição de novos valores, transformando os princípios de organização da sociedade, como por exemplo, através dos novos tipos penais previstos no Código de Defesa do Consumidor (CDC), nas leis contra a ordem tributária e econômica, na lei sobre engenharia genética etc. Esta promoção de valores não é função do Direito Penal e sim de outros instrumentos de controle social, difusos ou institucionalizados não punitivos⁴⁸. Em sua *função simbólica*, o Direito Penal é dirigido a mostrar à opinião pública a presença de um legislador atento e preocupado com a criminalidade, como por exemplo, através da Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Crime Organizado, a Lei de Tortura, entre outras⁴⁹. Esta funcionalização culmina por

⁴² Ibidem, p. 152.

⁴³ Vide: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos de doutrine penal*. Portugal, Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 155–185.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 2.

⁴⁵ Vide HASSEMER, Winfried. CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia : Editora Tirant lo Blach, 1989, p. 173-175.

⁴⁶ “Debe evitarse caer en la tentación de extender al Derecho penal el papel *promocional* que corresponde a otros sectores del Derecho en un Estado social. Como señala Bricola, se opone a la aspiración de una intervención mínima del Derecho penal la tendencia a considerarlo el instrumento más idóneo para resolver los principales problemas de una sociedad en crisis.” MIR PUIG, *op. cit.*, p. 154

⁴⁷ “O direito Penal tende muito menos a reação às lesões mais graves ao interesse de liberdade dos cidadãos e tende a se tornar muito mais um instrumento de defesa da política interna”. HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 2, n. 8, p. 61, 2003.

⁴⁸ Sobre as formas de controle social, vide: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

⁴⁹ Winfried Hassemer, ao tratar das “tendencias del derecho penal en la República Federal de Alemania”, no que se refere a esta função simbólica entende “que – en contra de la opinión de los expertos que consideran que la agravación de las conminaciones penales no aumenta el efecto intimidatorio, y que

afetar a função formalizadora do sistema penal. Eis a segunda tendência, a desformalização que propicia a construção de tipos conceitualmente vagos e imprecisos, as cominações de penas desproporcionadas, afetando ainda preceitos até então rigorosos quanto ao processo criminal⁵⁰. Tanto a função promocional como a função simbólica podem ser desempenhadas pela norma penal, mas isto não quer dizer que possam justificar e legitimar a atividade criminalizante e punitiva do Estado.

Embora passados séculos, ainda os legisladores pátrios se descuram do ensinamento de Cesare Bonecasa BECCARIA sobre a necessidade de buscar-se a prevenção dos crimes, evidenciando o aspecto minimalista do Direito Penal, nos seguintes termos:

"É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo, pois *uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livra-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência* (sem grifo no original)."⁵¹

Objeto de discussões em vários encontros e congressos, esta ânsia incriminadora alastrada mundialmente foi tratada pelo Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade, que publicou em Strasburgo, no ano de 1980, o Informe sobre a Descriminalização, no qual fixa três processos⁵² para combater

denuncian los 'déficits del sistema penitenciario' – consigue de todos modos que el legislador reconozca con rapidez en la opinión pública una 'necesidad de actuación' y que la satisfaga con prontitud. Pero esta ganancia simbólica cuesta cara y se paga con una pérdida de la credibilidad y la justicia del derecho penal que, de algún modo defrauda las expectativas de los ciudadanos". *Persona, mundo y responsabilidad – bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde y M^a Del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999, p. 35.

⁵⁰ Ainda Hassemer, sobre esta desformalização aduz que: "En el derecho procesal penal, las actuales reformas se caracterizan por su finalidad de acortar, abaratar y desformalizar el proceso, así como por la eliminación de todos os obstáculos que puedan perturbarlo, sean desde el lado del inculpadado, como del defensor. Las reformas que favorecen los intereses de la víctima se hacen a costa del imputado y del Estado como detentador del monopolio del *ius puniendi*. Incluso el principio, tan importante en la jurisprudencia penal y constitucional alemanas actuales, de 'funcionalidad de la administración de justicia penal', favorece ciertamente la efectividad y la economía del proceso, pero a costa de su formalización". Idem, p. 31.

⁵¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo : Hemus Editora, 1996, p. 92.

⁵² Vide: CERVINI, *op. cit.* p. 72–77.

aquela, a saber: a *descriminalização*⁵³ - com a retirada de determinadas condutas do catálogo de infrações delituosas (*abolitio criminis*), as quais passam a ser indiferentes penais; são condutas que, embora tipificadas, até então tidas como de lesividade grave para a sociedade naquele momento de sua evolução histórica, passam a perder a utilidade social tornando-se anacrônicas, a deslegitimar o Direito Penal, impondo a sua retirada do rol de ilícitos penais (“deflação legal”) e, se for o caso, o seu tratamento por outro ramo do Direito; a *despenalização* - consistente no abrandamento das penas ou sua substituição pelas já comumente conhecidas penas alternativas de maior benignidade, mantendo o caráter ilícito penal da conduta; não significa deixar de aplicar e executar uma pena e sim deixar de submeter o condenado à privação de liberdade, afastando o seu encarceramento; e a *diversificação* - com a interrupção ou suspensão do processo criminal, deixando às partes a solução do conflito com a intermediação de organizações comunitárias. Embora a descriminalização seja objeto de consenso na esfera doutrinária, lamentavelmente na esfera legislativa o inverso é verdadeiro.

O sistema penal é a forma mais violenta⁵⁴ de controle social⁵⁵ institucionalizado – *controle social punitivo institucionalizado*⁵⁶ - pois,

⁵³ Segundo Hulsman, a descriminalização é “[...] o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz)”. Para Peter Lejins, a “descriminalización significa el proceso por lo cual cierta categoría de actos son removidos de la lista de aquellos que la sociedad ha clasificado como criminales; significa los procesos por los cuales algunos de los actos que la humanidad en algún momento había clasificado como crímenes, son eliminados de esa categoría”. *Apud*, CARVALHO, Salo de. *A política de drogas no Brasil do discurso oficial às razões da descriminalização*. 1. ed. Rio de Janeiro : Luam Editora, 1996, p. 194-195.

⁵⁴ “Pela concepção clássica, o Direito Penal é na verdade um meio violento, mas é ao mesmo tempo um instrumento da liberdade civil. É, por isso, irrenunciável para o convívio dos homens, e deve, sem dúvida, ser colocado na corrente, pois não pode se tornar independente. Não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos problemas sociais”. HASSEMER, Winfried. *Características e crises ...*, p. 57.

⁵⁵ “[...] o sistema penal caracteriza-se como o mais violento instrumento de controle social, atuando sempre por meio da imposição de dor, aflição, sofrimento.” SICA, Leonardo. *Medidas de emergência, violência e crime organizado*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, n. 126, p. 9, mai. 2003.

⁵⁶ “Chamamos ‘sistema penal’ ao *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a idéia geral de ‘sistema penal’ em um

diferentemente das esferas civil e administrativa, incide sobre um bem fundamental⁵⁷ do ser humano, de maior hierarquia depois do bem vida – a liberdade⁵⁸ – o qual somente pode ser relativizado em situações tais que justifiquem essa intervenção⁵⁹. Somente diante de um delito – grave ataque a bem jurídico que o Estado quer proteger – é que deve haver a reação estatal, intervindo no domínio da individualidade do infrator, através de uma sanção⁶⁰. Deve a mesma, portanto, ser mínima, fixando-se limites sob pena de falta de legitimação, em especial num Estado Democrático de Direito.

Uma vez ocorrente situação conflituosa de significativa intensidade, deve o Direito Penal e todo sistema ser chamado a intervir na sociedade; caso contrário, outros meios de intervenção, informais ou formais, civis ou administrativos, menos gravosos devem ser utilizados. Não deve ser utilizado o Direito Penal para atingir todas as condutas, por mais imorais, anti-sociais ou anti-éticas que se afigurem, mas somente incidente sobre aquelas que violem ou ameacem de violação bens jurídicos consideráveis para a vivência em sociedade⁶¹. Se a violação ou ameaça podem ser suficientemente controladas por outros meios não criminais de política social, deve o Direito Penal não se imiscuir no conflito, solucionável a contento por aqueles.

sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal”. ZAFFARONI; PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁷ “[...] o direito penal não pode ser utilizado sem que se estabeleçam critérios rígidos e racionais, já que ele atua na restrição de direitos, liberdades, e garantias do indivíduo, embora no intento de colocar a salvo, também, direitos, liberdades e garantias individuais e coletivas, fundamentais à vida em sociedade. Este é um conflito marcado pela coexistência de perda e ganho de liberdade no lidar com a liberdade, posto que a sua limitação deve agir em favor da sua salvaguarda.” BIANCHINI, Alice. *Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva*. Revista dos Tribunais, n. 772, 89º ano, p. 459-460, fev. 2000.

⁵⁸ Verificando-se os direitos individuais fundamentais previstos no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, constatamos que a liberdade encontra-se hierarquicamente localizada logo após o bem “vida”.

⁵⁹ “Justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella solo como remedio extremo”. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. *Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Tercera edición. Madrid : Editorial Trotta, 1998, p. 465.

⁶⁰ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 44.

⁶¹ “Por sua vez, o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que

Maria Lúcia KARAM, evidenciando o aspecto mínimo de que deve revestir-se o Direito Penal e sua substituição por outros instrumentos de controle no trato de comportamentos desviantes que ofendam bens jurídicos, traz o seguinte ensinamento:

“Ao contrário, o efetivo resgate de um direito penal, que, por sua própria natureza, haveria de ser sempre mínimo, pressupõe a paralela concretização de mecanismos não penais de controle e medidas preventivas para proteção dos bens jurídicos e evitação de condutas danosas, com a sinalização de soluções menos perniciosas e mais eficazes, que substituam a ineficaz e perversa reação punitiva, a descriminalização nem sempre significando a aceitação da conduta descriminalizada, nem necessariamente implicando no afastamento do caráter socialmente negativo da situação considerada, nem tampouco do controle exercido através de agências estatais”.⁶²

Embora o princípio da reserva legal – “não há crime sem lei anterior que o defina” -imponha limites ao arbítrio judicial, não possui o mesmo efeito com relação ao Estado, o qual poderia, mesmo observando-o, produzir tipos penais desnecessários, injustos, com penas desproporcionadas. Assim surge o princípio da intervenção mínima⁶³, implicitamente decorrente do normativo constitucional como será visto, não como negação do Direito Penal, mas para estabelecer limitações ao poder incriminador do Estado que o exerce através da atividade legiferante, legitimando-o⁶⁴, ao estreitá-lo somente para aquelas condutas onde se

não podem ser eficazmente protegidos de outra forma”. PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 49.

⁶² *Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 349, jan./mar. 2000.

⁶³ Fundamentos da teses de intervenção mínima: “O primeiro fundamento da Teoria do Direito Penal Mínimo sustenta a necessidade do estabelecimento de uma legislação penal em menor escala destinada à preservação dos direitos humanos e liberdades individuais para garantir a defesa dos mais fracos e evitar reações injustas e indesejáveis, tanto as provenientes de instituições públicas ou privadas, como as lançadas pela própria vítima. O segundo fundamento da Teoria do Direito Penal Mínimo aprofunda a concepção de que é preciso limitar o Direito Penal, que está a serviço de grupos minoritários, para torná-lo verdadeiramente mínimo, porque a pena, representada em sua manifestação mais drástica pelo sistema penitenciário, é uma violência institucional que limita direitos e reprime necessidades fundamentais das pessoas, mediante a ação legal ou ilegal de servidores do poder, legítima ou ilegitimamente investidos na função.” OLIVEIRA, Edmundo. *Abolição das prisões ou direito penal mínimo*. Revista Prática Jurídica, Brasília, ano II, n. 13, p. 43, abr. 2003.

⁶⁴ “A legitimação da criminalização de um fato, como decorrência do dispositivo mencionado decorre da mesma constituir o meio inalterável e necessário para a adequada proteção de um bem jurídico”. LUISI, Luiz. *O princípio constitucional penal da intervenção mínima*. Ciência Penal. Coletânea de Estudos, Mauricio Kuehne (org.), Ministério Público do Paraná, Curitiba, JM Editora, p. 269, 1999. Ainda: Bitencourt, *op. cit.*, p. 37.

apresente como necessária a criminalização para a tutela do bem jurídico considerado. Aquele princípio deve estar adstrito a este – “não há crime sem lei anterior e necessária que o defina” -. O garantista Luigi FERRAJOLI, ao tratar do princípio da necessidade – *nulla lex poenalis sine necessitate* (axioma A3), *nulla poena sine necessitate* (tesis T12), *Nullum crimen sine necessitate* (tesis T20) - evidencia o nexo entre este e o princípio da reserva legal, nos seguintes termos:

“Es evidente el nexo de este principio con el de reserva de ley, que debería vetar o, cuando menos, obstaculizar la inflación penal, y, por otro lado, con la función, ya descrita, del derecho penal mínimo como ‘*ius necessitatis*’ y de la pena como mal menor para quien la sufre y para la generalidad”.⁶⁵

E prossegue o tratadista, quanto ao caráter minimalista das proibições penais:

“Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su ‘absoluta necesidad’ son, a su vez, las *prohibiciones mínimas necesarias*, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal”.⁶⁶

Muito embora utilizado como argumento pela teoria deslegitimadora do Abolicionismo Penal⁶⁷ (Movimento surgido na Europa em 1980), com a qual não deve ser confundida a intervenção mínima, Louk HULSMAN⁶⁸ traz à reflexão a parábola dos cinco estudantes para concluir pela inexistência de crimes ou delitos, com a existência de situações problemáticas que podem ser resolvidas diretamente pelas pessoas envolvidas. Esta serve como exemplo sobre a possibilidade de que determinados fatos históricos podem, mais eficazmente, ser

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 465-466.

⁶⁶ *Idem*, p. 466.

⁶⁷ “Louk Hulsman, seguido pelos divulgadores do Abolicionismo, como os criminólogos Thomas Mathiesen, na Inglaterra, e Jaqueline Bernat de Celis, na França, apresenta a proposta de acabar com as prisões e abolir o próprio Direito Penal, substituindo ambos por uma profilaxia de remédios para as situações-problema com apoio no diálogo, na concórdia e na solidariedade dos membros dos grupos sociais, no sentido de que, assim, sejam decididas as questões das diferenças, choques e desigualdades, mediante o uso de instrumentos que podem conduzir à privatização dos conflitos e transformando o juiz criminal em juiz civil. O Direito Civil e o Direito Administrativo preencheriam a ausência do Direito Penal, resolvendo até mesmo graves infrações, tais como a violência sexual.” OLIVEIRA, Edmundo, *Abolição das prisões...*, p. 42.

resolvidos através de outros métodos de controle social menos violento, que não somente o punitivo, observando o aspecto minimalista do Direito Penal. Eis a situação:

"Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: 'o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague'. O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: 'ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...'. O último, enfim, sussurra: 'a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse vamos juntos fazer um exame de consciência'".⁶⁹

Após a parábola, prossegue o autor abolicionista:

"Aqui se tem quase toda a gama de reações possíveis diante de um acontecimento atribuível a uma pessoa: o estilo punitivo, os estilos compensatório, terapêutico, conciliador... Se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação **punitiva**, freqüentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatorias, etc..."⁷⁰

Tratando dos princípios de política criminal - Culpabilidade, Estado de Direito e Humanidade – Hans-Heinrich JESCHECK ensina que cabe a esta a missão de, entre outras, adequar o Direito Penal para proteger a sociedade, ao estabelecer "qué límite puede extender el legislador el Derecho penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente

⁶⁸ Criminólogo holandês (Dordrecht – Holanda), professor da *Erasmusuniversiteit Rotterdam*.

⁶⁹ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. 2. ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1997, p. 100. Complementa o autor: "Chamar um fato de 'crime' significa excluir de antemão todas estas outras linhas; significa se limitar ao estilo **punitivo** – e ao estilo punitivo **da linha sócio-estatal**, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de 'crime' significa se fechar de antemão nesta opção infecunda. Para mim, não existem nem crimes nem delitos, mas apenas **situações problemáticas**. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana." Idem, p. 100-101.

⁷⁰ Ibidem, p. 100.

indispensable”⁷¹, mostrando assim o aspecto minimalista que deve ser observado por este ramo do direito.

Entende-se que “a origem deste importantíssimo postulado data da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu artigo 8º, determina que ‘a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias’”⁷². Importante contribuição trouxe a monografia *Limits to Pain* (Limites da Dor), do criminólogo norueguês NILS CHRISTIE, lançada em 1981, em Oxford, Inglaterra, a qual traz uma proposta de intervenção mínima do Direito Penal.

Como dito acima, o princípio sob comento não se encontra explicitamente previsto no texto constitucional. No entanto, este texto considera como invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), estabelecendo como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Destes princípios explícitos decorre implicitamente⁷³ o da intervenção mínima, pois somente pode o Estado legitimamente exercer seu poder punitivo, relativizando aqueles direitos, nos estritos limites da necessidade e indispensabilidade para a proteção de bens jurídicos fundamentais.

Entre as normas internacionais encontram-se as chamadas Regras de Tóquio – Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade - adotada pela Assembléia Geral da ONU em 14/dez/90 através da Resolução nº 45/110, a qual faz expressa menção ao princípio da intervenção mínima com a descriminalização e despenalização de condutas⁷⁴.

⁷¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Cuarta edición. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 18.

⁷² LUISI, *op. cit.*, p. 269.

⁷³ “O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático”. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1996, p. 85.

⁷⁴ Regra 2.6. As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima. Regra 2.7. O recurso a medidas não privativas de liberdade deve inscrever-se no quadro dos esforços de despenalização e de descriminalização, e não prejudicá-los ou retardá-los.

Certo é que se vivencia um constante e célere processo de mudanças sociais, econômicas, tecnológicas a forjar uma sociedade cada vez mais complexa (sociedade do risco⁷⁵), o que dá causa ao surgimento de novas condutas lesivas⁷⁶ a valores e bens até então fora do seu alcance. Assim é que surge, segundo Fábio Roberto D'ÁVILA⁷⁷, o anacronismo vivido pelo Direito Penal na atualidade. O Direito Penal clássico tem como fundamentos os princípios liberais do iluminismo e apresenta-se com matiz marcadamente antropocêntrico, dirigido para a proteção de bens tradicionais (vida, integridade física, saúde, patrimônio etc.) contra agressões humanas próximas e definidas. Já na atual fase, chamada por alguns de pós-modernidade, as ações humanas potencializam-se pelo desenvolvimento da razão técnico-instrumental, alcançando novas dimensões, em relação de espaço-tempo peculiares, em que os riscos globalizam-se e geram danos muitas vezes diferidos, atingindo novos bens jurídicos e cuja lesividade pode atingir a gravidade extrema da extinção da vida no planeta⁷⁸.

São situações de nocividade social para as quais a utilização de outros instrumentos do ordenamento jurídico apresenta-se ineficaz, sendo necessária a intervenção da tutela penal para protegê-los adequadamente. Esta neo-criminalização através da criação de tipos penais específicos, deve atender o paradigma da mínima intervenção do Direito Penal, elegendo-se somente aqueles fatos que atentem contra bens fundamentais necessários à própria sobrevivência

⁷⁵ Da obra de Ulrich Beck. Sobre sociedade do risco, vide: LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. 1. ed. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco, México : Universidad Iberoamericana, Universidad Guadalajara, 1992. GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco, vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. DIAS, *op. cit.*, p. 155–185.

⁷⁶ Incluem-se dentre elas a doutrinariamente denominada “criminalidade dourada”, exercidas através do poder político, da força econômica e da especialização profissional, e colocada fora do alcance do sistema penal. Da criminalidade decorrente do poder político, podemos citar: as formas de corrupção e de colusão político-econômica; a utilização abusiva de privilégios e imunidades; as práticas que afetam o direito à privacidade; os atos atentatórios contra a cultura; os de terrorismo de Estado, etc. Dos decorrentes do exercício abusivo do poder econômico temos: a criminalidade ecológica; a criminalidade social e a criminalidade econômica nacional e internacional. Por fim, do exercício abusivo da especialização profissional encontramos: a criminalidade pelo abuso das formas jurídicas; a criminalidade realizada com instrumentos de alta tecnologia diferentes dos computadores convencionais; a delinquência por meio de sistemas computadorizados. Vide: CERVINI, *op. cit.*, p. 200–201.

⁷⁷ *A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 8, n. 98, jan. 2001.

⁷⁸ *Idem*.

da sociedade. Luiz Regis PRADO, em considerações gerais, na obra que trata criticamente a Lei nº 9.605/98, também assim preleciona:

“A orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa. Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais penais – legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros -, pilares que são do Estado de Direito democrático.”⁷⁹

Não menos certo é que o legislador não tem ficado adstrito a esta “necessariedade”, criminalizando ainda situações que em nada justificam a tipificação penal, numa função meramente simbólica⁸⁰, as quais poderiam muito bem ser tratadas por outros setores do ordenamento jurídico, e de uma maneira mais justa e eficaz. Luiz Regis PRADO tece críticas à lei ambiental justamente neste sentido, evidenciando seu “caráter altamente *criminalizador*, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas ou, quando muito, de contravenções penais, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (v.g., arts. 32, 33, III, 34, 42, 44, 49, 52, 55, 60 etc.)”⁸¹.

Sem que se adentre na polemização existente com relação à criminalização dos usuários de drogas, pode-se citar, na área das políticas de saúde, os Programas e Projetos de Redução de Danos (PRD), uma das

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 1. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 17.

⁸⁰ “A fim de aumentar estes níveis de eficácia, quando a conduta seja merecedora de pena e carecedora de tutela penal, não pode, o Estado, recorrer a meios não autorizados, como é o caso da ‘função’ simbólica do direito penal, que é aquela que se preocupa em manter um nível de tranqüilidade na opinião pública, fundado na *impressão* de que o legislador encontra-se em sintonia com as preocupações que emanam da sociedade. Embora não se possa negar seus efeitos positivos (nível de tranqüilidade da opinião pública, fulcrado na sensação de que o Estado ocupa-se com as preocupações sociais), nas ocasiões em que esta função é absolutizada, ela acaba por gerar efeitos que a desabonam, visto que, com o passar do tempo (amiúde curto), a mesma sociedade que depositou suas expectativas no poder legislativo percebe que o problema perdura. Há um equívoco recorrente de atribuir a permanência do conflito a uma má atuação do legislativo, voltando, novamente, a sociedade, para este poder, as suas súplicas. O legislativo as recolhe e, de novo, criam-se tipos penais, incrementam-se penas e restringem-se direitos sem que tais ações representem reais perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração (ou criação) legislativa. Produz-se, tão somente, a ilusão de que algo foi feito”. BIANCHINI, *op. cit.*, p. 460.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 16.

estratégias de controle do uso de drogas ao lado da *redução da oferta* e da *redução da demanda*, “que consistem em um elenco de ações desenvolvidas em campo por agentes comunitários de saúde especialmente treinados (denominados ‘redutores de danos’ ou simplesmente ‘redutores’), que incluem troca e distribuição de seringas, atividades de informação, educação e comunicação (IEC), aconselhamento, encaminhamento, vacinação contra a hepatite e outras ações”.⁸² Programas de liberação do uso de drogas já existem em países como Austrália, Espanha, Alemanha, Portugal, Suíça e Holanda⁸³.

De todo o exposto acima é que se fala entre os doutrinadores, de uma crise do princípio da intervenção mínima diante da já propalada “inflação legislativa” em matéria penal.

5.5. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIDADE/FRAGMENTARIEDADE

Estas são outras duas características do Direito Penal decorrentes do princípio sob comento no item anterior – intervenção mínima.

Através da fragmentariedade se estabelece não serem todas as condutas incidentes negativamente sobre um bem jurídico que devem ser acoimadas pela sanção penal. Nem todo fato revestido de ilicitude concentra os elementos imprescindíveis para também ser um fato ilícito penal; embora este, para tipificação, necessite que o fato seja considerado ilícito para o restante do sistema jurídico. Tem-se um dos elementos estruturais do conceito de crime – a ilicitude ou antijuridicidade. Dentre vários fatos ilícitos assim já considerados pelo ordenamento jurídico como um todo, somente alguns tidos como os mais graves é que serão recepcionados pelo ordenamento jurídico penal em particular.⁸⁴

⁸² MANUAL DE REDUÇÃO DE DANOS (Saúde e cidadania), Brasília : Ministério da Saúde, série manuais, n. 42, p. 12-13, 2001.

⁸³ Vício liberado. Revista Veja, Editora Abril, São Paulo, p. 75-76, 25 de julho de 2001.

⁸⁴ Vide, sobre ilicitude penal e seus limites: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1994, p. 14-15.

O Direito Penal somente deve ser chamado a intervir com relação àquelas ações mais graves⁸⁵, praticadas contra bens jurídicos mais significativamente considerados. Assim, “apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização”, operando-se, desta maneira, uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa”⁸⁶.

O caráter subsidiário ou acessório decorre da consideração do Direito Penal como *ultima ratio regum*⁸⁷. Somente ineficiente outro meio, civil ou administrativo, para a conservação da segurança, da paz e da ordem social, legitima-se o Direito Penal intervir com suas gravosas conseqüências, máxime a sanção privativa de liberdade⁸⁸. Esta faceta do Direito Penal já foi referida acima.

5.6. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

Inicialmente, o princípio do devido processo legal assumiu sua característica marcadamente processual, consistente no “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.⁸⁹

Objetiva, assim, a garantia, a tutela da vida, da liberdade e da propriedade, estabelecendo a necessidade de um justo processo. Como no Brasil

⁸⁵ “El uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave.” MIR PUIG, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 84.

⁸⁷ “El Derecho penal no puede usarse para sancionar la infracción de cualquier norma jurídica, sino solo la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal.” MIR PUIG, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁸ “[...] o Direito Penal serve subsidiariamente à proteção dos bens jurídicos, e a razão da subsidiariedade reside no rigor da sanção penal.” KIST, Dario José. *Fundamentos do direito penal democrático*. Revista de Estudos Criminais, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 111, 2001.

⁸⁹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. R. DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1996, p. 82.

inexiste sanção que atinja a vida, dirige-se à proteção dos bens jurídicos liberdade e propriedade, conforme textualmente dispõe a Constituição Federal.

O devido processo legal consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei, decorrendo do mesmo vários outros princípios, dentre os quais os corolários da amplitude de defesa e do contraditório.

"No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juiz competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado."⁹⁰

Impõe-se o rigorismo de tal princípio, máxime em seara penal onde se visualizam duas pretensões: de um lado o *jus puniendi* e o *jus punitonis* e do outro o *jus libertatis*. Incide, portanto, o processo em matéria penal sobre um dos valores mais fundamentais do homem, a sua liberdade.

Vicente GRECO FILHO, ao tratar da garantia do processo penal assim manifesta-se:

Apesar de o Estado Moderno ser intervencionista, sua interferência nos negócios jurídicos se dá no campo do domínio econômico, permanecendo resguardada a integridade do indivíduo como pessoa, no campo penal. Na descrição dos delitos e cominação de penas, a preocupação é a mesma; todavia, é no processo que ela se revela com maior amplitude, porque, na verdade, no processo penal não se julga apenas um fato delituoso, mas também uma pessoa.

O processo constitucionalmente estruturado, portanto, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia.⁹¹

Embora originariamente o princípio se referisse ao seu aspecto procedimental – *procedural due process* – como conjunto de garantias processuais da liberdade e da propriedade, passou-se, como evolução racional do

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 30.

⁹¹ *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, p.53.

princípio, a admiti-lo também em outro aspecto – *substantial due process* – que é a aplicação do mesmo ao direito material, analisando-se a sua razoabilidade frente ao sistema constitucional.

Inspirado na Carta Magna e por influência da *common law*, o devido processo legal foi difundido, inicialmente somente em sua concepção procedimental, consubstanciado como garantia a ser observada, dirigindo-se à regularidade do processo penal, posteriormente também adotada no processo civil e no processo administrativo.

Recepcionado pelo sistema norte-americano, teve aplicabilidade somente nesta concepção até 1856, quando o Judiciário (*Wynehamer v. People*, New York, 1856 – neste precedente, passou a entender que o devido processo não deveria restringir-se ao modo do procedimento, mas também atingir o conteúdo substantivo da legislação) cunhando a segunda concepção em seu caráter substantivo, entendendo-o como “ferramenta viável e indispensável à proteção das garantias individuais básicas”⁹² com a jurisdicionalização constitucional.

Neste segundo tratamento do princípio enfocado, é tido o mesmo como instrumento colocado ao alcance do Poder Judiciário, que possibilita a análise dos atos emanados dos demais Poderes do Estado em sua substância, com adequação ao texto constitucional dirigido à garantia dos direitos fundamentais do homem. Trata-se de importante limitador das atuações do legislativo e do executivo, aferido pelo judiciário na estrita observância destes direitos. Não basta, por esta segunda concepção, que o ato oriundo de um destes poderes tenha observado o devido processo legal quanto ao seu trâmite procedimental, apresentando-se como necessário, a lhe legitimar, esteja substantivamente dirigido ao respeito dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade.

Luis Roberto BARROSO, sobre esta faceta do devido processo legal, faz o seguinte comentário:

⁹² SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo legal*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey, 1996, p.66.

De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.⁹³

Desta maneira, qualquer restrição feita pelo legislador ou administrador a qualquer direito individual, somente será reputada válida quando valorada a adequação entre os meios empregados por aqueles e os fins objetivados com este emprego, adentrando-se, inclusive, no exame da discricionariedade do ato do Poder Público.

Resumidamente, pode-se dividir em três fases distintas a adoção do devido processo legal na sua concepção substantiva, a saber: a. sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; b. seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; c. seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte, sob a presidência de Earl WARREN.⁹⁴ Para o mesmo autor, atualmente a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o uso daquele princípio vive um momento de refluxo.

Não obstante este refluxo, o princípio do devido processo legal atualmente é visto sob esta dupla concepção⁹⁵, devendo atuar tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade, quanto no âmbito formal, referente ao procedimento.⁹⁶

Todavia, se o princípio do *substantive due process* já vem, embora de forma tímida, sendo aplicado na esfera cível, o mesmo não se pode dizer da esfera penal.

Crê-se, no entanto, chegado o momento para, ousadamente, e utilizando-se deste dogma constitucional, analisar os novos textos criminalizantes

⁹³ *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, p.210.

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Ob. cit.*, p. 211.

⁹⁵ ARRUDA ALVIM, Angélica. *Princípios constitucionais do processo*. Revista de Processo, n. 74, p. 21-22.

sob a ótica da razoabilidade de suas normas em buscar a garantia da justiça e da paz sociais e não como instrumento opressor do Estado e prestidigitador das massas.

Em sede penal, principalmente na segunda metade da década de 80 e década de 90, tem-se assistido a atabalhoada atividade legiferante despida dos mais mezinhos princípios da matéria penal como o da intervenção mínima, da fragmentariedade, da proporcionalidade das penas, da ofensividade, da lesividade etc.⁹⁷

É o império do *Movimento da Lei e da Ordem* onde cada vez mais se criminalizam condutas até então tidas como indiferentes penais e tornam-se mais rigorosas as penas, com prevalência da privativa de liberdade, afastando-se ou dificultando-se benefícios de caráter prisional. Cria-se o fantasioso discurso do controle da criminalidade⁹⁸, desacreditando o direito penal e tornando-o cada vez mais instrumento violento de controle social⁹⁹.

Consistirá o princípio ora tratado num instrumento de superação do *juiz asséptico*, em busca de uma concreta realização dos direitos humanos.¹⁰⁰

Significativo é o papel do judiciário neste avanço, conforme assertiva de Cármen Lúcia Antunes ROCHA: "Os sistemas constitucionais deste final de século encarecem o papel do Poder Judiciário como aquele que se dota de melhores condições para assegurar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, especialmente quando se apresentar quadro de ameaça ou violação dos mesmos."¹⁰¹

É ele, o juiz, a quem cabe analisar o fato histórico tido como delituoso, amoldando-o ao conjunto de elementos descritivos contidos no tipo

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Editora Atlas, 1997, p. 249.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*.

⁹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica, do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1997.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de derecho penal, parte general*. Sexta Edición. Buenos Aires : 1996, p. 21-40.

¹⁰⁰ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam Editora, 1993, p. 93-117.

¹⁰¹ *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 16, p. 54.

penal produzido pelo legislador. Neste mister, deve considerar aquele conjunto de princípios norteadores da elaboração e da aplicação da lei em sede penal, sob a mira dos direitos fundamentais advindos dos mandamentos constitucionais. Se deles o legislador se afasta, deve o juiz intervir.

Edmundo OLIVEIRA, em capítulo intitulado “Direitos Humanos e Humanismo Jurídico”, assim se manifesta sobre a atuação do legislador em matéria penal:

Os elementos constitutivos do conceito contemporâneo de direitos humanos indicam que a ordem jurídica positiva não pode perder o equilíbrio, nem contrariar esses direitos, visto ser inadmissível que a dimensão axiológica da lei, através da interpretação e da aplicação, entre em choque com as exigências de preservação da individualidade existencial que o homem traz ao nascer para desenvolver no plano material, moral, psíquico e espiritual. No terreno, por exemplo, do efeito desejado em função do objetivo sócio-cultural da lei penal, cabe, primeiramente, ao legislador cultivar a prudência de construir tipos penais que, efetivamente, além de espantar o marasmo decorrente da subida da criminalidade, defendam também os valores inerentes aos direitos e garantias individuais, seguindo a orientação do mandamento constitucional.¹⁰²

Ainda, sobre a atividade do legislador, convém reporte à manifestação de Luiz Otavio de Oliveira ROCHA, que após tratar dos avanços nas concepções clássicas da ciência penal, assim se expressa:

A característica mais marcante desses avanços da ciência penal talvez seja o intento que neles se assenta de fixar parâmetros para a atividade legislativa em matéria penal – de modo a sujeitá-la de forma inarredável ao rol de garantias individuais mundialmente aceitas a partir da criação da ONU – segundo a concepção de que a função proteção dos bens jurídicos elegidos pelo legislador – segundo um critério de relevância social – que compete ao Direito Penal, somente se realiza em plano juridicamente viável se o meio plasmado na lei para concretizar essa proteção não é incompatível com os postulados do Estado de Direito.¹⁰³

A tarefa não é fácil. Ainda existem aplicadores do direito que, mesmo sem serem expressamente sectários do Movimento da Lei e da Ordem, adotam

¹⁰² *Direitos humanos*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano V, n 100, p. 23, 15 de março de 2001.

¹⁰³ *O princípio de proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais*. Revista dos Tribunais, 89º ano, n. 772, p. 476, fev. 2000.

sua ideologia, embora de há muito o ensinamento seja o contrário. Cabe àqueles a adequação do legislador aos cânones constitucionais.

Veja-se que já BECCARIA, como *máximo representante ilustrado no âmbito penal*, tratava da necessidade de adequação legislativa entre crime e pena: “para que uma pena seja justa não deve ter intensidade em grau maior do que o que baste para separar os homens do delito”.¹⁰⁴ Também MONTESQUIEU manifestou-se: “é essencial que as penas estejam proporcionadas entre si, porque é mais essencial que se evitem os grandes crimes que os pequenos, o que ataca mais a sociedade que o que a ofende menos”.¹⁰⁵

É o princípio da proporcionalidade. É a razoabilidade da pena prevista, da aplicada e da executada, objeto de análise do *substantive due process*.

As peias decorrentes do sistema do direito romano-germânico (*Civil law*) adotado no Brasil, precisam ser mitigadas para incluir esta nova visão na esfera penal com revisitação da ordem constitucional em toda sua estrutura principialista.

Embora não sejam institutos recentes, somente em um tempo mais próximo passou-se a debater novas concepções de aplicabilidade da lei penal, mas todos partem da necessidade de adequação ao texto constitucional, como ora expende-se.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁵ De l'esprit de lois. Livro VI, Capítulo 16.

Capítulo VI

PODER JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO : ATUAÇÃO CRIMINAL, OPERACIONALIZANDO O SOCIAL

Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia 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 da polêmica a objetividade sem paixão do magistrado. (Piero Calamandrei)

6.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em capítulo anterior, tratou-se desta função estatal e desta instituição como também responsáveis na operacionalização dos direitos humanos fundamentais, buscando a sua efetivação, sendo necessário para isto uma revisão de conceitos com adequação ao novo modelo estatal e social, implantado pelo texto constitucional em vigor no país, observadas conquistas individuais e sociais universalmente alcançadas. Igualmente, demonstrou-se a necessidade de melhoria qualitativa dos agentes políticos que as compõem.

Agora, buscar-se-á comento sobre as mesmas, especificamente na atuação em seara penal, como agentes responsáveis pela implantação de uma política criminal mais adequada aos novos tempos de efetivação dos direitos humanos fundamentais, atingindo o pleno atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana – elegida pela Constituição Federal como valor essencial e informador de toda a ordem constitucional.

Aqueles, os juízes e promotores de justiça do terceiro milênio, não mais atrelados unicamente numa visão jurídica¹ da norma penal² – não raras vezes edificada em tipos seletivos estigmatizantes a atingir somente a parcela mais frágil social, política e economicamente, mantendo privilégios da classe dominante - mas buscando ainda seus sentidos sociais, políticos e econômicos para uma justiça distributiva, afastando-se da justiça corretiva para a qual foram educados³ e organizados, máxime em épocas de globalização econômica e capitalismo financeiro, os quais evidenciam o lucro em detrimento do social, fomentando a criminalidade. “O Direito Penal é humano, é voltado para o ser humano, e a receita para protegê-lo está no novo papel que o operador do Direito tem de desempenhar.”⁴

De há muito inadmissível, o posicionamento esposado por BECCARIA, embora reconhecido como principal criador da sistemática de humanização do Direito Penal e da proporcionalidade da pena, que assim é expresso:

“[...] que os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores. Os juizes não receberam as leis como uma tradição doméstica, ou testamento dos nossos avoengos, que deixaria aos descendentes somente a missão de obedecer. Eles as receberam da sociedade viva, ou do soberano, que representa essa sociedade, como depositário legítimo do resultado atual da vontade geral.”⁵

¹ “Que o juiz não se limita a utilizar normas pré-fabricadas, mas desempenha também aí uma função criadora é coisa de que ninguém mais duvida. O juiz simples ‘boca de lei’, sonhado por antiga doutrina, se alguma vez existiu, é defunto de longa data sepultado.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a cultura da transgressão*. Revista Jurídica, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 267, p. 11, jan. 2000.

² “Temos todo um sistema legal que sacramenta a injustiça e as disparidades sociais. Os juristas e juízes que se submetem docilmente a esse sistema; sem mesmo descobrir algumas de suas brechas, que possam servir às maiorias oprimidas, colocam-se decididamente do lado das minorias aquinhoadas.” HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. 4. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 59.

³ “A discussão sobre os primeiros destinatários do ensino jurídico toma contornos de destaque na área jurídica, em razão do fato de que os bacharéis em Direito, compõem um dos Poderes do Estado. Magistrados, membros do Ministério Público, Delegados de polícia, Procuradores e Advogados públicos e privados são egressos desse curso, o que lhe concede redobrada importância e especial relevância, pois a qualidade do ensino nesta área refletirá diretamente no grau de desenvolvimento do Estado, e em sua capacidade de dar respostas às questões sociais presentes e emergentes.” SCAFF, Fernando Facury. *Quem serão os novos bacharéis em direito no Brasil no início do século XXI – primeiras considerações*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 33, p. 34, 2000.

⁴ NEGRI, André Luis Del. *A constitucionalização do direito penal através de uma visão garantista na atividade do legislador e nas decisões judiciais*. Revista dos Tribunais, ano 90, v. 786, p. 554, abr. 2001.

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo : Hemus Editora, 1996. p. 16-17.

Não mais é possível o ideário do liberalismo burguês buscando na doutrina clássica da separação dos poderes à MONTESQUIEU a limitação da atividade jurisdicional – não-política - na mera aplicação aos casos concretos, das disposições legais editadas pelos outros poderes – políticos - como uma “simples máquina de silogismos”⁶ (a lei como premissa maior, o fato como premissa menor e a sentença como conclusão)⁷.

Tal posicionamento doutrinário não mais se compatibiliza com as necessidades da sociedade atual em constantes modificações, que geram uma cada vez maior multiplicidade de situações histórico-sociais conflituosas, impossíveis de plenamente serem previstas em texto legal, a submeter-se à apreciação judicial. Referente a desatualização deste posicionamento, Antonio Carlos WOLKMER assim preleciona:

A tradicional posição dos positivistas de consagrarem uma rígida e mecânica distinção entre o órgão legiferante e o outro meramente aplicador e regulamentador das leis deve ser desacreditada. A idéia essencial do presente texto é a de que não se deve mais considerar o “mito” da separação dos poderes adequados à realidade jurídico-política contemporânea[...].⁸

Não é mais possível a clara tendência verificável na América Latina de centralização do poder punitivo nas mãos de organismos do Poder Executivo, reduzindo ou neutralizando a interferência do Poder Judiciário⁹, comprometendo a observância dos direitos humanos fundamentais e facilitando a implementação do ideário do Direito Penal Máximo.

Não é mais possível juízes adstritos a uma cultura estreitamente jurídica normativista¹⁰ à Kelsen, incapazes de entender a sociedade e seus

⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 169.

⁷ “A subsunção dos fatos sociais às regras de direito é procedimento que se encontra inçado de dificuldades e não se restringe ao mecanismo da lógica formal onde dada a *premissa maior* aplicada à *premissa menor* segue-se uma *conclusão* possível.” MACHADO, Antonio Alberto. GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo : Editora Acadêmica, 1992, p. 37.

⁸ *Op. cit.*, p. 176.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 71.

¹⁰ “[...] dá-se por superado o legalismo do positivismo normativista, para o qual as normas do direito positivo se reduziram ao que hoje, como vimos, se prefere chamar de ‘regras’ (*rules*, *Regeln*) na teoria jurídica anglo-saxônica e germânica, isto é, normas que permitem realizar uma subsunção dos fatos por

conflitos, como ainda hoje, lamentavelmente, é ensinado nos cursos jurídicos¹¹, reduzidos a meros reprodutores dos textos legais, resultando numa deformação ideológica do raciocínio jurídico, divorciado da realidade social que nos cerca.

Não mais é possível um "Poder Judiciário cada vez mais policialesco. Um Poder Judiciário cada vez mais suscetível a uma opinião pública (de)formada por um jornalismo trapeiro. Um Poder Judiciário que passou a ser instância de controle social e nada mais do que isso. Um poder Judiciário que trata pessoas que se encontram em igual situação, de forma completamente diferente. Um Poder Judiciário arrogante e distante da sociedade"¹².

Não mais é possível um Ministério Público com roupagem institucional de implacável acusador¹³, buscando sempre uma condenação¹⁴,

elas regulados (*Sachverhalte*), atribuindo a sanção cabível, para a hipótese deles se verificarem." GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2001, p. 76.

¹¹ "Ao forjar uma mentalidade legalista em flagrante contradição com a realidade sócio-econômica, os cursos jurídicos condenam os estudantes de hoje – portanto, os juízes, promotores e advogados de amanhã – a uma (in)formação burocrática, incapaz de perceber as razões dos conflitos sociais." FARIA, José Eduardo, *Direito humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2002, p. 27.

¹² MOREIRA, César Augusto. *Para ser juiz é preciso ter coragem...* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, n. 125, p. 12, abr. 2003.

¹³ Poder Judiciário. São Paulo. Juízo de Direito da 30ª Vara Criminal. Processo nº 806/92. "Vistos, etc. Refletem os autos a saga de Francisca Vera, brasileira, solteira, sete filhos, auxiliar de cozinha, filha de Antonio da Silva e de Maria da Conceição acusada de ter subtraído, em 10 de dezembro de 1992 uma fatia de bacon, mais duas de lombo, e depois deixado a mercadoria sob um balcão e ao término do expediente, saindo de mansinha a sobraçar a 'res furtiva', com destino à tapera. O intento, porém, foi obstruído pelo vigilante que a bolsa da operária pediu para ver constatando as peças de frios, optou por Vera deter. Veio a polícia, o empregador lesado, efetuando flagrante. Nos xadrezes do 50º D.P. Francisca foi permanecer por uma fatia de bacon, duas de lombo, que deslante não tornou à sua casa, naquele anoitecer. Veio a denúncia, em razão do caso entretecer o crime de tentativa de furto no código capitulado pressuroso o douto Promotor de Justiça cuidou de oferecer acusação nutrida, dada a gravidade do crime cometido como se não existisse sob este lábaro estrelado condutas mais lesivas: os da grei collorida, Rayel e Banaser este último mais primoroso, no Estado tão comentado. Durante treze dias Vera purgou na prisão e na ante véspera de Natal foi libertada o processo evoluiu, iniciada a instrução Francisca negou os crimes, se disse prejudicada pelo vigia, seu desafeto, afirmando de roldão que pagou pela mercadoria, que esta foi comprada, defesa prévia, folha de antecedentes também apresentada. Noticiando os autos, vida humilde mas ilibada, ouvidas duas testemunhas: Wallace e José Paulo, aquele, dono do super-mercado, patrão da increpada que afirmou sem delongas, de forma crua, qual chiste do 'privilégio' concedido à servil agregada, não soube o que foi subtraído, lingüiça ou alpiste mas permitia que a serviçal para o lar levasse comida deteriorada, detinha, pois a acusada, como triste 'privilégio' o de levar para casa comida estragada que coração 'belo, despreendido e generoso' esse que tange o Magistrado a abjurar a lei compendiada a volver o estro, combativo, feroso diante desse quadro revoltante, da pátria ultrajada graves cenas como essa perfazem o buril da convulsão social que se aproxima, vergastando o Brasil. 'Privilégio' de levar para casa comida estragada dada a antiga trabalhadora, sempre constante que se lixe sua prole, de comer desacostumada quadro dantesco, sórdito, nauseante, não será este Magistrado, não, Francisca Vera que fará a injustiça agigantar-se, ir avante assinando condenação como o Ministério Público espera no exercício do seu fado: o acusar constante. Deixo de fazê-lo, sob o argumento veraz de que se não logrou provar cabalmente em que pese a autoridade policial zelosa e sagaz que a 'res

injusto e vingativo, a atuar como instrumento dos interesses estatais¹⁵ ou da classe dominante, afastado e omissor da realidade social que estrutura desigualdade e injustiças. Deve, isto sim, identificar os anseios sociais, máxime das maiorias oprimidas, atuando como intermediário entre a sociedade civil e o Estado para a satisfação daqueles. Não mais aquele Ministério Público do período autoritário (1964-1979), restrito aos corredores dos fóruns, mas uma instituição próxima da sociedade para conhecer-lhe as angústias, identificar suas agruras, um “Ministério Público Social”. “A realização efetiva da Justiça é alvo da instituição do Ministério Público. O Promotor de Justiça, como seu representante, é um verdadeiro *justitie-ombudsman*, delegado permanente da coletividade, advogado por excelência da sociedade, que vela pela correta aplicação da lei e funciona como instância de tutela individual e coletiva da cidadania.”¹⁶

Não mais é possível a existência de operadores do Direito assumindo posturas baseadas num conservadorismo¹⁷ exacerbado, num pedantismo distanciador, num bacharelismo inconseqüente, comprometedoras da efetivação da Justiça, frustrante dos anseios dos titulares do direito fundamental à jurisdição, obstaculizantes da democratização desta função estatal, inconseqüentes quanto às repercussões sociais, políticas e econômicas de seus atos. Aliado ao conhecimento jurídico, devem aqueles desenvolver o bom senso, a

furtiva’ era hígida, quanto a isso silente os apanhados burlescos, sopros dessa vida fugaz. Isto posto, decido improcedência à ação penal e absolvo Francisca Vera, mãe de sete crianças qualificada às folhas 16, sem registro geral, lamentando não lhe poder afastar do cárcere as lembranças e a sina de ser pobre, ficar detida até às vésperas do Natal. P. R. I. São Paulo, 02 de julho de 1993. Carlos Elmano de Oliveira Neto, Juiz de Direito.”

¹⁴ “A lei prevê casos que dirimem a criminalidade e justificam os crimes, proclamando que não são criminosos os pacientes. Ora, se é órgão da lei é fiscal de sua execução, e essa lei determina a absolvição em certos casos, quando ocorrer qualquer delas, o Promotor Público, não só pode, como deve, exatamente para a execução da lei, demonstrar a inocência pedir a absolvição”. LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre : co-edição Sergio Antonio fabris Editor, Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989, p. 104.

¹⁵ “O Ministério Público, na verdade, não é órgão acusante, nos sistemas democráticos, muito menos representante do Executivo ante os Tribunais, porque não defende os interesses da administração pública, mas a correta aplicação da lei, em especial, dos princípios humanitários consignados na *lex fundamentalis*, em nome da cidadania.” MAIA NETO, Cândido Furtado. *O promotor de justiça e os direitos humanos*. Curitiba : Juruá Editora, 2000, p. 38.

¹⁶ Idem, p. 35.

¹⁷ “A magistratura, na sociedade capitalista, é integrada predominantemente por indivíduos de atitudes conservadoras, imbuídos de uma visão dogmática e acrítica do direito, que encobre aquele seu papel de manutenção e reprodução das relações de dominação em que se baseia a formação social capitalista.” KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Niterói, RJ : Luam Editora, 1993, p. 102.

razoabilidade e o amadurecimento social, afastando-se do equivocado axioma “o que não está nos autos não está na vida”, e de uma alienação cegante que acarreta a falta de consciência sobre a repercussão social dos atos praticados, tendo a lei como uma névoa ideológica do juiz (*la bouche de la loi*), mas enxergando além, numa visão sobre a realidade social que os cerca e sobre as consequências de uma decisão judicial na vida das pessoas.

Não mais é possível o bacharelismo¹⁸, com sua linguagem bacharelesca empolada¹⁹ ou com seu idioma “juridiquês”²⁰ ininteligível, voltado para a supremacia da ordem legal, com visão dogmatista²¹ da atuação do operador do direito, numa postura acrítica²², procedimento evidentemente, na atualidade, antidemocrático, assegurador do *status quo* de desigualdades e injustiças sociais²³.

Não mais é possível a sujeição de juízes e promotores ao condicionamento do sistema penal consistente na *burocratização*, ao lado da criminalização e fossilização, em nomenclatura elaborada por ZAFFARONI, o qual assim coloca a discussão:

Em outro nível, o sistema penal procura compartilhar essa mentalização ao segmento de magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais. Selecciona-os

¹⁸ Vide: PAULO FILHO, Pedro. *O bacharelismo brasileiro (Da colônia à república)*. Campinas : Bookseller Editora, 1997.

¹⁹ Vide: LIMA, João Gabriel de. *Falar e escrever, eis a questão*. Revista Veja, Editora Abril, São Paulo, p. 104-112, nov. 2001.

²⁰ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. *Juridiquês*. Revista Consulex, Brasília, ano II, n. 31, p. 50-51, jul. 1999.

²¹ “Enquanto a dogmática jurídica se desenvolve no sentido da formulação de uma teoria sistemática do direito positivo baseada em sua aceitação acrítica e que, mediante a elaboração conceitual do direito estabelecido, demonstraria sua coerência, denotando a pseudológica que ordena, a proposta crítica busca ultrapassar esta pura especulação sobre a norma jurídica para a análise das causas do aparecimento e do funcionamento de tais normas em dada sociedade.” SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *Considerações críticas em torno de três princípios fundamentais do direito penal*. Ciência Penal – Coletânea de estudos, Maurício Kuehne (org.), Ministério Público do Paraná, Curitiba, JM Editora, p. 319, 1999.

²² “Assumir uma postura crítica significa negar o conhecimento pretensamente **neutro, puro e objetivo** da norma posta, de molde a contribuir para a ruptura com o saber jurídico anterior e estabelecer que a realidade social e a justiça estão presentes em todos os momentos da vida do direito.” Idem, p. 320.

²³ “É evidente que, para a manutenção dos privilégios agrário-escravistas, das mordomias aristocráticas, nada melhor do que a doutrina do império da lei (que era elaborada pela própria elite), amparada em ritualísticas, palavreados e burocracias que só uns poucos eram capazes de entender e interpretar, em detrimento da maioria que, entre escravos, lavradores e operários, só lhes restava cumprir a lei imposta e respeitar as autoridades na sua nítida distinção.” MEDEIROS, Osmar Fernando. *Devido Processo legal e indevido processo penal*. Curitiba : Juruá Editora, 2000, p. 231.

dentre as classes médias²⁴, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as leva a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com a sua dor. Este processo de condicionamento é o que denominamos *burocratização* do segmento judicial.²⁵

Tal condicionamento, também denominado de *judicialização*²⁶, inicia-se já durante o processo de seleção e treinamento do magistrado, acarretando uma deteriorização de sua identidade com uma conseqüente internalização daquela “falsa sensação de poder”.

Em sentido similar, Maria Lúcia KARAM entende que, no caso da magistratura, “a condição profissional, a idéia de alta função social faz com que seus integrantes se vejam ocupando uma posição considerada superior na sociedade, o que contribui para distanciá-los ainda mais dos condicionamentos originais e do funcionamento político característico das classes ou frações eventualmente inferiores de que possam ter saído”.²⁷

Interessante conclusão decorreu do III Ciclo de Estudos e Debates Jurídicos, realizado em Teresina, no Piauí, promovido pela OAB, seccional daquele Estado, no sentido de que os integrantes da magistratura nacional, no lugar de possuírem consciência de seus deveres, servindo à comunidade, possuíam, isto sim, um *auto-conceito de sublimidade*, mito este trazido à baila pelo conferencista Dr. Roberto Araújo de OLIVEIRA SANTOS. Através deste mito, o juiz se transfigura no Estado, afastando-se deste mundo e passando a vivenciar uma dimensão posta pela cultura dominante, passando a sentir-se “superior, desigual,

²⁴ “A origem de classe dos integrantes da magistratura está limitada aos setores médios e superiores da população, com exclusão das camadas mais baixas, registrando-se uma tendência à predominância de juízes vindos da pequena burguesia. Pesquisa realizada na República Federal da Alemanha, nos anos 70, constatou que 90% dos juízes eram provenientes de estratos médios e superiores. Também na Inglaterra se demonstrou a exclusão das camadas mais baixas do aparelho judiciário. [...] No Brasil, a mesma tendência se manifesta. Pesquisa, realizada em 1962 e mencionada por José Rico, revelava a presença de 17% de juízes oriundos da burguesia, 62% da pequena burguesia e 4% de estratos inferiores. A simples observação e conhecimento pessoais permitem afirmar que tal quadro permanece válido em linhas gerais, acentuando-se o peso da pequena burguesia.” KARAM, *op. cit.*, p. 102-103.

²⁵ ZAFFARONI, PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 77.

²⁶ MEDEIROS, *op. cit.*, p. 234.

²⁷ *Op. cit.*, p. 104.

independente, apolítico, neutro e sem débito para com ninguém". Vale a transcrição de parte da conferência:

Não igual procura sentir diferente dos que pensam ser iguais a ele, melhor do que ninguém, sabe que a igualdade perante a lei não passa socialmente de declamação, exercício de retórica, e que as pessoas são na realidade muito desiguais. Desiguais na riqueza, no poder, no saber e no prestígio, umas mandam, as outras cabe obedecer. Desiguais na profissão, umas trabalham pouco para ganhar muito, as outras cabe trabalhar muito para ganhar pouco. Desiguais na liberdade, umas são livres, os dirigentes, homens de negócio, magistrados e seus pares – que mandam, divertem-se, acumulam, circulam, outras nasceram para servir e sua liberdade é de um tipo inferior, menor, é liberdade para obedecer, trabalhar, liberdade de ser constantemente frugal e sobre que deve pairar sempre a ameaça de cadeia. Desiguais no crime, umas praticam delitos corajosos, heróicos, inteligentes, admiráveis, valiosos e por isso respeitáveis, outras, crimes vulgares, violências abomináveis, contravenções sem originalidade, sem maior valia material e por isso condenáveis não podendo sua fealdade permanecer ostensivamente sob os olhos da sociedade.

Semelhante visão-de-mundo nem sempre é trazida ao nível do consciente de modo que mesmo aqueles cujos hábitos e ações são por ela estimulados estarão dispostos a impugnar esta representação e acusá-la, no mínimo de caricatural. Mas o inconsciente é mesmo um reino de caricatura e de fantástico, de maneira que a descrição de suas fabulações deve ter algo de grotesco – como grotesca é em certo sentido, a organização social capaz de nutrir esses monstros do espírito.”²⁸

Como pode fazer o juiz ser melhor daquilo que é ? - pergunta CARNELUTTI²⁹. E responde poeticamente:

A única via que lhe é aberta a tal fim é aquela de sentir a sua miséria: precisa sentirem-se pequenos para serem grandes. Precisa forjar-se uma alma de criança para poder entrar no reino dos céus. Precisa a cada dia mais recuperar o dom da maravilha. Precisa, cada manhã, assistir com a mais profunda emoção ao surgir do sol e, cada tarde, ao seu ocaso. Precisa, cada noite, sentir-se humilhado ante a infinita beleza do céu estrelado. Precisa permanecer atônito ao perfume de um jasmim ou ao canto de um rouxinol. Precisa cair de joelhos frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida.

Precisa-se, enfim, de um novo perfil entre os juristas em geral e os juízes em particular, buscando “a construção de um novo Direito, baseado na

²⁸ Da conferência intitulada “Sublimidade esse grande mito da Magistratura”, publicado no Boletim Informativo da OAB do Pará, em julho de 1988, citado por CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 157-158.

²⁹ *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas/SP : CONAN Editora, 1995, p. 34-35.

solidariedade, na liberdade e na igualdade”³⁰, para isto, buscando-o por empréstimo, nas lições de HERKENHOFF:

Juízes e juristas aceitando a provocação de uma nova leitura da lei, de uma desmistificação de seu pretenso papel de harmonia social numa sociedade desarmônica e visceralmente opressora;

Juízes e juristas recusando a suposta neutralidade da lei e de seus agentes, neutralidade que cimenta e agrava as injustiças estabelecidas;

Juízes e juristas comprometidos com o futuro, não com o passado, com a busca apaixonada da Justiça, não com as cômodas abdicações, com a construção de um mundo novo, não com a defesa de estruturas que devem ser sepultadas;

Juízes e juristas atentos aos gemidos dos pobres, insones ante o sofrimento das multidões marginalizadas;

Juízes e juristas que morram de dores que não são suas, profetas da Esperança, bem-aventurados por terem fome e sede de Justiça;

Juízes e juristas, que nunca lavem as mãos, em tributo à omissão, mas que desçam ao povo, que sejam povo;

Juízes e juristas, operários do canto, crentes da utopia que a força do povo constrói;

Juízes e juristas que se recusem a colocar amarras, impedir vãos, compactuar com maquinações opressivas;

Juízes e juristas que abram as janelas do amanhã e construam, sem se deterem ante martírios que lhes impuserem, o Direito da Libertação.³¹

6.2. O MAGISTRADO COM ATUAÇÃO NA ÁREA CRIMINAL : SEU PAPEL NA SOCIEDADE ATUAL

*“Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz.” (Francesco Carnelutti)*³²

De todos os ramos do Direito em que há a atuação do magistrado a dirimir conflitos surgidos na sociedade, o criminal reveste-se de significação ímpar, por incidir sobre um dos bens mais fundamentais do ser humano, qual seja, sua liberdade. Uma decisão nesta área pode impor o afastamento da pessoa do convívio social por vários anos, produzindo efeitos não somente sobre ela, mas

³⁰ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos (violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje)*. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1990, p. 181-182.

³¹ *Op. cit.*, p. 55-56.

também sobre seus familiares, efeitos estes que não se restringirão ao tempo de duração da pena, mas se protrairão mesmo após a conquista da liberdade³³, dando continuidade à segregação, mesmo já na sociedade livre. O julgador na área criminal, assim, “não há de ser como a mula que, atada, com os olhos vendados, dá voltas e mais voltas, ignorando se a água que tira se vai perder em áreas estéreis ou em irrigações férteis”³⁴.

Sérgio Salomão SHECAIRA, ao tratar das conseqüências que a violência institucional pode acarretar através da pena privativa de liberdade, discorre:

Perdendo o direito de se locomover livremente, o preso perde sua identidade social e a possibilidade de escolha entre as alternativas de comportamento, a propriedade de certos bens materiais, a possibilidade de relação normal com as pessoas e uma série de outras características do comportamento comum. As penas detentivas têm um efeito criminógeno grave. São inúteis aos presos e nocivas à sociedade, posto que mantém os condenados na ociosidade, multiplicando-lhes os vícios; tais condenados, depois de cumprirem suas respectivas reprimendas, retornarão ao mundo livre com redobrada propensão ao crime em face do estigma e da discriminação.³⁵

Em sede processual penal deve o juiz criminal ser “alguém comprometido com a regularidade do processo, com a garantia de tratamento igualitário das partes, sabedor de que, sem a certeza razoável a respeito da autoria do crime, a solução mais adequada às limitações humanas é a absolvição do imputado”³⁶.

Desta maneira, exige-se do operador do direito no exercício desta função não só o conhecimento técnico necessário³⁷, mas também boa dose de

³² *Op. cit.*, p. 33.

³³ “A posterior perseguição por parte das autoridades como permanentes suspeitos incrementa a estigmatização social do criminalizado.” ZAFFARONI, PIERANGELI, *op. cit.*, p. 74. Vide também: BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis/SC : Editora Obra Jurídica, 1998.

³⁴ C. O. Bunge, Procurador argentino, in LYRA, *op. cit.*, p. 77.

³⁵ *Violência institucional e criminalidade*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 30, out./nov./dez. 1990.

³⁶ SUANNES, Aduino. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 131.

³⁷ “Infelizmente, muitas decisões criminais são proferidas por juízes pouco afeitos à doutrina penal, vindos de outras áreas do Direito, que se limitam a repetir decisões de outros julgados, sem a preocupação com uma análise mais acurada da Ciência Penal, com uma elaboração mais apurada.”

sensibilidade social, buscando uma decisão justa ao confrontar a ofensividade produzida sobre a vítima³⁸ e a sociedade e o necessário e suficiente apenamento a ser aplicado ao réu, nos limites de uma política criminal justa. De um lado temos a ação delituosa empreendida pelo sujeito contra bens sociais que, por serem relevantes, devem receber a tutela penal; de outro a excepcional possibilidade do Estado intervir na esfera da liberdade individual das pessoas e, entre eles, o julgador a sopesá-los.

A situação atual em termos de criminalidade exige dos magistrados a adoção de posturas mais adequadas aos novos tempos, onde a complexidade social³⁹, as políticas econômicas internacionais e nacionais, a diversidade de condutas lesivas, o agravamento das desigualdades sociais, a inoperância do Estado, o desrespeito aos direitos humanos individuais e sociais, tem contribuído para o incremento daquela, levando algumas pessoas, máxime das camadas mais humildes da sociedade⁴⁰, a trilhar na senda da delinquência, onde, após uma primeira condenação, tornam-se “bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados”⁴¹, iniciando-se assim um ciclo perverso de degradação humana.

Além destas condutas criminais tratadas tradicionalmente pelo sistema, insere numa criminalidade de massa, somos hoje atingidos por não tão

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal, parte geral*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2000, p. 318.

³⁸ “Passado o período das duas guerras mundiais, voltam-se as atenções para as vítimas de infrações penais, principalmente em virtude da escalada do crime e do vertiginoso crescimento da criminalidade violenta e da criminalidade organizada, mas também para as vítimas das violações dos direitos humanos por governos e organismos oficiais, de maneira mais acentuada em relação às minorias e aos mais desprotegidos.” FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo : Malheiros Editores, 1995, p. 18.,

³⁹ “O Judiciário precisa oferecer novas respostas a essa conflituosidade que se resolve diferente da do direito tradicional. Os problemas de acesso à justiça tendem a aumentar de importância nos próximos anos.” CAMPILONGO, Celso. *O Judiciário e o acesso à justiça*. O Judiciário em Debate. Maria Tereza Sadek (Org.). São Paulo : Idesp: Editora Sumaré, 1995, p. 17.

⁴⁰ “É muito mais fácil condenar o pobre, o negro, o marginalizado, porque ele está realmente sem nenhum acobertamento das provas. Ali, não há estrutura nenhuma para protegê-lo. Ele é denunciado, é processado, e vai ter realmente uma defesa mais frágil. É por isso tende a ser condenado e preso.” FARINA, Ivana. *O Judiciário e o acesso à justiça*. O Judiciário em Debate. Maria Tereza Sadek (Org.). São Paulo : Idesp: Editora Sumaré, 1995, p. 23.

⁴¹ ZAFFARONI, PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 76.

contemporâneas condutas⁴² que geram efeitos ofensivos coletiva e difusamente (macrocriminalidade – criminalidade dourada⁴³), produzindo uma nocividade social que compromete a estruturação do próprio Estado Democrático de Direito⁴⁴ calcado em respeito aos direitos humanos fundamentais, a impor que sejam revisitados os postulados clássicos da dogmática penal assentada na responsabilização da pessoa física, pois agora se está diante de grupos organizados de pessoas e também de pessoas jurídicas que lesam bens coletivos, difusos ou metaindividuais.

Assiste-se, de maneira cada vez mais célere, os avanços tecnológicos produzindo uma mudança no “perfil da criminalidade”⁴⁵ e gerando uma dificuldade cada vez maior para os juizes na apreciação de condutas que se utilizam deste aparato moderno para o cometimento de atos delituosos, como é o caso da informática. Os chamados delitos do “colarinho branco”⁴⁶, que antes se restringiam a casos isolados, passam cada vez mais a ocorrer no mundo financeiro, praticados por pessoas preparadas intelectualmente, a complicar a atividade jurisdicional não familiarizada com o meandroso mercado das finanças. O juiz atual defronta-se com mais este desafio⁴⁷.

⁴² “SERMÃO DO BOM LADRÃO. Suponho que os ladrões de que falo não são aqueles miseráveis a quem a pobreza e vileza de sua fortuna condenou a este gênero de vida, porque a mesma sua miséria ou escusa ou alivia o seu pecado, como diz Salomão: ‘O ladrão que furta para comer não vai nem leva ao inferno.’ Os que não só vão, mas levam, de que trato, são os ladrões de maior calibre e de mais alta esfera, os quais debaixo do mesmo nome e do mesmo predicamento distingue muito bem São Basílio Magno. ‘Não são ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsa, ou espreitam os que vão se banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos.’ Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos: os outros furtam debaixo do seu risco, estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam.” Pe. Vieira.

⁴³ V. g. criminalidade ecológica, criminalidade social e criminalidade econômica. CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução de Eliana Granja et alii. 2. Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 200.

⁴⁴ “[...] o Judiciário, com uma formação apropriada para o combate à criminalidade clássica, não vem revelando uma sensibilidade adequada para a captação das sutilezas inerentes à criminalidade econômica. Mostra, ao contrário, um apego exagerado a uma certa interpretação liberal, não condizente com a nova realidade do Direito, emergente de um Estado de Justiça Social, concepção atual do Estado de Direito.” CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁵ Vide: CAMASSA, Manoel. *A tecnologia mudando o perfil da criminalidade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 25, p. 226-239.

⁴⁶ Tradução da famosa expressão *white collar*, cunhada por Edwin H. Sutherland, em 1945.

⁴⁷ “Cite-se por ilustração, o recente e rumoroso escândalo do mercado financeiro, envolvendo os títulos emitidos para pagamento de precatórios judiciais. Os juízes nesses casos se deparam

Passa-se a exigir dos magistrados, como uma das vias de penetração dos valores constitucionais no sistema penal⁴⁸, uma interpretação (tanto na fase cognitiva ou da norma aplicável, como na valorativa, na fase decisória, na fase de justificação⁴⁹ do ato decisório⁵⁰) não mais aquela tradicional, basicamente exegética, mas aquela baseada numa hermenêutica⁵¹ construtiva de princípios com o objetivo de implementação dos valores constitucionais⁵² garantidores da dignidade humana⁵³ (interpretação teleológica-constitucional) naquilo que se pode denominar de filtragem hermenêutico-constitucional; uma hermenêutica heterodoxa, pois feita de maneira crítica, politizada e com expressiva sensibilidade social; uma hermenêutica abolicionista da "oposição abstrata entre tradição e ciência, pois as ciências humanas não poderão ser descritas de maneira adequada, se não se partir de um conceito de procura e

com termos como 'day trade', 'operações casadas', 'compromissos de recompra', 'deságio', 'taxas de sucesso', 'ciranda financeira', 'carregamento de posições', 'financiamento de posições compradas', e daí por diante, e para que suas decisões sejam corretas é indispensável que os juízes responsáveis, através de seus auxiliares, os peritos criminais atuantes em cada caso, conheçam a fundo o funcionamento desses instrumentos, elaborando um laudo técnico, de cunho probante, possibilitando a formação do juízo de convicção acerca da culpabilidade, da materialidade e autoria." CAMASSA, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁸ PALAZZO, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁹ "No âmbito da macrocriminalidade ou da criminalidade do *colarinho branco* continuamos vinculados à concepção cômoda e tradicional da decisão jurídica, encarada por grande parcela da magistratura como um silogismo, eliminando o conflito por uma solução dedutiva, onde a norma geral funciona como premissa maior, o conflito, premissa menor e a conclusão identificada com a decisão." SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito. Perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 181.

⁵⁰ "A justificação da decisão judiciária não pode ser reduzida a uma seqüência de passagens formais e muito menos a uma simples concatenação de silogismos, porque o raciocínio justificativo é de algum modo mais complexo, rico, flexível e *aberto* ao emprego de elementos persuasivos, dos topoi da ciência jurídica e dos precedentes judiciais, mas também ao uso das noções de senso comum, das quais a argumentação do juiz é impregnada em todas as suas passagens." TARUFFO, Michele. *Senso Comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em 5 de março de 2001.

⁵¹ "O verdadeiro objetivo da hermenêutica jurídica é fixar os princípios que regem a interpretação das leis em geral, ao passo que a interpretação propriamente dita consiste em determinar o sentido e o alcance de uma lei determinada." Novíssimo Dicionário Jurídico. São Paulo : Brasiliense, vol. 2, 1991, p. 638-639.

⁵² "É verdade, já assentada, que a legitimidade do ordenamento jurídico-legal resultará da sua interpretação conformada à ordem de valores positivados na Constituição, e que o vinculam." CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *op. cit.*, p. 144.

⁵³ A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem, entre outros fundamentos, o "da dignidade da pessoa humana". CF/88, art. 1º, inciso III.

progresso"⁵⁴. Com isto estará o juiz contribuindo com a relegitimação de um Direito Penal⁵⁵, próprio ao Estado Democrático de Direito.

É cediço que a construção legislativa em matéria penal, num Estado capitalista onde uma classe ou classes exercem dominação sobre as outras, apresenta-se caracteristicamente discriminatória e seletiva, sendo edificada por obreiros que objetivam assegurar os interesses das classes, embora minoritárias, hegemônicas privilegiadas da sociedade, detentoras dos poderes políticos e econômicos (estrutura do poder). Disto exsurge a importância de verificação do modelo hermenêutico adotado para possibilitar a correção de injustiças decorrentes do corpo legislativo, sendo para alguns autorizada até mesmo uma "controlada criação do direito pela jurisprudência"⁵⁶, sob pena da função judiciária assumir papel essencialmente político, visando à "manutenção e a reprodução das relações baseadas na dominação de classe sobre as quais se constitui a formação social capitalista"⁵⁷, afastando-se da justiça social proposta no texto constitucional.

Para este resgate hermenêutico, assevera Fábio Roque SBARDELOTTO, "não pode o julgador posicionar-se diante do Direito como um sistema de textos que confere, por si só, sentido jurídico aos fatos sociais, na proporção em que são acoplados ao esquema normativo vigente, esquecendo-se dos fatores políticos e históricos do fenômeno jurídico"⁵⁸. O princípio da legalidade cede lugar ao princípio da constitucionalidade; o "direito por regras" cede lugar ao "direito por princípios". "Es decir que la fuente de legitimación de la función jurisdiccional son *exclusivamente* los *derechos fundamentales*, que deben ser el criterio rector del ejercicio de dicha función."⁵⁹

⁵⁴ Segundo Hans George Gadamer, citado por Márcia Dometila Lima de Carvalho, *op. cit.*, p. 154.

⁵⁵ Vide: SBARDELOTTO, *op. cit.*, p. 193-196.

⁵⁶ "Admissível uma controlada criação do direito pela jurisprudência, com a finalidade de afastar as injustiças decorrentes de uma interpretação formal, quando esta se mostrasse inábil para fazer justiça na situação concreta, justiça prevista, constitucionalmente, através dos princípios e valores consagrados." CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, *op. cit.*, p. 142.

⁵⁷ KARAM, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 174.

⁵⁹ CAMAÑO VIERA, Diego. *Ley de urgencia y derecho penal de la emergencia*. Revista de Estudios Criminales, Editora Notadez, Porto Alegre. ano 2, n. 6, p. 89, 2002.

O magistrado atuante na competência criminal deve ter em mente não só aquele caráter discriminatório e seletivo do processo de criminalização primária⁶⁰ que assola o mito de um direito penal como direito de igualdade⁶¹, mas também assumir que desempenha, inserto no *controle social punitivo institucionalizado* como um dos segmentos estáveis básicos do sistema penal, um papel dentro do processo de criminalização secundária⁶², mantendo e reforçando aquele caráter, conscientizando-se o julgador de sua função de aparelho ideológico do Estado⁶³. E mais ainda, além de suprir as vaguezas e ambigüidades da linguagem da lei dando eficácia seletiva ao seu conteúdo normativo, “o *second code* judicial tem uma eficácia seletiva conformadora, reelaboradora e recriadora dos próprios fatos a processar e a sancionar como crimes”⁶⁴.

Sobre esta continuidade seletiva do sistema penal, Vera Regina Pereira de ANDRADE traz a ensinamento:

Isto significa que a eficácia dos mecanismos de seleção se manifesta na atividade jurisdicional ao longo da multiplicidade de decisões que incumbem aos juízes e tribunais. Seja na fixação dos fatos, na sua valoração e qualificação jurídico-penal, individualização, escolha e quantificação da pena. Igualmente se tem colocado em relevo que em todos estes momentos decisórios intervêm muitas

⁶⁰ Entendido o processo de criminalização primária como “o mecanismo da produção das normas”. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, 1999, p. 161.

⁶¹ “O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições: a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais *chances* de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).” Idem, p. 162.

⁶² Entendido o processo de criminalização secundária como “o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo”. Ibidem, p. 161.

⁶³ “Pode-se dizer que a maioria dos magistrados brasileiros, dada a especificidade de suas funções e das concepções que defendem, sempre alimentou a convicção de ser um grupo social à parte, sem vínculos de classe e dissociados da realidade ‘como se viessem simplesmente implantar-se do exterior sobre uma realidade estática e ademais imutável’. Na verdade, também eles contribuem para reproduzir, tanto no plano repressivo como no plano ideológico, as relações sociais de produção no Estado burguês. Essas relações não se perpetuam de maneira automática e sim porque existe uma categoria de intelectuais cuja função é reproduzir a ideologia da classe dominante.” BUSNELLO, Ronaldo. *Magistratura: ideologia e condição social*. Razão e Racionalidade Jurídica, (Edmundo Lima de Arruda Jr. (Apresentação). São Paulo : Editora Acadêmica, 1994, p. 73.

⁶⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 272.

assimetrias relativas não apenas às desigualdades ancoradas nas estruturas sociais (de que se alimentam os estereótipos), mas também relativas ao poder de interação, comunicação e expressividade e aos níveis de credibilidade dos diferentes participantes.⁶⁵

Reforçando tais colocações, mas dirigindo à atuação do juiz criminal do processo penal, desmistificando a sua neutralidade e imparcialidade, Adauto SUANNES diz que:

Enquanto na esfera civil podemos dizer que os titulares de pretensões conflitivas situam-se no mesmo patamar, não tendo o juiz, em princípio, interesse algum, ainda que remoto, em que vença autor ou réu, no campo criminal seu interesse é evidente: membro da sociedade onde teria ocorrido a infração, tem ele, como membro dela, interesse em viver em paz, desfrutando com seus familiares e amigos de um ambiente onde o risco de ser vitimado pela criminalidade seja nenhum ou, pelo menos, o menor possível. É absolutamente irreal pretender que o julgador interroge um pretenso *serial killer* com a mesma tranquilidade com que toma o depoimento pessoal do senhorio em uma ação de despejo. Por menos que o desejasse, suas limitações humanas fazem dele algo mais do que um mero espectador ou, na melhor das hipóteses, alguém comprometido com os aspectos puramente formais do processo. Basta ler os termos de muitas decisões concessivas de prisão preventiva para concluir que a instrução penal em tais processos será, por vezes, mera formalidade. Há de haver, pois, no processo instrumental que pelo menos minore as conseqüências desse inevitável envolvimento emocional.⁶⁶

Os ensinamentos acadêmicos da neutralidade e imparcialidade do aplicador da lei não podem se sustentar. É ele um ser humano e, desta maneira, seu trabalho decisório não se resume mecanicamente a subsumir o fato histórico ao tipo penal abstratamente previsto, para dar concretude ao Direito⁶⁷, pois este momento intelectual é influenciado por suas características pessoais, pela sua formação educacional, pelos seus estados internos⁶⁸. O julgamento é um ato

⁶⁵ Idem, p. 272.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 134-135.

⁶⁷ “O Magistrado – sustenta Bunge – não há de ser um miserável burocrata, que supõe cumprir o seu mandato social, citando apenas, em considerandos desmedidamente difusos e sem gramática, artigos e incisos da lei, e mais incisos e mais artigos, sem a clara noção da transcendência ética de sua palavra.[...]O magistrado não deve ser, não pode ser boneco automático, como tantos pretendem, tergiversando formosas tradições. Será, antes de tudo, um homem, um homem com o coração cheio, como áureo cálice antigo que derrama nos bordos vinho generoso”. C. O. Bunge, Procurador argentino, *in* LYRA, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁸ “Lavarmiére entendia que o magistrado não deve ler jornal. Divergimos dele. Claro é que, participando da vida, nenhum homem pode subtrair-se à sua ação, impermeabilizar-se à infiltração imperceptível dos complexos elementos que condicionam a personalidade, atuando sobre a mentalidade, o caráter, o temperamento. Quem vive em sociedade está sujeito à influência dos laços que ligam à vida. Não se

humano resultado da convicção do julgador como processo não restrito à logicidade, mas também de cunho psicológico e de interação, vivido e experimentado por ele para chegar à decisão⁶⁹ através de uma fundamentação valorativa.

Jair Eduardo SANTANA vai mais além. Entende que o julgador não é neutro, ao reverso, não só é sensível e emotivo como também é intuitivo. “E não só porque ele é humano, mas porque seu todo, o seu conhecimento também passa por essa via”⁷⁰. E explica:

Aliás, nesse contexto a intuição assume especialíssimo destaque, porquanto revela e traduz percepção cognitiva que comprime toda a experiência e aprendizado num dado ato concreto, tendo como característica básica a expressão de informações instantâneas que vêm à tona sem elementos suficientes no nível do *consciente*.

Quer-se dizer que a intuição é importante também para o Direito, já que agir assim (intuitivamente) é, antes de tudo, observar atentamente questões nem sempre objetivas; é abandonar velhas fórmulas ou procedimentos já estudados, assumindo riscos para encontrar soluções diferentes daquelas que não satisfazem, conduzindo a novas experiências, experiências essas que deixamos de conhecer por *introjetarmos* uma cultura que privilegia o sucesso como sinônimo de racionalidade objetiva e, conseqüentemente, torna cético o homem.⁷¹

A psicóloga americana Sharon FRANQUEMONT entende que a intuição, como nova forma de inteligência emocional, é fundamental no século XXI como próximo passo da evolução humana, dela dependendo, inclusive o sucesso profissional. E explica:

A intuição lhe diz o que fazer, sem que você precise usar a razão. É a parte ilógica da existência. No passado remoto da história da humanidade, o homem valia-se basicamente de seu instinto para sobreviver e se relacionar com o

cuida de submissão consciente e imediata, mas da que resulta, inevitável e irremediavelmente, da imponderável interdependência do mecanismo social”. Idem, p. 76.

⁶⁹ “Podemos afirmar, com segurança, e por isso tudo, que a *neutralidade do magistrado* é apenas um *grande mito*. A *composição* necessária do *homem-julgador* não pode negar seus *sentimentos*, as suas *experiências*, o seu *histórico*, enfim, toda a sua *bagagem emotiva*. Como também não se pode negar que tais aspectos sejam conduzidos ao seu *processo intelectual* e de decisões. Daí afirmarmos que *o juiz é sensível*; daí dizermos que *o juiz é parcial*. Não no sentido pejorativo do termo, mas no sentido de que ele, como *ser humano*, é sensibilizado por fatos, informações e *conhecimentos* que influenciam a sua *razão* e o seu *senso de justiça*.” SANTANA, Jair Eduardo. *Direito, justiça e espiritualidade*. Belo Horizonte : Inédita, 2000, p. 34.

⁷⁰ Idem, p. 35.

⁷¹ Ibidem, p. 35-36.

mundo. E o instinto é uma forma primária de intuição. Num determinado momento, passamos a priorizar o uso do intelecto – e fizemos isso de maneira avassaladora.

Hoje em dia, somos bombardeados o tempo todo com uma quantidade inesgotável de informações. Elas vêm de todos os lados e sob as formas mais diversas. Há coisas demais para saber e assimilar. Nossa mente fica sobrecarregada. Não há cérebro que dê conta de tudo isso. Depois de anos de evolução, agora começamos a perceber que algo de bom do instinto humano ficou perdido ao longo desse processo. Não adianta querer compreender tudo apenas com o intelecto. É preciso contar com a ajuda das emoções, da criatividade.⁷²

Desta maneira, é necessária uma desingenuização por parte de alguns juízes que, sinceramente, consideram-se neutros e imparciais, para assumirem também a responsabilidade pelas suas decisões e não creditando as injustiças ao legislador ou à fácil argumentação calcada na “jurisprudência mansa e pacífica”⁷³.

Nilo Bairros de BRUM justifica essa parcialidade do juiz, nos seguintes termos:

O julgador não é parcial porque queira sê-lo, mas porque também é produto ('sujeito') de uma cultura parcial que o dotou de pautas valorativas que sempre estarão em contradição com outras pautas valorativas determinadas por outras culturas ou condicionamentos sociais antagônicos, pois a socialização não se faz de modo uniforme e não evita que, em uma mesma formação social, existam vários padrões de justiça.⁷⁴

Mauro CAPPELLETTI (*in Juízes Irresponsáveis?*, Sérgio A. Fabris Editor, trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, 1989, p. 13), citado por Márcia Dometila Lima de CARVALHO⁷⁵, demonstra a crescente preocupação doutrinária com a responsabilidade judicial, decorrente do aumento da possibilidade criadora dos magistrados, naquilo que denominou de “responsabilização social”. Esclarece ele que, nos ordenamentos contemporâneos, gradualmente vem assentando-se a necessidade de responsabilização dos juízes “perante os usuários do direito e da justiça, isto é, os cidadãos, para os quais deve operar o sistema jurídico, em sua integridade, com o

⁷² *O mundo é dos visionários*. Revista Veja, Editora Abril, São Paulo, edição n. 1753, páginas amarelas, 29 de maio de 2002.

⁷³ BRUM, Nilo de Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 42.

⁷⁴ Idem, p. 41.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 154-155.

fim de que o ordenamento seja verdadeiramente democrático”⁷⁶. Aqui a nova concepção do Judiciário não mais como um poder de estado, mas como um serviço público que deve estar disponível à população.

Resumidamente podemos concluir que os magistrados com atuação na área criminal deverão ter em mente, para uma modificação do quadro que se apresenta em termos de crise do Direito Penal brasileiro, tomando de empréstimo as conclusões de André Luis Del NEGRI, o seguinte:

a) No desempenho da tarefa de incriminar cada vez mais, o legislador está condicionando a atuação de atores sociais, movidos muitas vezes pela falta de oportunidades de emprego e de educação, a uma sanção que acaba jogando-os em um ambiente distorcido longe de uma forma de vida que funcione como válida para a sua ressocialização. A integração social do condenado não se faz somente por aí.

b) Por tudo, constata-se que os profissionais do direito, no exercício de suas atividades, devem estar mais voltados para a aplicação dos *princípios constitucionais*, procurando ter uma visão garantista, não se esquecendo que a Constituição deve estar ao lado do Direito Penal e Processual contemporâneo, e que na colisão de *regras* e *princípios* sempre deve prevalecer os princípios constitucionais.

c) Cabe ainda considerar que o princípio da prevalência da *dignidade da pessoa humana*, junto com outros princípios constitucionais, deve estar sempre presente nos julgamentos do Judiciário nacional, em especial, do STF, que, por ser o intérprete da Constituição, deve romper com a tendência de repetir leis sem reflexão jurídica e assumir de vez a sua posição de guardião da Constituição.⁷⁷

No livro de um Juiz em Calcutá, Rhámar L'HÚMISTAN deixou escritas as seguintes palavras (em tradução de José Wanderlei DIAS):

Amigo

Como mereces meu respeito e admiração por haveres chegado tão alto em tua carreira, sem que coisa alguma possa ser dita em contrário a teu senso de justiça e equilíbrio!

Como é difícil julgar, como é difícil decidir-se sobre quem tem razão e quem não a tem.

O garoto olha para o canário bonito e, admirado com o doirado de suas penas e cristal de sua voz, diz que não há ave mais bela.

A pequena minhoca, todavia, olha para o canário como se este fosse uma sinistra ave de rapina, que é capaz de matá-la cruelmente, ferindo-a de morte com o bico adunco que outros acham tão sonoro.

⁷⁶ Idem, p. 155.

⁷⁷ A constitucionalização do direito penal através de uma visão garantista na atividade do legislador e nas decisões judiciais. Revista dos Tribunais, ano 90, vol. 786, p. 558, abr. 2001.

fim de que o ordenamento seja verdadeiramente democrático⁷⁶. Aqui a nova concepção do Judiciário não mais como um poder de estado, mas como um serviço público que deve estar disponível à população.

Resumidamente podemos concluir que os magistrados com atuação na área criminal deverão ter em mente, para uma modificação do quadro que se apresenta em termos de crise do Direito Penal brasileiro, tomando de empréstimo as conclusões de André Luis Del NEGRI, o seguinte:

a) No desempenho da tarefa de incriminar cada vez mais, o legislador está condicionando a atuação de atores sociais, movidos muitas vezes pela falta de oportunidades de emprego e de educação, a uma sanção que acaba jogando-os em um ambiente distorcido longe de uma forma de vida que funcione como válida para a sua ressocialização. A integração social do condenado não se faz somente por aí.

b) Por tudo, constata-se que os profissionais do direito, no exercício de suas atividades, devem estar mais voltados para a aplicação dos *princípios constitucionais*, procurando ter uma visão garantista, não se esquecendo que a Constituição deve estar ao lado do Direito Penal e Processual contemporâneo, e que na colisão de *regras* e *princípios* sempre deve prevalecer os princípios constitucionais.

c) Cabe ainda considerar que o princípio da prevalência da *dignidade da pessoa humana*, junto com outros princípios constitucionais, deve estar sempre presente nos julgamentos do Judiciário nacional, em especial, do STF, que, por ser o intérprete da Constituição, deve romper com a tendência de repetir leis sem reflexão jurídica e assumir de vez a sua posição de guardião da Constituição.⁷⁷

No livro de um Juiz em Calcutá, Rhámar L'HÚMISTAN deixou escritas as seguintes palavras (em tradução de José Wanderlei DIAS):

Amigo

Como mereces meu respeito e admiração por haveres chegado tão alto em tua carreira, sem que coisa alguma possa ser dita em contrário a teu senso de justiça e equilíbrio!

Como é difícil julgar, como é difícil decidir-se sobre quem tem razão e quem não a tem.

O garoto olha para o canário bonito e, admirado com o doirado de suas penas e cristal de sua voz, diz que não há ave mais bela.

A pequena minhoca, todavia, olha para o canário como se este fosse uma sinistra ave de rapina, que é capaz de matá-la cruelmente, ferindo-a de morte com o bico adunco que outros acham tão sonoro.

⁷⁶ Idem, p. 155.

⁷⁷ A constitucionalização do direito penal através de uma visão garantista na atividade do legislador e nas decisões judiciais. Revista dos Tribunais, ano 90, vol. 786, p. 558, abr. 2001.

Há quem olhe para a mesma pequena minhoca com desprezo, dizendo que ela, tão feia e rastejante, não se pode comparar com a larva que, um dia, será borboleta e voará no infinito azul.

Quem tem razão?

Quem assim considera a minhoca ou quem a vê como benfeitora da terra e da plantação?

Vendo a chuva desabar sobre seus campos alagados, o pobre camponês chega a maldizer a chuva e o vento, rogando, para todos os deuses, que a tempestade se vá, que o vento pare de uivar, que volte a brilhar o sol, que cesse de vez o dilúvio. No entanto, ardendo de sede no deserto, o beduíno pede inutilmente pela chuva, por uma gota d'água que seja, dizendo-se, intimamente, que se consolaria com o mínimo que fosse do vento calmo ou da brisa tranqüila de que ele guarda apenas memória e saudade, enquanto caminha pelo inferno ardente da areia escaldante.

Quem tem razão?

Ao ver o pai voltar da guerra, com a espada cintilante e o peito arfando vitorioso dentro do escudo de mil batalhas, o menino canta as glórias do vencedor e proclama que o seguirá um dia, para continuar as conquistas e façanhas que motivaram mil bardos.

Há, porém, na terra vencida e conquistada, mil crianças iguais, que têm pavor daquela espada que verteu sangue, daquele escudo em que estão bordadas as insígnias do tirano conquistador e do déspota impiedoso que deixou cinzas e lágrimas à sua passagem.

Quem tem razão?

Existe aquele que tem, a provar os seus argumentos, os documentos mais perfeitos, escritos pelos mais hábeis escribas, desenhados pelos artistas mais completos, orientados por juristas os mais eruditos, mais adentrados nos mistérios e nos arcanos do saber e mais ajustado às normas e editos legais e jurisprudenciais.

E há aquele que tem apenas a boa fé, a inocência pessoal, que não sabe falar e que não encontra quem supra sua ignorância e seu desconhecimento.

Quem tem razão? Com quem está a verdade?

Existe aquele que levanta as mãos para o céu todas as manhãs e não fecha seus olhos para dormir, senão depois de agradecer profundamente o bem que recebeu e os dons que lhe foram transmitidos.

Oferece, em troca, sua vida irrepreensível e sua eterna devoção, conhecendo de cor todas as litânicas e todas as invocações.

Como há aquele que nada conseguiu, que de tudo foi afastado porque não lhe ensinaram, porque não aprendeu, porque não subiu, nem material, nem moralmente. Este, no fundo de seu desespero, voltasse para uma divindade que imagina existir mas que nem tem certeza de que exista, mas de quem se queixa, junto a quem se lamenta, e contra quem até se revolta intimamente porque permitiu que, com ele, tanto mal acontecesse!

Quem tem razão? Quem, na realidade, mais merece ser ouvido?

Quem dirá as preces mais corretas?

O que ilumina mais: as mil lâmpadas do palácio? Ou o pequeno vaga-lume conduzindo sua diminuta lanterna viva dentro da noite?

O que tem mais perfume: o incenso que se queima entre as pétalas?

Ou a flor esmagada que ainda resiste dentro do charco e do pântano?

Você, amigo, como juiz sempre teve de decidir dentre situações assim ou parecidas; você sempre teve de enfrentar o dilema de resolver corretamente, de não confundir sombra com penumbra, luz com claridade.

É por isso que o saúdo, a você, cuja vida foi consagrada a dar resposta digna a esta pequena, simples e terrível pergunta:

"Quem tem razão?"

6.3. O PROMOTOR DE JUSTIÇA COM ATUAÇÃO NA ÁREA CRIMINAL – SEU PAPEL NA SOCIEDADE ATUAL

“O Promotor Público, na original designação da lei brasileira, como titular típico da instituição, é, na Justiça Criminal, o movimento, o rumo, a medida.

[...] O Promotor Público é o intérprete dos interesses gerais na punição dos criminosos e o responsável direto pela eficácia, pela legalidade e pela humanidade dessa missão.” (Roberto Lyra)⁷⁸

Muito embora o Ministério Público tenha recebido nova roupagem constitucional, com ampliação do seu leque de atribuições, continua a exercer, agora com exclusividade, como determina o texto constitucional (art. 129, inciso I), a titularidade da ação penal pública⁷⁹, o que aumenta a sua já grande responsabilidade nesse ponto decorrente desta monopolização.

Assim, passa-se a exigir neste campo de atuação, nova postura institucional diversa da adotada sob a estrutura jurídica anterior – órgão repressor – com manipulações do poder político e econômico, forjada que foi num modelo estatal e histórico-social bem caracterizado por um legalismo exacerbado em defesa do poder – sociedade política, para assumir a sua responsabilidade como “um dos últimos repositórios de expectativa social pela efetivação de valores próprios do Estado Democrático de Direito”⁸⁰. Já dizia Roberto LYRA: “o homem da lei não pode transformar-se em agente dócil do homem de poder”⁸¹.

De um perfil tradicional que atingia somente a clientela habitual da justiça penal⁸², localizada nos estratos periféricos da sociedade, deve o Ministério

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 57.

⁷⁹ “[...] a instituição do Ministério Público como representante da sociedade e encarregada de promover a Ação Penal, precisa considerar os mandamentos expressos na Constituição Federal e nos Documentos Internacionais de Direitos Humanos de aceitação universal.” MAIA NETO, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁰ SBARDELOTTO, *op. cit.*, p. 186.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 109.

⁸² “O Ministério Público é um órgão de persecução penal, e o faz representando o interesse social na paz social, na não violação das normas penais, na proteção dos valores de dignidade de uma sociedade que quer ser democrática. Mas esse papel tradicional acabou se caracterizando pela produção de acusações sobretudo contra a parcela mais desfavorecida da população, que é a clientela habitual do nosso

Público criminal investir contra outras formas de criminalidade, até então inatingíveis pelo sistema penal (macrocriminalidade⁸³, criminalidade dourada), vitimizadoras em um grau bem mais acentuado, das condições de vida de uma sociedade⁸⁴ que se pretende democrática. "Afigura-se impreterível o despertar para uma atenção efetiva, permanente e mais acentuada ao combate necessário à criminalidade graduada, que impede a implementação dos valores do próprio modelo de Estado a que está incumbido de zelar"⁸⁵.

Deve-se buscar a defesa de um Direito Penal que tenha por escopo máximo a justiça social, como a pretendida constitucionalmente, considerando os direitos sociais já internacionalizados e já constitucionalizados. Assim, como órgão defensor dos direitos fundamentais⁸⁶, aproximando-se da sociedade - sociedade civil - com a qual deve se identificar e para a qual deve prestar contas, o Ministério Público tem como instrumental a construção principiológica, explícita e implicitamente, trazida pelo texto constitucional, a ser utilizada quando da aplicação das disposições penais, numa constitucionalização do Direito Penal. O anacronismo do cipoal legislativo de natureza criminal, em vigor no país, deve ser tratado tendo em mira estes princípios constitucionais propiciadores de uma relegitimação do Direito Penal.

sistema de justiça criminal." MARREY, Luiz Antônio. *O papel do Ministério Público entre as instituições que compõem o sistema brasileiro de justiça (mesa redonda)*. O Ministério Público e a Justiça no Brasil. Organizadora Maria Tereza Sadek, São Paulo : idesp, Editora Sumaré, 1997, p. 10.

⁸³ "Ao *Parquet*, no seu mister primordial de servir ao povo e ao regime democrático, caberá decisivo e relevante papel no enfrentamento das organizações criminosas. Atrevo-me a afiançar, inclusive, que, ao lado da atuação na defesa do patrimônio público e dos interesses coletivos, inclusive na preservação do meio ambiente e na proteção dos consumidores, será o combate ao crime organizado o eixo central da atuação ministerial no limiar do novo século. Sem tergiversar jamais com princípios e garantias fundamentais da cidadania e sem perder de vista as profundas raízes sociais da criminalidade nos países do terceiro mundo, caberá sobretudo a esta instituição, autônoma e independente, travar o bom combate: *enfrentar e derrotar o crime organizado nos limites de um estado democrático de direito*." MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado*. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 1997. p. XV.

⁸⁴ "Depositário de tradições e imagem de tendências, o Promotor Público é o precursor de uma época, em que, na sociedade, só se ouvirá uma voz legítima, a dela própria, como resumo puro e real das notas esparsas." LYRA, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁵ SBARDELOTTO, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁶ "O Ministério Público, na verdade, não é órgão acusante, nos sistemas democráticos, muito menos representante do Executivo ante os Tribunais, porque não defende os interesses da administração pública, mas a correta aplicação da lei, em especial, dos princípios humanitários consignados na *lex fundamentalis*, em nome da cidadania." MAIA NETO, *op. cit.*, p. 38.

Sem adentrar no mérito, mas para exemplificar esta imprescindível nova postura ministerial, cita-se o acórdão nº 70000284455 da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual acatou-se *in totum* o parecer do Procurador de Justiça Lênio Luiz Streck, no sentido de que fosse aplicada ao caso de furto praticado em concurso de pessoas, a causa de aumento de pena prevista para o roubo também praticado em concurso, qual seja 1/3 até a metade, e não a duplicação como é prevista para aquele. Entendeu o Procurador que o reconhecimento da qualificadora para o furto, que impõe a duplicação da pena prevista para a modalidade simples, ofende o princípio da proporcionalidade, levando em conta que a majoração no caso de roubo leva à alteração da pena de 1/3 até a metade. Para ele, “no furto, a presença de mais de uma pessoa não coloca em risco e integridade física da vítima e, sim, facilita o agir subtraente; já no roubo, a presença de mais pessoas colocam em risco, sobretudo, a integridade física da vítima. Não obstante isto, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física”⁸⁷. Para isto, procedeu o Procurador, uma (re)leitura constitucional do tipo penal de furto qualificado, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, numa interpretação conforme a Constituição, readequando a norma ao mesmo. Vale a transcrição de parte de seu parecer:

Não se está a propor aqui – e até seria despidendo alertar para este fato – que o Judiciário venha a legislar, modificando o teor do dispositivo do Código Penal, que estabelece a duplicação da pena nos casos de furto qualificado por concurso de pessoas. Na verdade, trata-se, nada mais nada menos, do que elaborar uma releitura da lei sob os parâmetros da devida proporcionalidade prevista na Constituição Federal. O mecanismo apto para tal é o da interpretação conforme a Constituição, que se originou da Alemanha, que vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal já há mais de 10 anos.

Ou seja, o texto da Lei (Código Penal) permanece com sua literalidade: entretanto, a norma, fruto da interpretação, é que exsurta redefinida em conformidade com a Constituição. Desse modo, analogicamente, o aumento de pena decorrente do concurso de pessoas (circunstância especial de aumento de pena) do roubo (art. 157, § 2º, inc. II), que é de 1/3 até a metade, torna-se aplicável ao furto qualificado por concurso de agentes.⁸⁸

⁸⁷ Revista de Jurisprudência do TJRS, n. 199, p. 159.

⁸⁸ Idem.

Cândido Furtado MAIA NETO ressalta o papel do agente ministerial, na responsabilidade em mitigar a violência do sistema punitivo, nestes termos:

Ao Estado-acusação (Ministério Público) corresponde a contenção da violência oficial punitiva através de uma política de mínima intervenção, via processo de descriminalização jurisprudencial, em face da inércia do Estado-legislador (Congresso Nacional), para reduzir ao máximo as desigualdades sociais de acesso, seletividade e vulnerabilidade à administração de justiça, tornando o direito penal, efetivamente a *ultima ratio* das ciências jurídicas e a pena de reclusão e de detenção como último recurso de medidas repressivas contra o *ius libertatis* que é em desfavor da cidadania.⁸⁹

Ao assumir o monopólio social da ação penal pública, deve o agente ministerial exercê-lo na perspectiva da defesa comunitária, “liberto dos ranços inquisitivos que reduzem indevidamente, os escopos da jurisdição criminal ao nível da persecução atomizada de infratores-réus”⁹⁰.

Nos “Princípios Orientadores relativos à função do Promotor de Justiça”, adotados pela ONU em seu 8º Congresso, considera-se que “os magistrados do Ministério Público desempenham um papel fundamental na administração da justiça”⁹¹ e que as regras que lhes são aplicáveis no exercício das suas importantes funções devem encorajá-los a respeitar e a aplicar os princípios” objetivando garantir desta maneira “um sistema de justiça penal imparcial e justo e a proteção efetiva dos cidadãos contra o crime”.

Este mesmo documento internacional estabelece o papel institucional no processo penal:

10. As funções dos magistrados do Ministério Público estão estritamente separadas das funções do juiz.

11. Os magistrados do Ministério Público desempenham um papel ativo no processo penal, nomeadamente na decisão de determinar a investigação criminal, e quando a lei ou prática nacional o autorizam, participam na investigação criminal, supervisionam a legalidade da investigação criminal, supervisionam a execução das decisões dos tribunais e exercem outras funções enquanto representantes do interesse público.

12. Os magistrados do Ministério Público exercem as suas funções em conformidade com a lei, equitativamente de maneira coerente e diligente,

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 45-46.

⁹⁰ MACHADO, GOULART, *op. cit.*, p. 35.

⁹¹ O Ministério Público é considerado “função essencial à justiça” conforme a Constituição Federal de 1988 (Título IV, Capítulo IV, Seção I).

respeitam e protegem a dignidade humana e defendem os direitos da pessoa humana, contribuindo, assim, para garantir um procedimento criminal correto e o bom funcionamento do sistema de justiça.

13. No exercício das suas funções os magistrados do Ministério Público:

a) Dão prova de imparcialidade e evitam toda a discriminação de ordem política, social, religiosa, racial, cultural, sexual ou outra;

b) Protegem o interesse público, agindo com objetividade, tomam devidamente em consideração a posição do suspeito e da vítima e têm em conta todas as circunstâncias pertinentes, quer sejam favoráveis ou desfavoráveis ao suspeito;

c) Não divulgam o que lhes é comunicado, salvo se o exercício das suas funções ou as necessidades da realização da justiça o exigem;

d) Têm em conta os pontos de vista e as preocupações das vítimas quando estas são lesadas no seu interesse pessoal, e asseguram que as vítimas sejam informadas dos seus direitos em conformidade com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e às Vítimas de Abuso de Poder.

14. Os magistrados do Ministério Público não encetam nem continuam investigações criminais ou fazem o possível para as suspender se um inquérito imparcial revelar que a acusação não é fundada.

15. Os magistrados do Ministério Público obrigam-se em especial a encetar investigações criminais no caso de delitos cometidos por agentes do Estado, nomeadamente atos de corrupção, de abuso de poder, de violações graves dos direitos do homem e outras infrações reconhecidas pelo direito internacional e, quando a lei ou a prática nacionais a isso autoriza, a iniciar procedimentos criminais por tais infrações.

16. Quando os magistrados do Ministério Público recebem contra os suspeitos provas que eles sabem ou têm motivos razoáveis para suspeitar que foram obtidas por métodos ilícitos, que constituem uma grave violação dos direitos da pessoa humana e que implicam em particular a tortura ou um tratamento ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes, ou que tenham implicado outras violações graves dos direitos do homem, recusam utilizar essas provas contra qualquer pessoa que não seja aquela que recorreu a esses métodos, ou informam o tribunal em consequência, e tomam todas as medidas necessárias para que seja feita justiça.

O Promotor de Justiça, como titular exclusivo – *dominus litis* - é o detentor da ação penal pública – *persecutio criminis in iudicio* - devendo iniciá-la somente após a formação de sua *opinio delicti*. Este é um momento intelectual do agente ministerial de suma importância, como o é para o magistrado, o momento de sentenciar decidindo quanto ao direito de liberdade do réu. Assim, deve aquele ter plena consciência das consequências que advirão para o acusado⁹², pois como dito, também ele desempenha, inserto no *controle social punitivo institucionalizado*

⁹² “[...] isolando, estigmatizando e ainda submetendo aqueles que seleciona ao inútil e desumado sofrimento da prisão, o sistema penal faz destes selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando, já por isso, como um alimentador da violência, o que faz da demanda de maior repressão penal uma atitude um tanto sadomasoquista.” KARAM, *op. cit.*, p. 204

como um dos segmentos estáveis básicos do sistema penal⁹³, um papel dentro do processo de criminalização secundária, não mais se prestando a manter e reforçar o caráter discriminatório e seletivo ("A seleção de criminosos é uma característica inerente ao sistema penal"⁹⁴) de um Direito Penal já deslegitimado frente ao Estado Democrático, mas cômico da realidade social de desigualdades que o sistema teima não só em manter, mas também em aprofundar. "Al menos, en el momento de la aplicación de la ley, la agencia judicial (juez, defensor, fiscal, peritos) debe evitar transformar-se en una agencia duplicadora de las pulsiones represivas de otras instancias, sean las policiales, legislativas o incluso mediáticas."⁹⁵

Cabe, ainda, ao Ministério Público, mais do que a magistratura e aos advogados, sem substituir-se na função legislativa, cobrar do legislador, "um trabalho responsável de depuração da ordem jurídica e de aprimoramento da sua qualidade"⁹⁶.

Para concluir, pode-se buscar a advertência de Edílson Mongenot BONFIM, o qual, após considerar que a história da legislação brasileira é a história do caos, pois se legisla atrabiliariamente, alerta que:

O Ministério Público – mesmo o Judiciário, temos defendido – não pode igualmente sujeitar-se a esse discurso já desgastado (objeto da citada crítica). Há que agir, ao sabor do mandamento constitucional e, para isso, ciente das advertências da história, ciente dos erros e desencontros – que não foram 'privilegio' da intelectualidade nacional – haverá que resguardar-se em sua independência e não confundir-se com os 'Poderes', buscando verdadeiramente a essência de seu perfil institucional-constitucional. Para tanto, distante do *Homo theoreticus* prototípico da intelectualidade sem 'o conhecimento de causa' que só a 'ação' do *Homo praticus* pode propiciar, posiciona-se um *Homo juridicus* – perfilando o conhecimento dos 'costumes' do povo e ciente dos 'princípios gerais do direito', interagindo **discurso e prática, pensamento e ação** – apto, portanto, a verdadeiramente poder **filtrar** os valores da sociedade brasileira, para a produção de um direito positivo verdadeiramente *pro societate*. Longe, os tempos, da obediência servil a certo pensamento emanado da intelectualidade sem prática, dos 'teóricos de carteira' que ditaram *ação* e modos de sua produção, para o *facere do Homo faber* enquanto ser realizador, empreendedor, e não simplesmente

⁹³ ZAFFARONI, PIERANGELI, *op. cit.*, p. 70-71.

⁹⁴ KARAM, *op. cit.*, p. 202.

⁹⁵ CAMAÑO VIERA, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁶ RESEK, Francisco. *O Ministério Público na Constituição Federal*. Conferência do I Congresso Nacional dos Promotores do Juri, publicado nos Anais da APMP, São Paulo, Fiúza, 1996.

teorizador, distante da realidade, por deformação de propósitos ou desinformação de argumentos e fatos.⁹⁷

⁹⁷ *Direito penal da sociedade*. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1997, p. 223.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a sociedade e o Estado tenham passado por várias rupturas de conformação analisadas empírica e teoricamente ao longo dos séculos, ainda não se encontra em posição de equilíbrio entre uma e outra, que venha a necessária satisfação do bem estar coletivo.

Tendo o Estado como primado o bem estar-social, ao estudar seus aspectos evolutivos vê-se que sua criação se deu, num primeiro momento, em função de um dilema existencial do ser humano, ou seja, de uma necessidade de regulação dos relacionamentos sociais. Assim, a criação de um estado politicamente organizado foi necessária para a conformação da sociedade tal como é hoje e não apenas um agregado de pessoas com interesses e objetivos desconexos e individuais.

A ordem preconizada pelo Estado é fruto de um amadurecimento evolutivo conquistado com árdua luta. As reivindicações da sociedade eram e são no sentido de uma conveniente acomodação que traga, além do bem-estar, a segurança. Após as rápidas considerações sobre a evolução do Estado, surge um questionamento: terá o Estado chegado a uma etapa de sua evolução onde não seja necessária mais qualquer depuração? As ondas de insatisfação e resposta falha do Estado à sociedade que o compõe demonstram que não. Ao que parece, não somente o Estado está ausente, mas a própria sociedade deixa, por vezes, de fazer sua parte.

Ao tratar de tema tão avassalador como o de Criminalidade, vê-se que, historicamente, não existiram mudanças substanciais no que pertine ao seu controle em níveis suportáveis. O prenúncio do quadro atual pode se confirmar. As instituições destinadas ao seu controle somente tornar-se-ão eficientes à medida em que os cidadãos não colocarem-se apenas na posição de meros espectadores e passivos destinatários, deixando de cumprir seu papel/dever de instrumentos auxiliares na busca da verdadeira segurança. Boa ou má sorte dependem da

atuação de cada um no conjunto. E, para que os resultados não sejam efêmeros, faz-se necessária a continuidade na busca das veredas que priorizem o social.

A criminalidade, as ondas de violência e sua banalização não têm fim certo. Aliás, estão ínsitas na natureza humana, como já concluiu Freud. Não que isso as justifique, mas ao tratá-las com ética e com conexão no pensar e no agir, a "luz que existe no fim do túnel" não parecerá tão distante. Só será possível alterar as funestas previsões se a Criminalidade deixar de ser usada como valhacouto de ambições, desmistificando o fantasioso discurso do que é possível.

O concluir da presente pesquisa deixa duas sensações distintas e contrapostas.

A primeira (a má) de que, embora o controle da criminalidade seja consciente, da aspiração de todos, e objeto dos discursos políticos, as políticas implementadas com o aumento do rol de condutas criminalizadas e endurecimento das sanções, ao mesmo tempo em que se procura demolir a construção principiológica garantística tão arduamente conquistada ao longo de séculos, são meramente ilusórias (simbólicas), objetivando satisfazer momentaneamente a sensação indignada da sociedade, sendo publicizadas como métodos eficazes de controle daquela.

A segunda (a boa) de que, embora existentes estes discursos ilusórios amplamente implantados, e com a aprovação da sociedade, variantes têm surgido no sentido de trazer não só resultados mais eficazes de controle menos violento da criminalidade ao analisá-la sem paixões, como também dentro de critérios de razoabilidade mínima no sopesamento dos interesses em conflito.

Referências Bibliográficas

- Adolescência, ato infracional e cidadania. A resposta está no ECA. Basta querer realizar. *Fórum DCA Nacional*, São Paulo, p. 31.
- A Mídia dos Jovens. A Marca do Crime. Os delitos da imprensa na cobertura da violência. Pesquisa Agência de Notícias dos Direitos da Infância. Instituto Ayrton Senna. Unesco. Ano 5, nº 9, dez.2001.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt (Ed.), Área de derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española). La insostenible situación del Derecho Penal. Granada, p. 471-487, 2000.
- ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2002.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVES, Léo da Silva, Programa Nacional de Direitos Humanos. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano VI, n. 131, p. 10-14, jun. 2002.
- AMARAL, Luiz Otávio de. O. Segurança Pública - Ano I. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano V, n. 108, p. 12-16, 15 de Julho de 2001.
- _____. Unificação das polícias. *Revista Prática Jurídica*, Brasília, ano II, n. 14, p. 28-30, 31 de maio de 2003.
- _____. A segurança pública brasileira pede segurança. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano VII, n. 152, p. 24-26, 15 de maio de 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle social*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRIOLI, Antonio Inácio. Disponível em http://www.espacoacademico.com.br/22and_rousseau.htm.

- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. R. DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1996.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Os grandes movimentos atuais de política criminal. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 1, n. 9, p. 147-157, nov. 1988.
- ARRUDA ALVIM, Angélica. Princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*, n. 74, p. 20-39.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI*. Conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna: (ensaios de sociologia do direito). 1. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1997.
- ASSIS, Jorge Cesar de. Aspectos jurídicos e efetividade da participação do governo federal na segurança pública. *Revista Direito Militar*, n. 32, p. 14-18, nov./dez. 2001.
- BALESTRERI, Ricardo Brisolla. *Diretos humanos: coisa de polícia*. CAPEC - Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania. Passo Fundo, RS : Pater Editora.
- Bandidos Mirins. *Revista Veja*, Editora Abril, São Paulo, p. 62-63, 16 de Agosto de 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituinte e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n. 94, p. 79-108, abr./jun. 1987.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1999.
- _____, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre o modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 27-52, jan./mar. 2000.
- BARATA, Francesc. La violencia y los mass media. Entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*,

- Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 29, ano 8, p. 255-267, jan./mar. 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a cultura da transgressão. *Revista Jurídica*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 267, p. 5-12, jan. 2000.
- _____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista Jurídica*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 282, p. 19-26, abr. 2001.
- BARCELLOS, Caco. *Abusado - o dono do morro Santa Marta*. Rio de Janeiro : Editora Record, 2003.
- BARRETO, João de Deus Menna. Presença de Promotores Públicos nas delegacias de polícia. in *Violência e criminalidade: propostas de solução*. Damásio Evangelista de Jesus *et al.*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 86-87.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1999.
- _____. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro : 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Editora Saraiva, 1994.
- _____. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo : Editora Saraiva, 1994.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1990.
- _____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1996.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo : Hemus Editora, 1996.
- BERISTAIN, Antonio. Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y Consejo de Europa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 147-162, abr./jun. 2001.

- BIANCHINI, Alice. Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva. *Revista dos Tribunais*, n. 772, 89. ano, p. 455-462, fev. 2000.
- BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis : Editora Obra Jurídica, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte geral*. 6. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 15 tiragem. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- _____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait, 3. ed. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BOEIRA, Sérgio Luís. Data: 23.01.2002. Email: slboeira@matrix.com.br.
- BONATO, Gilson (org.). *Direito penal e processual penal – uma visão garantista*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Júris, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed.. São Paulo : Editora Malheiros, 1996.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Direito penal da sociedade*. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1997.
- BORN, Rogério Carlos. As vertentes da mídia eletrônica. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano VI, n. 141, p. 18-19, 30 de Novembro de 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança n. 22164/SP, Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário da Justiça n. 1, de 17.11.1995, p. 39206.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adin n. 958, Relator: Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 16.5.94, p. 11.675, in *A Constituição na visão dos tribunais*, TRF da 1ª Região, Gabinete da Revista, vol. 1, 1997, p. 368.
- BRITO, Wladimir. Tribunal Penal Internacional: uma garantia jurisdicional para a protecção dos direitos da pessoa humana. *BFD*, n. 76, p. 81-128, 2000.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1980.

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo : Editora Saraiva, 2000.
- BUSNELLO, Ronaldo. Magistratura: ideologia e condição social. *Razão e racionalidade jurídica*. Edmundo Lima de Arruda Jr. (Apresentação). São Paulo: Editora Acadêmica, p. 73-84, 1994.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 45, p. 86-102, 2001.
- CAMAÑO VIERA, Diego. Ley de urgencia y derecho penal de la emergencia. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 2, n. 6, p. 78-90, 2002.
- CÂMARA, Olga. *Segurança pública: a ação Institucional da polícia*. Do avesso ao Direito, Seminário Latino Americano. Texto de Apoio.
- CAMASSA, Manoel. A tecnologia mudando o perfil da criminalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 25, p. 226-239.
- CAMPANA, Priscila. Magistrados orgânicos e ética da responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 32, p. 147-163, 1999.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina: 1993.
- _____. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano IV, n. 45, p. 36-43, set. 2000.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- CARMO, Glauber S. Tatagiba do. A defesa da Constituição pelos poderes constituídos e o Ministério Público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 36, p. 205-219.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1989.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas : Conan Editora, 1995.

- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CARVALHO, Salo de. *A política de drogas no Brasil* do discurso oficial às razões da descriminalização. 1. ed. Rio de Janeiro : Luam Editora, 1996.
- CARVALHO, Thiago Fabres de. A Teoria da divisão dos poderes no contexto do neoliberalismo: Alguns Dilemas da democracia em tempos de globalização econômica. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 03, p. 61-62, 2001.
- CASTILHO, Manoel L. V. A propósito da "eficácia social da prestação jurisdicional". *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, Editora Acadêmica, n. 3, p. 115-122, 1994.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução de Eliana Granja. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Editoras Lumen Júris, 2001.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1996.
- CLEINMAN, Beth. Mídia, crime e responsabilidade. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 97-100, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ministério Público, Ministério do povo. *Revista Direito e Sociedade*, Ministério Público do Paraná, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 1-8, set./dez. 2000.
- Constituição da República Federativa do Brasil. Coleção Saraiva de Legislação. 31. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- CORRÊA, Diego Ayres. Os meios de comunicação de massa e sua influência no desenvolvimento da histeria punitiva e na ampliação da repressão penal. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre:, ano 1, n. 03, p. 96-105, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Globalização e direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 33, p. 45-51, 2000.

- _____. Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 4, p. 23-35, 2001.
- DAHER, Marlusse Pestana. Tribunal Penal Internacional. *Revista Jurídica*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 258, p. 61-63, abr. 1999.
- Datafolha Instituto de Pesquisas. Disponível em: http://www.uol.com.br/folha/datafolha/po/segpublic_022002a.shtml.
- D'Ávila, Fábio Roberto. A crise da modernidade e as suas conseqüências no paradigma penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 98, jan. 2001.
- Declaração de Princípios sobre a Tolerância (aprovada pela Conferência Geral da Unesco em sua 28ª reunião), Paris, 16 de novembro de 1995. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 09, p. 07-11, 2003.
- DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão*. Trabalho publicado na coletânea "As garantias do cidadão na justiça", coordenado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 63-78.
- DELMAS – MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Edmundo de Oliveira. Rio de Janeiro : Revan, 1992.
- DEMO, Pedro. *Política social, educação e cidadania*. Campinas : Papyrus Editora, 1994.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 2001.
- DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Juridiquês. *Revista Consulex*, Brasília, ano II, n. 31, p. 50-51, n. 31, jul. 1999.
- DONNICI, Virgílio. *A criminalidade no Brasil* (meio século de repressão). Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000.
- ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO. São Paulo : Editora Saraiva, 1977-1982.

- FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. Ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2002.
- _____. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. *ADV - Advocacia Dinâmica*, Centro de Orientação, Atualização e Desenvolvimento Profissional, Seleções Jurídicas, p. 5-11, jan. 1994.
- FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo : Editora Max Limonad, 1997.
- FELIPETO, Rogério. Nova feição do direito penal. *Revista dos Tribunais*, n. 792, 90 ano, p. 518–531, out. 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo : Malheiros Editores, 1995.
- FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantanero Bandrés. Tercera edición. Madrid : Editorial Trotta, 1998.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. As relações entre o Ministério Público, a sociedade e os poderes constituídos. *13º Congresso Nacional do Ministério Público. O Ministério Público Social*. Livro de Teses, Curitiba, vol. 3, Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, p. 395-402, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 1 ed. Rio de Janeiro : Editora Nova Fronteira, 1977.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1989.
- FERREIRA, Pinto. *Teoria geral do estado*. São Paulo : Editora Saraiva, 1975.

- _____. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo : Editora Saraiva, 1. vol., 1989.
- FRANCO, Alberto Silva. Novas tendências do direito penal. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, edição especial, p. 2, jul. 97.
- FRANQUEMONT, Sharon. O mundo é dos visionários. *Revista Veja*, Editora Abril, São Paulo, edição n. 1753, páginas amarelas, 29 de maio de 2002.
- FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura*. A natureza humana e a reconstituição da ordem social. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro : Rocco, 2000.
- FURTADO, Márcio Medeiros. Algumas consignações acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos. *Revista dos Tribunais*, Fascículos Penais, ano 90, v. 783, p. 469-503, jan. 2001.
- GALVÃO, Flávio Alberto Gonçalves. Sistema, hierarquia de normas e princípios constitucionais no direito. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, *Revista dos Tribunais*, ano 03, n. 13, p. 80-95, out./dez.1995.
- GASPARINI, Diógenes. Responsabilidade do poder público municipal na segurança pública em face da revisão da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, p. 57-66, jan./mar. 1993.
- GIACOIA, Gilberto. O sistema penal, o Ministério Público e os direitos humanos. *Anais do 13º Congresso Nacional do Ministério Público*. Curitiba : Associação Paranaense do Ministério Público: Confederação Nacional do Ministério Público, p. 69-73, 1999.
- GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco - vínculos com o futuro*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional democrático de direito*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

- GOMIDE, Paula Inez Cunha. *Menor infrator: a caminho de um novo tempo*. Curitiba : Juruá, 1990.
- Grande Dicionário Enciclopédico Rideel Ilustrado. São Paulo : Editora Rideel, 1980.
- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 305, ano 51, p. 61-99, mar. 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O papel do Ministério Público entre as instituições que compõem o sistema brasileiro de justiça (Mesa redonda). *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. Organizadora Maria Tereza Sadek. São Paulo : Idesp: Editora Sumaré, p. 13-16, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2001.
- _____. Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, Editora Acadêmica, n. 3, p. 105-114, 1994.
- _____. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, n. 82, p. 70-91.
- HASSEMER, Winfried. CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1989.
- HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo n. 3, Editora Acadêmica, p. 20–38, 1994.
- _____. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 2, n. 8, p. 54–66, 2003.
- _____. *Persona, mundo y responsabilidad – bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução Francisco Muñoz Conde y M^a Del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. 4. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2001.

- HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo :Editora Martin Claret, 2003.
- HULSMANN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro : Luam Editora, 1997.
- JARDIM, Afranio Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1999.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Cuarta edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada : Editorial Comares, 1993.
- JESUS, Damásio Evagenista de, et al.. *Violência e criminalidade: Propostas de solução*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- KALILI, Sérgio. Nação de jaulas. *Revista Caros Amigos*, Editora Casa Amarela, São Paulo, ano V, n. 52, p. 16-20, jul. 2001.
- KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam Editora, 1993.
- _____. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais , Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 331-350, jan./mar. 2000.
- KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 1, n. 2, p. 110-137, 2001.
- LAZZARINI, Álvaro. *Direito administrativo da ordem pública*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- _____. Segurança nacional e segurança pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, p. 11-21, jul./set. 1998.
- LEITE, Gisele. *O neo-liberalismo e o estado contemporaneamente confuso*. Disponível em [http:// www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=2499](http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=2499).
- LEMO-CAPPELLER, Wanda de. *Violência e políticas criminais de ajustamento social*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 39-55, out./nov./dez. 1990.

- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 12. ed., Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1962.
- LIMA, João Gabriel de. *Falar e escrever, eis a questão*. Revista Veja, Editora Abril, São Paulo, p. 104-112, nov. 2001.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Neoliberalismo e globalização: para entender o mundo em que vivemos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 225, p. 131-141, jul./set. 2001.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. 1. ed. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate. Guadalajara, Jalisco, México : Universidad Iberoamericana, Universidad Guadalajara, 1992.
- LUIZI, Luiz. O princípio constitucional penal da intervenção mínima. *Ciência Penal*. Coletânea de Estudos, Mauricio Kuehne (org.), Ministério Público do Paraná, Curitiba, JM Editora, p. 267-280, 1999.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. *Estado e mal-estar social no discurso de Sigmund Freud*. Disponível em http://www.achegas.net/numero/tres/christian_lynch.htm
- LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed. Porto Alegre : co-edição Sergio Antonio Fabris Editor e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989.
- MACHADO, Antonio Alberto. GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.
- MAIA, J. Motta. Segurança pública. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 299- 304.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 1997.

- MAIA NETO, Cândido Furtado. *O promotor de justiça e os direitos humanos*. Curitiba : Juruá, 1999.
- MAINARDI, Diogo. O incômodo dos pobres. *Revista Veja*, Editora Abril, São Paulo, p. 163, 5 de junho de 2002.
- MANUAL DE REDUÇÃO DE DANOS (Saúde e cidadania). Brasília : Ministério da Saúde, série manuais, n. 42, 2001.
- MAQUIAVEL. *O Príncipe*. Comentários de Napoleão Bonaparte. Tradução e notas: Edson Bini. 12. ed., São Paulo : Nova Tradução.
- MARINS, Leonardo Talarico. *Inexistem criminosos*. Disponível em <http://www.direitopenal.adv.br/artigos33.htm>.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo : Editora Saraiva, 1993.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos provenientes de tratados: exegese dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista Jurídica*, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 278, p. 39-60, dez. 2000.
- MEDEIROS, Osmar Fernando. *Devido processo legal e indevido processo penal*. Curitiba : Editora Juruá, 2000.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. 1. ed. Barcelona : Editorial Ariel, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Lisboa : Coimbra Editora, 1988.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Editora Atlas, 1997.
- MORAES, Bismael B. (coord.). *Segurança pública e direitos individuais*. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- _____. Segurança pública no Brasil e o sistema criminal. *Revista dos Tribunais*, Doutrina Penal, Terceira Seção, 89º ano, n. 780, p. 477-492, out. 2000.

- MOREIRA, César Augusto. Para ser juiz é preciso ter coragem.... *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 125, p. 12, abr. 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A segurança pública na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 109, p. 137-148, jan./mar. 1991.
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo : Cortez Editora; Brasília, DF: UNESCO, 2001.
- NALINI, José Renato. A função política do Judiciário. *Lex*, Jurisprudência do STF, n. 272, v. 23, p. 05-16, ago. 2001.
- NEGRI, André Luis Del. A constitucionalização do direito penal através de uma visão garantista na atividade do legislador e nas decisões judiciais. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 786, p. 549-558, abr. 2001.
- NOVÍSSIMO DICIONÁRIO JURÍDICO. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. Rio de Janeiro : Editora Renovar, vol. II, 1999.
- O Jornal da Tarde, 28/08/1996. Disponível em: <<http://www.josepastore.com.br/artigos/criminalidade/0004.htm>>.
- OLIVEIRA, Edmundo. Direitos humanos. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano V, n. 100, p. 19-27, 15 de março de 2001.
- _____. Abolição das prisões ou direito penal mínimo. *Revista Prática Jurídica*, Brasília, ano II, n. 13, p. 41-44, abr. 2003.
- _____. Direito Penal Comparado. Prisões fechadas em modernos programas de sistemas penitenciários. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano VII, n. 154, p. 26-28, 15 de junho de 2003.
- OLIVEIRA, José Eduardo Campos de. LOPES, José Reinaldo de Lima. O magistrado e sua sindicalização. *Introdução Crítica ao Direito*. José Geraldo de Sousa Júnior (org.). 4. ed. Brasília : Universidade de Brasília, p. 134, 1993.
- PACELLI, Márcio. Papai Noel azul. *Revista Veja*, Editora Abril, São Paulo, p. 34-35, 28 de fevereiro de 2001.

- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PASTORE, José. *Desemprego e criminalidade*. Publicado em O Jornal da Tarde, 28/08/1996. Disponível em: <<http://www.josepastore.com.br/artigos/criminalidade/0004.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2003.
- PAULO FILHO, Pedro. *O bacharelismo brasileiro* (Da colônia à república). Campinas : Bookseller Editora, 1997.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal – O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3.ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 3, n. 11, p. 237-246, abr./jun. 1995.
- PIERANGELI, José Henrique, *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. Segurança pública. *Revista dos Tribunais*, n. 596, p. 287-294, jun. 1985.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: Os desafios da Globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 37. p.125.
- _____. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 3, n. 3, p. 26-34, out./dez. 1994.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad.
- POLÍCIA AMANHÃ. A polícia e os direitos humanos. 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, v. 1, 2001.
- POLÍCIA AMANHÃ. A polícia diante da infância e da juventude : infração e vitimização. Rio de Janeiro : Freitas Bastos Editora, v. 3, 1999.

- PORTO, Teresa Manso. La policía en el Estado de Derecho latinoamericano. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 106, p. 6-7, set. 2001.
- Povo quer punir adolescentes, mas criminosos são os adultos. *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, 25 de junho de 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Crimes contra o ambiente*. 1. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A maioria penal e o legislador brasileiro, aquele que tudo pode. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 9, n. 105, p. 10-11, ago. 2001.
- RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruto proibido – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado*. Tradução de. Greseila Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Insegurança e tolerância zero. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 2, n. 9, p. 66-70, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. edição. São Paulo : Saraiva, 1991.
- RESEK, Francisco. *O Ministério Público na Constituição Federal*. Conferência do I Congresso Nacional dos Promotores do Júri, publicado nos Anais da APMP, São Paulo, Fiúza, 1996.
- RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. *Revista Direito e Sociedade*, Ministério Público do Paraná, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 9-24, set./dez. 2000.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão n. 70000284455 da 5ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. *Revista de Jurisprudência do TJRS*, n. 199, p. 159.

- ROBERTSON, Roland, *Globalização – teoria social e cultura global*. Tradução de João R. Barroso. Petrópolis : Editora Vozes, 1999.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 16, p. 39-58.
- _____. A reforma do poder judiciário. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano XXVIII, n. 66, p.13-39, jan./jun. 1998.
- ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. O princípio de proporcionalidade como instrumento de controle constitucional das normas penais. *Revista dos Tribunais*, 89º ano, n. 772, p. 462-479, fev. 2000.
- ROCHA SOBRINHO, Josberto. *Segurança pública: ação institucional da polícia*. Do avesso ao Direito, Seminário Latino Americano. Texto de Apoio, 143-144.
- ROMERO VÁZQUEZ, Bernardo. Las estrategias de seguridad pública en los regímenes de excepción; el caso de la política de tolerancia cero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 85-105, jan./mar. 2000.
- ROSA, Fabio Bittencourt. *Legitimação do ato de criminalizar*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.
- ROSATTI, Horacio Daniel. Teorias sobre el origen y justificación del estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 35, ano 9, p. 51-62, abr./jun. 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2002.
- SADEK, Maria Teresa. *O Judiciário em debate*. São Paulo : Idesp: Editora Sumaré, 1995.
- _____. *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. São Paulo : Idesp: Editora Sumaré, 1997.
- _____. *Uma introdução ao estudo da justiça*. São Paulo : Idesp: Editora Sumaré, 1995.

- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Thomas Hobbes penalista? *Revista de Estudos Jurídicos*, vol. I, n. 1, p. 112-123, ago. 93.
- SANTANA, Jair Eduardo. *Direito, justiça e espiritualidade*. Belo Horizonte : Inédita, 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino. *A criminologia da repressão – uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- SÃO PAULO. Poder Judiciário, Juízo de Direito da 30ª Vara Criminal. Processo n. 806/92 Juiz : Carlos Elmano de Oliveira Neto..
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.
- SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e estado democrático de direito*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito*. Perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.
- SCAFF, Fernando Facury. Quem serão os novos bacharéis em direito no Brasil no início do século XXI – primeiras considerações. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 33, p. 31-43, 2000.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Violência institucional e criminalidade. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 29-38, out./nov./dez. 1990.
- SICA, Leonardo. Medidas de emergência, violência e crime organizado. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 126, p. 7-9, mai. 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1992.

- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da "invasão" da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da "inferioridade" latino-americana. *Revista de Estudos Criminais*, Editora Notadez, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 103-135, 2002.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Direito penal e criminalidade*. Trabalho apresentado na "I Jornada de Direito Penal e Processo Penal, promovida pelo DAAC - Diretório Acadêmico Amaro Cavalcanti do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey, 1996.
- SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. Considerações críticas em torno de três princípios fundamentais do direito penal. *Ciência Penal – Coletânea de estudos*, Maurício Kuehne (org.), Ministério Público do Paraná, Curitiba, JM Editora, p. 317-327, 1999.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília : Universidade de Brasília, 1993.
- SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Polícia e policiamento no Brasil. Mudanças recentes e tendências futuras. *Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 113, p. 9-12, abr. 2002.
- SOUZA, Nelson Oscar de. Uma reforma que se impõe. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS*, n. 71, p. 41-62.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- TARUFFO, Michele. *Senso Comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em 5 de março de 2001.

- TASSE, Adel El. A "crise" no Poder Judiciário. A falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural. Curitiba : Editora Juruá, 2001.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Editora Saraiva, 2002.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova Constituição. *Revista de Processo*, n. 53, p. 78-84.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, n. 23, p.171-191.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Editora Saraiva, 1994.
- TORON, Alberto Zacharias. Prevenção, retribuição e criminalidade violenta (O "Tao" do Direito Penal). *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 3-4, jul./ago./set. 1993.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo : Peirópolis, 2002.
- VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999.
- Vergonha pública. *Revista Veja*, Editora Abril, São Paulo, p. 130, 6 de junho de 2001.
- Vício liberado. *Revista Veja*, Editora Abril, São Paulo, p. 75-76, 25 de julho de 2001.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2001.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à "nova prevenção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 167-191, jan./mar. 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. CERVINI, Raúl. *Direito criminal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal, parte general*. Sexta Edición. Buenos Aires : Ediar Editora, 1996.

_____. *Poder judiciário. Crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo : Editora Revistas dos Tribunais, 1995.