TEORIA CONSTITUCIONAL-PENAL APLICADA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS EM PROL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E INDIVIDUAIS DA CIDADANIA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO REGIME DEMOCRÁTICO

CONSTITUTIONAL-PENAL THEORY TO HAND ON THE TORCH OF LEARNING OF THE HUMAN RIGHTS. THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE OF RENDERING EFFECTIVE OF THE GENERAL PRINCIPLES IN FAVOUR OF FUNDAMENTAL AND INDIVIDUAL GUARANTEES OF CITIZENSHIP, JURIDICAL SECURITY AND DEMOCRATIC SYSTEM

Cândido Furtado Maia Neto*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente trabalho versa sobre o direito constitucional à luz da norma penal pátria e das cláusulas pétreas constantes nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos. Análise crítica de alguns princípios constitucionais fundamentais da cidadania, assegurados na Carta Magna brasileira, para a efetivação do Estado Democrático como instituído pela República Federativa do Brasil, "*ex vi*" do art. 1º da "*lex fundamentalis*", base para a concretização de uma sociedade justa e solidária. O Ministério Público é a instituição incumbida de promover e tutelar os direitos indisponíveis da cidadania, nos termos do art. 127 da Constituição federal; em outras palavras a defesa do regime democrático e dos Direitos Humanos de aceitação tácita universal, bem como aqueles aderidos e/ou ratificados pelo governo nacional através do processo legislativo próprio. A importância da aplicação e interpretação correta da lei para efetivar uma práxis policial-forense verdadeiramente democrática, nos moldes da ordem jurídica legal constitucional e internacional positiva.
Palavras-chave: Constituição. Direito. Penal. Direitos Humanos. Cidadania. Princípios. Garantismo Jurídico. Segurança Jurídica. Norma. Legislação. Justiça. Ministério Público. Defensoria Pública. Legalidade. Reserva legal. Isonomia. Presunção de inocência. Contraditório. Ampla defesa. *Onus probandi*. Investigação. Ação penal pública. Tribunal de exceção. Juízo natural.

Abstract: This issue is concerned to constitutional Rights under the Criminal Law valid in Brazil and it is based on the International Right. The theoretical base is found on the clauses referent to Human Rights. The citizenship according its principles is here seen as the goal for analysis on the Principal Norm in the Brazilian Right specially in terms of a democratic state like the National Republic of Brazil "ex vi", under the article Fisrt of "lex fundamentalis". The present analysis confirms the bases for a Nation with justice in human global perspective. The rights supposed for a complete disposition of citizenship in this age is a responsibility of Public Jurists of the Public Ministry in terms of the article 127 of Brazilian Constitution what means, the defense of a democratic state and the Human Rights

---

* Pós Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais. Especialista em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – MINUGUA 1995-96). Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP-Grupo Brasileiro). Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Professor do Curso de Mestrado e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Paranaense – UNIPAR. Membro do Ministério Público do Paraná, Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu. Autor de várias obras jurídicas, dentre elas: "Código de Direitos Humanos para a Justiça Criminal Brasileira". Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003. E-mail: candidomaia@direitoshumanos.pro.br
Viviane Dantas Machado. Acadêmica de direito colaboradora na pesquisa dos títulos e nas notas bibliográficas.

in its Universal Declaration as well as the national fundaments referent those rules are essential in a society named for democratic. In this study these perspectives are focused in order to confirm the democracy depends on the application of those norms and the public justice has to be the central power for a positive intervention in the actual order based on Natural Judgment.
Key Words: Constitution. Right. Criminal. Human Rights. Citizenship. Principles. Legal Guarantee. Legal security. Norm. Legislation. Justice. Public Ministry. Public Defender. Legality. Legal reserve. Isonomy. Swaggerer of innocence. Contradictory. Legal defense. *Onus probandi*. Inquiry. Public criminal action. Court of exception. Natural judgment.

1. Introdução

As cláusulas pétreas e os dispositivos constitucionais que possuem estreito vínculo com os instrumentos internacionais de Direitos Humanos e com as normas penais ordinárias, substantivas, adjetivas e executivas vigentes na legislação doméstica, necessitam de correta aplicação e de boa interpretação à luz da teoria geral do ordenamento jurídico. Os dispositivos do código penal, de processo penal e da lei de execução penal, são obviamente inferiores às clausulas expressas na Carta Magna, como também em relação àquelas estabelecidas nos Pactos e Convenções de Direitos Humanos, ante a vigência do princípio da soberania, validade e hierarquia vertical das normas.

Este princípio e outros formam a base do sistema penal democrático (acusatório), de acordo com o regime de governo adotado, assim vigoram as leis penais no tempo e no espaço. Tanto na investigação criminal – na esfera da atuação da polícia judiciária – e como na instrução criminal – no âmbito judicial – se faz necessário o respeito aos princípios gerais, posto que estruturam o devido processo legal. Formando um todo, por esta razão existem princípios de direito que se adaptam ao regime democrático e outros ao regime antidemocrático, assim é preciso conhecê-los, interpretá-los e aplicá-los corretamente, na sintonia, em conexão ou adequadamente para o asseguramento dos direitos fundamentais da cidadania.

Na democracia as leis são elaboradas e aprovadas para o povo, são normas do cidadão e não de interesse do estado ou de governo; assim seria um sistema democrático puro e legítimo, longe das demagogias e do populismo político.

O direito natural é imutável, o positivo não, o primeiro se conhece e reconhece pela lógica e por seus critérios racionais, isto é, pela ética e pelos deveres morais, tudo aquilo que é bom; já o segundo - direito positivo - muitas vezes é inútil e é posto em vigência contra os interesses maiores da sociedade, do povo ou da população, serve apenas a grupos minoritários onde a lei possui aparência de serviço e de validade ao bem comum.

O direito particular indisponível ou os interesse individuais fundamentais possuem preeminência sobre o geral, a exemplo do que ocorre com o princípio "*lex specialis derogat generali*"; do contrário não poderíamos falar em Constituição-Cidadã ou em garantias fundamentais da cidadania, se as regras de ordem geral prevalecessem sobre as individuais, não estaríamos diante de um Estado Democrático de Direito, mas frente a um Estado Ditatorial, Estado de Polícia ou frente a um governo despótico. O direito natural é considerado superior ao direito positivo, em nome da razão humana, da humanidade e dos princípios fundamentais que o compõem. Seria um absurdo jurídico falarmos que o natural é um direito inferior, é sim superior ante o princípio da hierarquia e validade das normas e de acordo com a

fonte principal, propriamente dita, o "direito consuetudinário".

O direito de acesso à justiça ou de prestação jurisdicional consagrado na Constituição e nos documentos de Direitos Humanos, tem por objetivo resguardar os valores primordiais do homem como indivíduo pertencente à coletividade, os valores, bens jurídicos e princípios da supremacia e da indisponibilidade dos interesses privados no contexto de um todo, isto é, o bem comum, mas este bem como somente se realiza com a efetividade e observância do Estado Democrático de Direito que privilegia o interesse individual.

Não há como transacionar, transigir ou desistir de nenhuma espécie de interesse individual, alegando necessidade ou em nome do direito público; porque quando se trata de Direitos Humanos jamais se pode ter a idéia de mitigação, uma vez que as regras internacionais expressamente determinam a prevalência das cláusulas que orientam os direitos fundamentais individuais.

Quando o interesse público prevalece ao direito individual estamos falando de Estado Autoritário e não de Estado Democrático, este se fundamenta especialmente nas garantias da cidadania, de outro lado, os regimes despóticos, arbitrários, abusivos, intervencionistas, desprestigiam o homem como ser único, independente e autônomo. Policiar, reprimir e impedir o desenvolvimento sagrado do direito à privacidade e à individualidade é a quebra do sistema republicano e democrático.

No Estado do Bem Estar Social temos o interesse público, como no regime socialista e comunista, primeiro as razões do Estado em nome de todos, do comum, em prejuízo do individual; porém no Estado Democrático de Direito prevalecem as garantias individuais, quando estas se encontram em choque com o interesse público, este obtêm valor ou força quando respeitadas determinadas regras previamente estabelecidas no texto constitucional, onde somente se admite a quebra das garantias individuais com a declaração e instalação do Estado de Sítio ou de Defesa (arts. 136 usque CF), pois as garantias fundamentais não são revogáveis sequer por emenda à Constituição, são imutáveis e auto-aplicáveis. Estado Social tem como concepção o coletivo e suas necessidades básicas, já o Estado Democrático de Direito, o individual, onde as garantias da cidadania é seu fundamento.

No contexto do Estado Democrático e da prevalência do interesse individual surge o conceito de cidadania, este desde a Grécia antiga tem sofrido mutações ao longo dos tempos ante as necessidades históricas da humanidade, visto que no Estado Moderno os direitos civis e políticos foram e estão sendo conquistados em nome dos cidadãos, de seus direitos fundamentais indisponíveis, inalienáveis, irrevogáveis, indeclináveis, etc.

Somente com o enriquecimento do "*status cidadania*" é que aumentam as liberdades individuais e se reduz o arbítrio e as ações do Estado Despótico, onde o cidadão assume a condição de titular, no exercício e jogo de poder estatal. Trata-se de uma relação de equilíbrio e do devido respeito aos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. No sistema político próprio o cidadão é a célula do elemento político do Estado, povo, aquele – Estado – subordinado a este – cidadão – e não ao contrário.

O objetivo real do Estado Democrático de Direito é ter o individuo vinculado a um sistema pré-estabelecido e legitimado por ele – pela cidadania -, ou seja, é a institucionalização do poder estatal, com a separação entre o público e o privado, como pré-requisito da visão democrática para a

construção dos direitos personalíssimos. E qualquer desvio configura desrespeito a ordem institucional constituída e uma flagrante relação de interesses inadequados, pode ser chamado de um "*caso de polícia*", um "*estado de polícia*", um "*estado autoritário*", nunca de um "*estado democrático de direito*".

Quando falamos em democracia e cidadania, nos referimos a direitos individuais indisponíveis e não em interesses difusos ou coletivos, estes existem e se fazem presentes, porém em menor grau de valoração. Os direitos da cidadania, do cidadão frente ao outro e também frente ao Estado.

Cidadão é um ser com faculdade de agir e de estar em determinado território exercendo seus direitos personalíssimos segundo as regras estabelecidas. Cidadania implica em observância pela sociedade e por parte do Estado-administração pública, às garantias fundamentais, dentre elas, os direitos civis individuais, privacidade, intimidade, liberdade, etc.

A cidadania é construída na base constitucional, razão pela qual a norma infraconstitucional não esta autorizada a destruir a ordem maior vigente. Cidadania moderna significa a concessão do "*status*" de cidadão aos membros de uma coletividade, efetivando o modelo político-ideológico-jurídico que define o tipo de Estado e seu regime de governo, os limites e as "*regras do jogo*", do contrário temos apenas "*pseudo-democracia*", "*cidadania de segunda classe*" ou "*democracia em pedaços*" nos dizeres de Dimenstein[1].

Democracia é muito mais do que um modo de governo, são regras supremas que limitam o exercício do Estado, controla ações de seus servidores e das autoridades constituídas, para fomentar a liberdade individual como objetivo maior, este é o sistema adotado pela República Federativa do Brasil chamado de Estado Democrático de Direito.

Cidadão é aquele individuo que exerce na plenitude seus direitos fundamentais individuais garantidos e assegurados pelo ordenamento jurídico vigente, e fica longe dos abusos de poder e das arbitrariedades estatais.

A manutenção da justiça ou de sua efetivação passa e depende da preservação dos direitos individuais que são pressupostos do sistema democrático. Cidadania depende de soberania e autonomia como elementos da universalidade e respeito aos Direitos Humanos, tudo em nome da justiça.

Numa situação de crise, quando as garantias fundamentais individuais são suprimidas em nome da ordem pública social, no combate a "todo custo" a delinqüência, são as próprias metas de política criminal que se encontram comprometidas. Foi exatamente no início da década de 90, o reiniciou e o resgate da cidadania, agora vemos o desgaste e comprometimento com o retrocesso e a destruição dos valores historicamente conquistados, com o atropelo e menosprezo aos princípios gerais que sustentam o direito e a justiça penal democrática, fazendo emergir por necessidade as teorias do minimalismo e do reducionismo penal, garantismo e segurança jurídica necessária, para vermos instalar o direito penal expansionista, globalizado ou mundializado, via transnacionalização e policidadania, imprópria, criada pela União Européia.

A construção de um mundo democrático – justiça penal democrática – tem como base o combate da criminalidade e ao mesmo tempo o respeito às regras do devido processo legal, seja a onde for. A imposição sem limites de "*armas e da força pública*", conduz ao aumento da violência, por conseqüência da criminalidade. É

dever do Estado, do Poder Judiciário e do Ministério Público garantir os direitos da cidadania e não violá-los sob o manto da repressão necessária e dos interesses sociais coletivos.

Note-se que os direitos civis, no âmbito dos Direitos Humanos, são considerandos de primeira geração, como essenciais à existência da pessoa humana, são direitos intransponíveis de cada indivíduo; já a proteção do Estado e os direitos difusos estão classificados como de segunda e de terceira gerações, respectivamente. Os direitos do cidadão devem ser reconhecidos em primeiro plano sem discriminação alguma, isto é, para o estabelecimento e efetivação das garantias judiciais; do contrário existe perseguição e negação de justiça.

Não se pode suprimir, restringir o exercício de direitos e liberdades nos regimes democráticos verdadeiros e Estados de Direitos Humanos, onde as leis de interesse geral passam primeiro pelo plano do individual, sendo o indivíduo-cidadão a célula principal (art. 29 e 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – OEA/1969).

Cidadania plena é requisito indispensável à democracia, somente com cidadãos fortes, para a consolidação do Estado Democrático real aquele que preserva a dignidade do homem como sujeito e não como objeto; assim expressam as Convenções internacionais.

Há que ser valorizado uma categoria de direitos constitucionais fundamentais individuais e indisponíveis, para legitimar a existência humana e o princípio de hierarquização, validade e soberania das normas.

Na apresentação do Projeto do Código de Napoleão (Code Civil des Français, 1807, com nome de Code Napoléon), no discurso proferido por Jean Etienne Marie Portalis (jurista integrante da comissão do Projeto), ante o Conselho de Estado, na presidência o próprio Napoleão Bonaparte justificava o teor do artigo 4º (mantido no texto legislativo original e aprovado), ante a possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz, que não se trata de simplificar ou de até reduzir as leis a poucos princípios gerais, visto que a redução se verifica somente nos Estados despóticos, afirmando: "*existem mais juízes e carrascos do que leis*".

Cabe aos juízes penetrado pelo espírito geral das leis, da cidadania, do regime democrático, decidir, formando um verdadeiro santuário de sentenças e de doutrina suplementar. Em todas as nações civilizadas, obviamente que seria desejável que as matérias fossem reguladas somente por leis, porém é impossível posto que a previdência legislativa é infinita, assim remonta-se e aplica-se o caso concreto através dos princípios gerais do direito, perfeitamente legal, legítimo e correto, quando tudo é interpretado à luz dos Direitos Humanos.

"*Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. E tudo que não é proibido pela lei é permitido. O juiz não pode perder a capacidade criativa, interpretando passiva e mecanicamente os Códigos, o princípio da autoridade ante o raciocínio jurídico permite aplicar as leis e administrar justiça inspirado nas garantias constitucionais do direito democrático-liberal*".

No direito há um momento ativo ou criativo (criação da legislação) e um momento chamado de teórico ou cognoscitivo (aplicação e interpretação da lei ou criação jurisprudencial). O juiz, portanto, cria também o direito, faz ajustes entre a letra da lei e seu espírito (*mens legis*), em outras palavras a vontade expressa e a vontade presumida do legislador, para a devida e

auto-integração do direito, mediante recursos de analogia (denominada interpretação extratextual) e princípios gerais.

Como leciona Norberto Bobbio, é preciso fazer ciência jurídica ou teoria do direito, e não ideologia do direito; há que se dar importância ao direito científico – das academias e dos cursos de nível superior – e não ao direito judiciário, onde muitas vezes atende a interesses de grupos políticos. Não podemos perder de vista a noção pela qual o direito penal é disciplina de controle social, por esta razão as leis e sua aplicação tendem a serem conduzidas pelo grupo que detêm o poder econômico-social-político. A jurisprudência pura, científica e verdadeiramente parcial, serve a interesses, não à finalidade real do direito como instrumento eficaz para a prestação jurisdicional individual.

"Quando um erro cometido por um e sucessivamente adotado pelos outros - jurisprudência do tipo '*maria-vai-com-as-outras*', '*pelego*', ou '*carneirinho*', nossa inclusão -, se converterá em verdade ! Quando uma série de preconceitos coletados pelos compiladores, cegos ou servis – subserviente -, violentará a consciência dos juízes e sufocará a voz do legislador" [2].

A Emenda constitucional nº 45 de 2004, impôs no art. 103-A, o que era muito discutido e temeroso para a garantia e independência funcional do magistrado e de todos os profissionais do direito, no que diz respeito ao princípio do livre convencimento, da liberdade de raciocínio jurídico e criação de teses; assim "*O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".*

São as hediondas e chamadas súmulas vinculantes que irão nortear a jurisprudência pátria, castrar e tolher o pensamento dos magistrados. Trata-se de imposição constitucional inadmissível.

As ciências criminológicas tem proporcionado aos profissionais do direito, boas técnicas para argumentações legais, modernas e avançadas, objetivando a devida aplicabilidade dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, na realização da Justiça via o exercício da prestação jurisdicional em benefício da cidadania.

Há que se apresentar teses jurídicas e não meios de lingüísticas ou "jogos de palavras" para aprovar, decidir sobre uma questão de direito, em outras palavras estamos presenciando que a lingüística – bem ou mal empregada - está suplantando o jurídico, propriamente dito. A práxis forense e a doutrina está se conduzindo muito mais em base aos critérios de lingüística do que jurídico, conturbando assim a ordem vigente com expressões deturpadas, transformando a verdadeira intenção do legislador, sob o falso manto da correta interpretação legal, a vontade do legislador resta reduzida aos interesses ideológicos momentâneos – do Judiciário - e não originários, isto é, do Legislativo.

No contexto do ordenamento jurídico, ao se pretender qualquer reforma eficiente na administração da justiça criminal ou da própria legislação, primeiro é preciso uma análise global de todo o direito – de todo o ordenamento -, isto é, de todos os ramos das ciências jurídicas, vez que ao descriminalizar e despenalizar condutas, estaremos transformando um ilícito penal em ilícitos de natureza diversa, como: administrativa, civil, comercial, tributária, trabalhista, etc. E ao criminalizar, criar mais tipos penais – penalizar – não é segundo a doutrina pe-

nal-criminlógica contemporânea o meio mais eficiente para reduzir os índices de delinqüência, pelo contrário, tem servido apenas para aumentar a repressividade do governo, os abusos e excessos de poder, ademais, transformar o discurso científico acadêmico em demagógico e populista – cultura da prevenção, discurso da verdade versus cultura de repressão.

De outro lado, a atuação dos operadores do direito, inclua-se neste contexto os órgãos de segurança pública, deve estar voltada à prevenção e não à repressão desenfreada como acontece nos dias de hoje. A polícia, por exemplo, volta suas forças contra os delinqüentes oriundos da classe baixa ou média, atuando repressivamente, ao passo que contra a classe social e economicamente mais abastada, a sua ação é de orientação, respeito e prevenção, basta vermos na prática o que ocorre nas chamadas "*blitz*" ou operações contra a criminalidade realizadas nas favelas e aquelas - quando raramente acontece - nos bairros de classe alta; disse *Leauté* "*quando a polícia lança as suas redes, não são os peixes pequenos que escapam, mais os maiores*" [3].

O governo brasileiro por intermédio de sua representação oficial na qualidade de Estado-Membro das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovou nas respectivas Assembléias Gerais os instrumentos de Direitos Humanos, de acordo com o processo legislativo próprio - interno - segundo prevê o Texto Maior pátrio (art. 59 e sgts) e externo, em fulcro as regras de direito público internacional.

2. Primeiramente devemos considerar a espécie de regime de governo adotado pela República Federativa do Brasil (art. 1º), visto que a Assembléia Geral Constituinte (de 1988) via Referendum do texto da Carta Magna, instituiu o Estado Democrático de Direito (Penal) e a forma republicana, tendo fundamentos e princípios a soberania, o respeito a cidadania e a dignidade humana, destacando a prevalência dos Direitos Humanos, nas relações internas e internacionais.

O artigo 5º e seus incisos conforme previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil (08.10.88), estabelece os direitos e deveres individuais e coletivos, são as garantias fundamentais da cidadania; em outras palavras, trata-se do *direito constitucional-penal aplicado*.

A administração da justiça criminal no regime do Estado Democrático de Direito, "*ex vi*" do art. 1º da CF, adotou o sistema acusatório, prevalecendo os princípios que regem o devido processo legal e as garantias fundamentais individuais da cidadania, de acordo com o estabelecido nos incisos do artigo 5º da "*lex fundamentalis*". E o pior, a práxis policial-jurídico-penal ainda se norteia no sistema inquisitivo, em base a legislação infra-constitucional (Código de Processo Penal).

É preciso ressaltar que o governo brasileiro ao longo do tempo, na qualidade de Estado-Membro da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), vem aderindo e/ou ratificando documentos de Direitos Humanos, aprovados pelas respectivas Assembléias Gerais das Organizações, e respeitando aqueles de aceitação tácita internacional, para citar alguns instrumentos básicos:

- Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948),

- Convenção de Viena ou Direito dos Tratados (ONU / 1969),

- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU/ 1966), e

- Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (OEA / 1969).

Tantos outros como, por exemplo: Convenção contra a Tortura (ONU, 1984, e OEA, 1985), Convenção Internacional

para eliminação de todas as formas de discriminação (ONU, 1965), etc.

Quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos é preciso ressaltar que não se trata de um documento com validade jurídica ordinária e específica, trata-se como o próprio nome já diz, de uma Declaração e não de uma Convenção ou Pacto, posto que não foi celebrada na conformidade das regras do direito público internacional; porém possui reconhecimento moral universal, pois destaca os direitos da pessoa humana, como afirma Rezek[4].

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são documentos que integram em alto nível de validade e de hierarquia vertical das normas vigentes, o ordenamento jurídico pátrio, posto que foram ratificados via processo legislativo próprio, conforme Decretos nsº 592/92 e 678/92, respectivamente.

É de ser observado ademais a Convenção de Viena, quando dispõem: "*Todo Tratado obriga as Partes e de ser executado por elas de boa-fé; e uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um Tratado*" (arts. 26 e 27).

Neste diapasão a Convenção Panamericana sobre Tratados (Havana, 1928), estabelece: "*Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, em que figure nos próprio tratado*" (art. 5º).

Deve-se compreender, como nos ensina o *expert* e renomado Prof. Borjas[5], que o Direito internacional é equiparado ao Direito interno, à Constituição se nutre através do princípio da primazia do Direito Internacional, trata-se de incorporação legal dos Direitos do Homem e das suas garantias fundamentais, vigorando o princípio "*lex posteriori derogat priori*"; a lei maior em relação à lei inferior, não a "*contrario sensu*", visto que o princípio da hierarquia vertical, validade e soberania das normas assim proíbe.

Os tratados e convenções revogam a legislação interna, *verbi gratia*, a Lei nº 5.172/66, reza: "*Os tratados e as convenções internacionais revogam e modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha*", especialmente no que se refere ao direito público.

A Carta da ONU, em seu preâmbulo, diz: *"Nós os Povos das Nações Unidas, resolvidos... a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos...*".

Depois de regularmente aprovados, os tratados são leis que derrogam o direito comum, garantindo a prevalência dos documentos internacionais encontrando se no plano de igualdade, posto que a Constituição federal não prevê nenhuma cláusula de preeminência dos dispositivos internos sobre o direito internacional; ao contrário, expressa que seus princípios serão respeitados sem prejuízo às normas internacionais (art. 5º § 2º CF), por serem – normas - de natureza primária que determinam direitos e deveres do Estado.

O tratado não se revoga por lei posterior, há que se interpretar o conceito de parametricidade, onde a ordem global - o Direito Público Internacional - é mais vasta que o direito interno, às garantias fundamentais contem princípios implícitos e explícitos, os primeiros como parte do chamado bloco da constitucionalidade e os segundos da legalidade, assim temos a presunção "*iuris tantum*" e depois a "*iure et irue*", ou seja, o direito constitucional plasmado, ou um "*continuum jurídico*".

Esta regra é observada nos Estados Democráticos, no direito comparado do

Mercosul, por exemplo, o artigo 22 e 145, das Cartas Magnas da República da Argentina e República do Paraguai, recepcionam expressamente o direito internacional; "*ex vi*" "*aprobar tratados de integración que deleguem competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquia superior a las leyes*", e "*la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos de la paz, de la justicia…*".

Devemos entender "*o homem como fim e o Estado como meio*", em outras palavras os direitos da cidadania anterior e superior aos desejos do Estado, tratam-se dos direitos naturais e fundamentais do homem, do contrário haveria inversão de valores e não mais estaríamos vivendo ou falando em Estado Democrático de Direito. É a sociedade civil que justifica a existência e legitima a Administração Pública.

No contexto jurídico os dispositivos internacionais implementam e declaram a ordem nacional, na chamada teoria da incorporação (Heinrich Triepel, 1899 in "*Volkerrecht und Landesrrecht*"). A ordem interna recepciona a ordem internacional e lhe dá valor superlativo, por osmose – pressão - ante os compromissos internacionais previamente assumidos para a existência, efetivação e manutenção de respeitos à dignidade da pessoa humana, como parte constitutiva da ordem jurídica do próprio Estado, predominando a lei externa sobre a interna, e não a lei interna sobre a externa. O direito natural estabelece a harmonia de relação entre o direito internacional e o doméstico, uma espécie de interseção bastante profunda e íntima.

Conceitua-se Estado Constitucional como aquele estado de direito democrático, pois a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 26 de agosto de 1789, no art. 16º consta: "*toda sociedade em que não estiver assegurada a garantia de direitos, nem determinada a separação dos poderes, não têm Constituição*" e conseqüentemente não há *Estado de Direito Constitucional*, mas *Estado de Polícia*, *Estado Autoritário*, *Estado Repressivo*, etc. Esta foi a regra básica e geral da revolução francesa: "*liberté*", "*egalité*", e "*fraternité*" para a constituição de uma grande Federação Humana.

O Estado é servidor da sociedade e por ela é controlado via sistema jurídico internacional e interno, princípio da legalidade e transparência dos Atos da Administração Pública, é obvio que a liberdade do indivíduo é limitada, mas a liberdade do Estado é muito mais restrita, isto significa que o verdadeiro Poder Soberano, reside nos direitos dos particulares (paráf. único, art. 1º CF), restringindo desta forma a onipotência do Estado, vez que os Direitos Fundamentais do Homem é o núcleo do regime democrático; do contrário os cidadãos estariam e continuariam hiposuficientes, posto que seus direitos estariam em grau de inferioridade aos interesses de suposta ordem pública ou legalidade, camuflada pela demagogia, ironia e hipocresia.

3. Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, preeminente no direito para a aplicação da norma, diz Carrazza[6]; a Constituição federal explicitamente alicerçou os princípios de direito democrático, razão pela qual as regras – dispositivos – incompatíveis considera-se implicitamente revogadas, total ou parcialmente, segundo cada caso "*in concreto*" [7].

Os princípios gerais do direito constituem a base do ordenamento jurídico, com origem no direito natural, são também chamados de "*norma princípio*", razão pela

qual contrato faz lei entre as partes, isto é os Tratados e Convenções internacionais.

As regras de importância fundamental – princípios – devem ser interpretadas de boa-fé e com superioridade hierárquica no ordenamento positivo; de outro lado, a jurisprudência internacional tem sido unânime em consagrar a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Vejamos, é pacífico que o Tratado prevalece ante a norma interna e anterior; também nesse sentido, a norma doméstica posterior não pode alterar ou conflitar com Tratado ou Pacto anterior ratificado e aderido, porque teríamos criado uma renúncia do documento internacional por via ilegítima, isto é, interna e não por meio os órgãos e sistema de proteção internacional legítimo, estando o Estado passível e sujeito à sanções e responsabilidades da esfera internacional, ante o cometimento de um ilícito internacional.

Sempre deve prevalecer a norma mais benéfica ao indivíduo, e os princípios e cláusulas pétreas de Direitos Humanos, são sempre elaboradas em nome da preservação da dignidade da pessoa humana, portanto, em favor da cidadania.

Há que se pensar em um único sistema jurídico, no ordenamento interno integram-se as regras de direito internacional (*teoria monista*), e jamais se trata de *dualismo*, com a existência de duas ordens distintas, posto que impera a *teoria internacionalista* que defende a primazia da ordem internacional sobre o texto constitucional[8].

Qualquer argumentação que as normas do direito doméstico prevalecem sobre os Tratados e instrumentos internacional, no âmbito dos Direitos Humanos, conduz a quebra do sistema jurídico nacional, conforme instituído pela Carta Magna da República Federativa do Brasil, que têm expressamente estabelecida a prevalência dos Direitos Humanos, respeito à dignidade da pessoa humana, e a auto-aplicabilidade das cláusulas pétreas de garantia fundamental da cidadania. Inclusive tal argumentação, ao nosso ver é incorreta e imperfeita, causando a desestruturação e dificultando a efetivação do Estado Democrático de Direito, bem como a instabilidade do Brasil nas suas relações internacionais ante a falta com os compromissos assumidos com a comunidade nacional e mundial.

Diante do exposto devemos ressaltar a legislação infraconstitucional pátria que estabelece à luz do direito público e privado o seguinte, sendo importante a análise e o estudo do direito comparado:

- Art. 1º e 3º, respectivamente do Código de Processo Penal (Dec-lei nº 3.689/41): "O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional"; e "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva – somente em beneficio do acusado - e aplicação analógica – somente "in bonan partem", bem como o suplemento dos princípios gerais de direito"

- Art. 108 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66): "Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada":

I- a analogia;

II- os princípios gerais de direito tributário;

III- os princípios gerais de direito público;

- Art. 4º Lei de Introdução ao Código Civil (Dec-lei nº 4.657/42 – Lei nº 10.406/02): "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"; e

- Art. 293 Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73): "Os pedidos são interpretados restritivamente...".

As garantias fundamentais da cidadania prevalecem sobre qualquer outra norma hierarquicamente inferior a Constituição federal, os Tratados, Convenções, Pactos, etc., bem como ante os próprios Códigos Penal, Processual e legislação criminal extravagante.

Importante é destacar as cláusulas auto-aplicáveis são imodificáveis e irrevogáveis, por nenhuma lei ou emenda constitucional, rezam os arts. 5º § 1º e 60 § 4º, inc. IV CF.

O Texto Maior e o Código de Processo Penal prevêem nos art. 5º § 2º e arts. 1º e 3º CPP, respectivamente.

Na Constituição atual, o governo brasileiro se compromete a dar prevalência aos Direitos Humanos nas suas relações internacionais e, obviamente, nas internas, buscando a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, e a criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos (art. 7º ADCT), inclusive é signatário do Tribunal Penal Internacional – TPI (Estatuto de Roma, 1998).

A Emenda Constitucional nº 45/2004, no § 3º do art. 5º CF, expressa: "*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*", por sua vez o § 4º, reza: "*O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*."

Analisemos alguns aspectos jurídico-penais contidos na nossa Carta Magna, promulgada em 5 de outubro de 1988, em relação às Constituições brasileiras anteriores, enquanto as garantias fundamentais da cidadania, onde tiveram as seguintes previsões:

1)- A Constituição de 1824, no art. 173 e sgts, "Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros";

2)- A Constituição de 1891, no art. 72, Seção II "Declaração de Direitos" do Título IV "Dos Cidadãos Brasileiros";

3)- A Constituição de 1934, no art. 113, Capítulo "Dos Direitos e das Garantias Individuais";

4)- A Constituição de 1937, no art. 122, "Dos Direitos e Garantias Individuais";

5)- A Constituição de 1946, no art. 141, "Dos Direitos e das Garantias Individuais"; e

6)- As Constituições de 1967/69 e suas respectivas emendas, no art. 153 "Dos Direitos e Garantias Individuais".

Alguns conceitos de Constituição, na definição adotada pelo ilustre professor constitucionalista PEDRO CALMON: "*A Constituição é a lei suprema do país*"; para o mestre DARCY AZAMBUJA: "*Constituição é o documento político que no regime democrático, é votado e promulgado por uma Assembléia eleita pelo povo e no qual são estabelecidas as bases do regime, a organização dos poderes, as garantias fundamentais dos cidadãos, a ordem econômica e social*" [9].

A nova Carta Magna brasileira traz inúmeras e profundas garantias a nível sócio-jurídico-penal, onde grande parte da legislação infraconstitucional foi tacitamente revogada pelo princípio da hierarquia vertical das normas e pelo que se entende ou interpreta como a constitucionalidade das leis no Estado Democrático de Direito.

Era e é enganoso pensar que ocorreriam imediatas ou rápidas transformações com a vigência da Carta Magna de 1988,

primeiramente é preciso conscientizar os profissionais do direito para a correta aplicação e interpretação das leis e dos princípios basilares, somente assim tal desiderato acontecerá, para a urgente mudança de mentalidade e da práxis jurídico-penal nacional.

Podemos dispor do melhor e mais perfeito texto constitucional, que assegure de maneira ampla as garantias fundamentais, porém se não existir consciência jurídica e não houver vontade política dos profissionais do direito em aplicar as regras vigentes segundo os princípios democráticos norteadores, nada acontecerá de substancial ou modificador em benefício da cidadania, teremos simplesmente uma mera "*lei de papel*" e um "*estado democrático eminentemente formal*".

Os Superiores Tribunais de Justiça através da jurisprudência nacional, especialmente o Pretório Excelso, Supremo Tribunal Federal (STF), este último encarregado do controle da constitucionalidade das leis e guardião da própria Constituição, tem por dever sentenciar em nome e a favor das garantias fundamentais, em defesa da manutenção e efetivação real do Estado Democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis da cidadania (art. 102, inc. I, letra "a" CF – *ação direta de inconstitucionalidade (Adin), ação declaratória de constitucionalidade (Adc)*, e ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental (Leis nsº 9.868/99, e 9.882/99), e o § 2º do art. 102 da CF, via Emenda nº 45/2004, dispõe que: "*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal"*.

Também a doutrina especializada, avançada e moderna contribuem substancialmente para a correta aplicação das normas, através da leitura adequada para a interpretação das leis ante os princípios, discurso - oral ou escrito – da verdade, da deslegitimação do Estado Ditatorial e da legitimação do Estado Democrático, como asseveram E. Raúl Zaffaroni[10], e Lola Aniyar de Castro[11].

Estamos nos referindo de descriminalização versus criminalização, cultura da repressão versus cultura da prevenção, pena privativa de liberdade versus medidas alternativas à prisão, sistema acusatório versus sistema inquisitivo.

Tudo em prol da *segurança ou garantismo jurídico ante a teoria do reducionismo penal ou do minimalismo penal*, conforme prega o mestre italiano Luigi Ferrajoli[12].

Também é necessário conceitualizar "norma penal"; em sentido estrito é a norma incriminadora que comina sanções de caráter penal. A norma penal, pode ser material como formal, ou seja: de direito penal e de direito processual penal. Direito penal na definição de VON LISZT "*é o conjunto de prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime como fato, a pena como conseqüência*; para LUIZ JIMÉNEZ DE ÁSUA, é o "*Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulam el ejercicio del Poder sancionador y preventivo del Estado, estabeleciendo el concepto del delito como presupuesto de lá accíon estatal, así com lá respnsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infraccion de la norma una pena finalista a una medida aseguradora*" [13], e para o Professor HELENO CLAUDIO FRAGOSO, é "*o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal*" [14].

Vemos muito bem empregado o termo "ameaça de sanção penal" pelo saudoso e renomado Prof. Heleno Cláudio Fragoso, posto que o Estado ao colocar em vigência um Código ou uma Lei Penal, ameaça abstratamente todos os cidadãos que praticarem uma conduta típica com a sanção correspondente previamente cominada, razão pela qual a Norma Constitucional de ordem penal adjetiva precisa obrigatoriamente definir o devido processo legal, por meio de princípios fundamentais que assegurem à cidadania, a ampla defesa e o contraditório, bem como as regras sobre a publicidade dos atos do Poder Judiciário, da Polícia e do Ministério Público, quanto ao segredo de justiça, a incomunicabilidade, as restrições de direitos ou benefícios, e assim por diante, sem obviamente esquecermos da presunção de inocência, de impor o "*onus probandi*" ao Ministério Público proibindo também a produção de provas ilícitas.

Direito processual penal é definido como sendo "modos pelos quais a Lei regula o andamento das ações criminais, e, juntamente, os atos de Justiça pública, no juízo criminal, com o fim de conseguir o descobrimento da verdade", ou somente "um conjunto de atos", nas conceituações de PIMENTA BUENO e GALDINO SIQUEIRA, respectivamente.

É através do direito processual penal que o Estado-Ministerial exerce o "*ius persequendi*", para fazer valer o "*ius puniendi*" aos transgressores da lei penal. A norma penal, portanto, é um instrumento de política criminal do Estado que visa a garantia dos bens jurídicos penais fundamentais dos cidadãos: a vida, o patrimônio, a honra, etc.

Os princípios fundamentais e gerais do direito penal e processual penal, incluam-se também os princípios de direito penal executivo, todos consignados na Carta Magna em vigor.

3.1. Assim, o princípio da isonomia, refere-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (art. 5º incisos I, XXXIII, XXXIV, e XLI CF).

Constam na Constituição todos os direitos e garantias fundamentais do cidadão; a saber:

Art. 1º. - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos;

Art. 2º. - Todo homem tem direito à vida, à liberdade e segurança pessoal;

Art. 6º. - Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei;

Art. 7º. - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, igual proteção da lei;

"Ex vi" dos documentos internacionais, art. 1º DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948), art. 14 PIDC (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ONU, 1966), e arts. 1º e 8º CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA, 1969), para citar alguns.

A aplicabilidade da lei penal (material ou adjetiva) para homens ou mulheres, brasileiros ou estrangeiros com as mesmas obrigações e direitos, conforme determinada o *princípio da isonomia* de tratamento perante os Tribunais (leia-se também juízos de 1ª instância), assim reza o art. 5º "*caput*", e incisos I, XXXIII, XXXIV, e XLI CF; e os Direitos Humanos, art. 1º DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948), art. 14 PIDC (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ONU, 1966), e arts. 1º e 8º CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA, 1969), por citar alguns.

Neste sentido a Lei nº 6.192/74, estabelece como ilícito contravencional qualquer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, com sanção de prisão simples e multa.

Igualdade substancial é aquela que se refere a mesma idade, mesma cidadania, mesma raça, de desiguais quanto as condições sócio-econômicas, por exemplo ou quanto ao gênero - homem e mulher -, mas para Leviatã "*os homens são iguais em capacidade física e intelectual*", por sua vez Hobbes acrescenta dizendo que "*todos são iguais e suas diferenças são insignificantes*", posto que a natureza humana é igual, na afirmação tautológica - por vícios de linguagem - e não estoicamente falando - com rigidez -.

As regras aplicadas de modo imparcial, aos nacionais e estrangeiros, aos homens e mulheres, porém em ração da condição pessoal, existem critérios que diferenciam, por exemplo o cumprimento a pena privativa de liberdade com relação ao sexo (incs. XLVIII e L do art. 5º CF c.c. art. 89 117, incs. III e IV da LEP).

Tratam-se de *regras de distribuição* que dizem respeito a certa classe de pessoas, e estas podem ser parciais e imparciais para um tratamento análogo. Assim não é possível estabelecer os mesmos critérios para o recebimento de salários ou pagamento de impostos, fala-se, então que a igualdade e a justiça devem ser distribuídas; porém as regras predominantes ou as chamadas de direitos fundamentais sempre se nortearem pela máxima imparcialidade e igualdade.

A igual distribuição dos direitos ou necessidades fundamentais, como à inviolabilidade à vida, à propriedade, à liberdade, são substancialmente idênticas a todos.

Para Aristóteles o princípio da igualdade é numérico e quantitativo, dando-se partes iguais aos iguais, segundo suas características específicas, já que as regras não igualitárias apresentam iguais com partes desiguais, ou os não-iguais com partes iguais. Assim o injusto é desigual e o justo é igual.

O conceito de igualitarismo ou inigualitarismo é superior ou prevalente ao conceito meramente classificatório, ante as desvantagens sociais e as necessidades de um determinado grupo, se aplica o princípio da igualdade por ser menos inigualitário, assim se faz mais justiça com a prestação e atenção judicial.

Por exemplo, o imposto geral seria igualitário e ao mesmo tempo inigualitário porque os que possuem menos recolheriam a mesma quantia que os que possuem mais, neste caso para ajustar o princípio da isonomia aparecem as *regras de proporcionalidade* para igualar através de impostos progressivos.

A regra de proporcionalidade para ser mais igualitária precisa ter o mesmo denominador - comum -, já Aristóteles propõem a igualdade proporcional ao mérito, dando-se benefícios legais aos que mais merecem.

Há que se abolir ao máximo os privilégios pessoais ou jurídicos, que não devem ser confundidos com as prerrogativas de cargos, funções ou postos públicos, que em certas vezes, momentos ou situações se faz necessário para igualar os desiguais, como as questões das imunidades, dos foros de julgamento diferenciados para determinadas pessoas, ou em razão da natureza do delito - juízo natural -, bem como o direito de responder o processo penal em liberdade - prisão especial - e o cumprimento ou execução da pena privativa de liberdade de modo diferenciado.

As regras normativas de igualdade processual são compatíveis com as regras de distribuição, quando nivela, tenta nivelar ou reduzir as diferenças.

As diferenças de características pessoais relevantes devem ser trabalhadas no Estado Democrático de Direito através das regras de distribuição para se chegar a igualdade proporcional; ex. idade e cidadania para realizar o direito ao voto, e a

riqueza para o recolhimento de impostos; o sexo, a riqueza e a cor não são características relevantes para realizar o direito ao voto.

Tratar de modo desigual as pessoas que são diferentes sob aspectos relevantes é base de critérios para igualar e são regras justas.

De um lado, o direito penal de ato iguala e o direito penal de autor desiguala, pois trabalha com juízos de valores distintos, criando discriminações indevidas. A igualdade deve ser objetivamente mensurada ou verificada e não subjetivamente.

São iguais para o direito penal material, sem distinção alguma, aos nacionais, estrangeiros, homens e mulheres, todos maiores de 18 anos a aplicação da norma segundo a tipicidade - crime – e a pena, critério de reincidência, delito consumado ou tentado, etc. As diferenciações existentes dizem respeito a critérios jurídicos de distribuição, em base a princípios de direito e não de características pessoais.

Toda e qualquer afirmação arbitrária da vontade se fundamentam em compromissos subjetivos. O que se opõem a igualdade é o tratamento desigual arbitrário, abusivo ou injustificável. Não se justificam contradições entre princípios e sua aplicação – antinomias -, e as dicotomias sim – divisão lógica de conceitos em dois ou mais outros, compondo-se em "corpo e alma".

Russeau afirmou: "*por igualdade temos de entender, não que o grau de poder e de riqueza é absolutamente idêntico para todos, mas que...nenhum cidadão é bastante rico para comprar outro, nem há nenhum tão pobre que seja forçado a vender-se a si mesmo*", in Contrato Social.

3.2. Já no princípio da legalidade ou da reserva legal, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal: n*ullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (art. 5º. Inc. XXXIX CF), princípio também contido no Código Penal art. 1º. , da anterioridade da lei.

Por sua vez, os Poderes Públicos são harmônicos e independentes, onde todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, por meio de representantes legítimos (parágrafo único do art. 1º CF), *princípio da representação popular e da indelegabilidade de função*, no contexto das atribuições e competências funcionais (arts. 69 e segts CPP, arts. 21 *usque* 24, art. 44 e sgts, art. 76 e sgts, e art. 92 e segts, art. 127 e 129 CF), dos órgãos, instituições e Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

No Estado Democrático de Direito, as condutas ilícitas e as respectivas sanções somente podem originar de lei criminal discutida, elaborada e aprovada pela União, "*ex vi*" do art. 22, inc. I CF.

A vigência da norma deve ser anterior ao fato ilícito praticado, definido em todas as suas características (tipicidade), toda conduta ilícita deve estar descrita em lei, taxativamente. A sansão obrigatoriamente deve cominar um mínimo e um máximo de pena a ser aplicada, para coibir abusos ou benevolências por parte da autoridade. Compreende a palavra crime, também a contravenção penal, e pena todas as espécies reconhecidas pela norma penal material positiva, isto é, privativas de liberdade (reclusão, detenção, prisão simples), restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, e limitação de fim de semana), e ainda, as penas pecuniárias (de multa).

O prof. Zaffaroni tem se posicionado no sentido de ser, nos Estados Democráticos de Direito, perfeitamente admissível a aplicação de *pena abaixo do mínimo legal*, cominado "*in abstrato*" para o tipo específico, se na hipótese "*in concreto*", mesmo

sendo aplicada a menor pena, ainda assim torna-se desproporcional com a ofensa ou com o dano resultante do ato delituoso. Neste caso é justificável que o magistrado ao exarar a sentença faça menção aos princípios da proporcionalidade, da humanidade e de boa-fé ou "*pro homine*", sem afetar o princípio da legalidade ou da reserva legal[15].

O Código Eleitoral (4.737/65) em alguns dispositivos, no tocante a previsão de pena "in abstrato", no que se refere aos possíveis crimes eleitorais, não estabelece pena mínima, somente a sanção máxima, ex. detenção ou reclusão até ...anos, sendo este é o limite legal para a aplicação judicial (arts 289 e segts); nesse sentido, pensamos ser um bom sistema de cominação de pena, posto que evita qualquer discussão ou má interpretação da lei, proporcionando a efetiva realização da justiça para cada caso "in concreto".

Jamais é permitido ou é possível o contrário, ou seja, aplicar pena acima do máximo legal cominado, visto que afetaria princípios democráticos, onde não se admite agravar situação legal ou que na prática venha acarretar prejuízo ao réu.

Também, quando se trata de considerar na aplicação do "*quantum*" da pena, as *circunstâncias agravantes e atenuantes*, estas últimas deve sempre prevalecer sobre aquelas, são a base para o cálculo geral e final da sanção, esta é a fórmula que se deve utilizar no Estado Democrático de Direito e preservação das garantias fundamentais da cidadania, no tocante a realização concreta da justiça, pois sempre se aplica e se interpreta a lei – norma - mais favorável, isto é "*pro homine*" ou de boa-fé.

No direito penal ante um mesmo caso, pode-se dar diferentes resoluções, segundo a interpretação "*pro homine*" ou de boa-fé do operador, nesse sentido Louk Hulsman, e Jacqueline Bernart de Celis na obra "*Peines perdues. Lê système pénale en question*; Paris, 1982", contam para ilustrar a situação dos 5 estudantes que se encontravam vivendo juntos em uma "república" e certa vez quando estavam assistindo uma importante partida de futebol, decisão de um campeonato, em um dado momento, um dos estudantes morador, repentinamente levanta-se da poltrona, toma a televisão nas mãos e atira pela janela, espatifando-a na calçada enfrente ao prédio; todos sem entender o ocorrido, estupefatos começam a procurar uma solução para a situação problema: o primeiro fala drasticamente e propõem a prisão, chamar a polícia porque se trata de crime de dano; o segundo diz que prisão é cruel demais e porque não procurar uma medida alternativa; o terceiro contemporiza afirmando que não se trata de crime, mas sim de indenização e reparação, que o fato é da instância civil e não penal, e por sua vez o quarto colega, argumenta analisando a situação com mais calma, colocando a todos que o autor estava abalado, passava por problemas pessoais, econômicos e sociais, assim deveria ser entendida a causa de seu ato, e como era conhecido, amigo e viviam juntos, provavelmente não retornaria a fazer o mesmo, assim todos, poderiam entender o corrido e perdoar.

Para o caso, apresentou-se 4 resoluções distintas para o mesmo e único problema; a saber:

1- prisão, detenção e reclusão (*prima ratio*)

2- possibilidade de aplicação de medida alternativa e substitutiva à prisão

3- reparação e indenização no âmbito do juízo cível

4- adoção do instituto do perdão (judicial e/ou informal, privado)

O principio da legalidade e da reserva Legal, deve ser considerado em termos das penas de prisão, e em relação as medidas de segurança, esta por ter um tempo indeterminado de internação em hospital

psiquiátrico configura pena de prisão perpétua. É proibida no direito constitucional-penal pátrio. Nunca a medida de segurança poderia ser superior ao máximo da pena cominado estabelecida e aplicada aos condenados que praticam crimes com dolo, e se assim for na pratica estará sendo mais gravosa do que a sanção imposta aos delinqüentes que intencionalmente agem.

3.3. Também é muito importante destacar o princípio da presunção de inocência.

A inocência do cidadão não se presume, deve ser assegurada pelo Estado até decisão final firme – sentença penal condenatória – desta forma reza o inciso LVII do artº 5º da Carta Magna, taxativamente.

Impera a inocência até prova em contrário e não a culpabilidade antecipada. A inocência é inerente ao cidadão, não se presume, ela deve ser respeitada, observada nos termos da Carta Magna, somente após decisão firme condenatória no âmbito da justiça penal, é que a inocência não persiste mais, e sim a culpa, pelo devido processo legal.

Os documentos internacionais de Direitos Humanos também, art. 11 da Declaração Universal; art. 14 – 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e a Convenção Americana expressa a presunção de inocência no art. 8 – 2.

O princípio da presunção de inocência diz respeito ao trânsito em julgado material - como questão de mérito - e formal - referente aos prazos processuais -. E a reincidência criminal, por sua vez somente deve ser aferida nos termos do art. 65 do Código Penal, ou seja, após transcorrido 5 anos entre a primeira condenação firme e a segunda sentença; jamais se admite o chamado "direito penal de autor" no sistema democrático de justiça, quando se faz prejulgamento sobre a condição pessoal do acusado. Há também quem diga que o instituto da reincidência caracteriza verdadeiro "*bis in iden*", visto que é um "*plus*" para a 1ª condenação já inclusive transitada em julgado – firme -; onde a 2ª sentença reconsidera o calculo da primeira, agregando um aumento de pena pelo segundo fato.

"*Non bis in idem*" é a proibição de duplo processamento e/ou julgamento para o mesmo caso, proibição de dupla sanção para a mesma imputação, ofensa o princípio da *última ratio* do direito penal, colocando o ilícito criminal como "*prima ratio*", desconsiderando assim a doutrina e a teoria geral do ordenamento jurídico. No contexto mais amplo ou no conceito lato sensu, caracteriza "*bis in idem*" duplo processamento e dupla punição até mesmo quando se trata de processos e penas de áreas distintas, mas pelo mesmo caso.

Em um Estado Democrático de Direito, todos os atos do Poder Judiciário devem ser públicos, assim expressa o art 93, IX CF; porém devemos entender como públicos os atos para assegurar principalmente o princípio da imparcialidade e transparência das decisões do Poder Judiciário.

Dar publicidade e fazer sensacionalismo gerando penas e condenações antecipadas atenta contra o Estado Democrático de Direito. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8.625/93), no artigo 26 inciso VI dispõem como dever do agente ministerial, dar publicidade de seus atos, isto que dizer e dever ser interpretado, como sendo públicos os atos administrativos e jurisdicionais do "*Parquet*", e não o dever de escancarar, vilipendiar a honra e a privacidade do cidadão processado ou preso.

Note-se o que estabelece a Lei Orgânica Nacional da Magistratura (Lei Complementar nº. 35/79): art. 36, inc. VI "*É vedado ao magistrado manifestar-se publicamente sobre processo seu ou de outrem...*".

Hora, se o magistrado, como autoridade sentenciante, não pode se manifestar, ninguém mais pode.

O direito penal moderno (Lei nº 7.209/84) revogou a pena acessória de publicidade de sentença prevista no art. 67, inc. II do Código Penal (Dec-lei nº 2.848/40). Nem mesmo a sentença é permitida ser divulgada pelos meios de comunicação, como antes da decisão judicial final - de mérito - seria possível, permitido ou autorizado a afrontar o princípio da presunção de inocência.

Por sua vez, qualquer ofensa a honra caracteriza ilícito penal e sujeita aos infratores responsabilidade criminal, em face aos crimes de calúnia, difamação e injúria (arts. 138 a 145 CP). A responsabilidade pessoal que deriva do exercício do cargo, onde informações inexatas ou agravantes que fere a reputação de alguém, a intimidade e a vida privada que ultrapasse a conteúdo confidencial ou secreto de tais informações, visto que a integridade da chamada presunção de inocência, como direito fundamental e verdadeira garantia penal deve ser preservada em favor do processado. Como se diz: "*há quem prefira a morte do que a desonra*".

O Estado democrático, via administração de justiça criminal deve atuar por intermédio de seus agentes, instituições, órgãos ou Poderes, dentro dos limites do mínimo ético, só assim se garante o devido processo legal, e a integridade moral pública do Estado, com vistas a garantir a vida privada e a integridade moral individual do cidadão, com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.

Art. 5º inciso V e X CF: "*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*"; e "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*".

A imprensa e os meios de comunicação de massa, também são regulados nas suas atividades, há limites e limitações legais que devem ser respeitadas, qualquer atentado contra o direito fundamental-constitucional contra a imagem da pessoa humana poderá ser sancionada através do devido processo legal (Lei nº. 5.250/67), de indenização e reparação dos danos morais e materiais.

Atos de verdadeira Justiça dispensam qualquer espécie de publicidade ou propaganda[16].

3.4. O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, é definido no art. 2º e parágrafo único do Código Penal (lei penal no tempo), na Constituição vigente consta no inciso XL art.5º, "a" lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", trata-se do chamado – "*abolitio criminis*", quando lei nova deixa o fato anterior de considerar crime; é também causa extintiva da punibilidade prevista no inciso III art. 107 CP; e quando lei posterior beneficia o agente, ainda que o fato esteja decidido por força de sentença penal transitada em julgado.

A interpretação mais benigna, ou seja, favorável ou em benefício do réu é a base do Direito Penal democrático, é regra impositiva de hermenêutica jurídica, para a correta aplicação da norma vigente ao caso "*in concreto*". Não se trata de benevolência à nenhuma espécie de delinqüente ou de tratamento desigual, mais de princípio mor que deve sempre ser seguido no regime acusatório, do contrário estaremos diante do sistema inquisitivo, este já, há muito tempo revogado.

Exceto quando se tratar de lei penal temporária ou excepcional (art. 3º CP), vale a norma vigente na época do fato,

mesmo cessada as circunstâncias que a determinaram. É uma exceção a regra geral, porque é conhecido por todos os cidadãos o período de sua vigência e revogação (abrogação), em vista a momentos especiais ou circunstanciais. Se neste caso fosse permitida aplicação do princípio geral – *abolitio criminis* – teríamos a impunidade consagrada, prevista e antecipada.

De outra parte, o princípio da ampla defesa e do contraditório, encontra-se previsto no art. 5º incisos LIII, LXII, LXIII, LXIV da CF, dispõem: "*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*" (autoridade competente, somente pode ser autoridade judiciária, isto é, Magistrado de 1º, ou de 2º instância, o representante da oficialidade da ação e processo penal, onde o "*ius persequendi*" só pode ser exercido pelo poder público e princípio da indeclinabilidade, que proíbe ao Juiz delegar funções a pessoa estranha ao serviço).

"Ex vi"

art. 11 item 1, letra "a" da DUDH

art. 8, item 2 da CADH

art. 14 item 3 do PIDCP

"*A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao Juiz competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada*".

"*O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial*".

Estes dois dispositivos constitucionais estão expressos nos arts. 9º e 306 do Código de Processo Penal, estabelecendo que todas as peças do Inquérito Policial serão assinadas pela autoridade policial; e que dentro de 24 (vinte quatro) horas depois da prisão, será dado ao preso, nota de culpa, declinando os motivos da prisão, bem como comunicado o juiz competente.

Se ilegal a prisão está será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (inciso LXV art. 5º CF) e art. 9º da Declaração Universal dos Direitos Humanos "Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado".

"*O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado*".

O art. 186 do CPP já prevê desde 1942 - ano em que entrou em vigor o estatuto processual penal -, que o juiz observará ao réu que não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, da mesma forma o § 3º do art. 302, reza que o acusado não é obrigado a assinar o auto de prisão em flagrante delito, devendo então ser assinado por duas testemunhas.

A Constituição federal (art. 5º inc. LXIII) assegura o direito do preso em permanecer calado, e que este direito não resulta em seu prejuízo, assim a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, complementa o direito constitucional, sendo na verdade dispensável, ou melhor desnecessário, pois se trata de redundância legislativa sem força alguma, vez que a norma constitucional com maior valor já prescrevia o conteúdo da mencionada regra.

Por sua vez, o inciso LVIII art. 5º CF reza: "*o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal*", estando derrogada a Súmula n. 568 do Supremo Tribunal Federal que considerava não haver constrangimento ilegal à pessoa a identificação no inquérito policial.

3.5. O princípio da ampla defesa, como o próprio nome já diz, é muito amplo, e mais amplo do que muitos juristas imaginam, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em uma de suas decisões exarou que se tratando de réu estrangeiro, se faz necessário, para não anular o ato judicial, no interrogatório além do defensor constituído e habilitado

para atuar na justiça do País em que está tramitando o processo-crime, é preciso a presença física de agente da representação diplomática de seu País (ver decisão da Corte Interamericana de Justiça da OEA, sobre a correta interpretação da cláusula 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969); cláusula 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU/1966) San José 1969; e as Convenções sobre Relações Diplomáticas e Consulares).

Também na hipótese de acusado nacional que esteja sendo processado pela justiça de seu próprio País, se faz necessário a presença física de defensor e do próprio réu, do contrário acarreta nulidade o ato. É direito fundamental e indisponível da cidadania que a pessoa processada, presa ou não, presencie os atos de justiça, posto que estão sendo realizados contra ela. É o mínimo ético que o Estado-Administração deve fazer no chamado sistema acusatório democrático. No passado julgava-se e condenava-se à revelia, hoje não é mais possível em virtude do disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal.

A jurisprudência abaixo citada é flagrantemente inconstitucional por ferir o princípio da ampla defesa e normas internacionais de Direitos Humanos, serve apenas para se ter conhecimento sobre a atual e indevida práxis-forense adotada, ante a flagrante e incorreta interpretação e aplicação da norma penal vigente.

No contexto do princípio da ampla defesa encontra-se presente o disposto na Lei nº 1.060/50, e inciso LXXIII, do artigo 5º da Carta Magna, sobre assistência judiciária gratuita aos presos e processados que necessitarem, independentemente de nacionalidade, como obrigação do Estado processante; assim o Decreto nº 62.978/1968, promulga a Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e Argentina, onde os nacionais de cada Estado-Parte (Brasil-Argentina) gozarão em igualdade de condições dos mesmos benefícios legais e judiciários previstos, bastando a expedição de uma declaração fornecida pela representação diplomática.

Emenda constitucional nº 45/2004, estipula no "Art. 134, § 2º, que: "*Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º*".

De outro lado, destacamos que para ser efetivado o Estado Democrático de Direito, se faz necessário o exercício completo da prestação jurisdicional, em outras palavras, inclui-se no poder de jurisdição a atuação de Poder Judiciário e dos órgãos essenciais à função jurisdicional do Estado, ou seja, a instituição do Ministério Público (art. 127 CF) e da Defensoria Pública (art. 134 CF), cada qual com sua missão constitucional. Inexistindo a Defensoria Pública não há que se falar em jurisdição ou no poder de julgar com imparcialidade em busca da realização da Justiça plena[17].

O inciso LVI art. 5º da CF, prevê: "*São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito*"; evidentemente que só se admitirá as provas previstas e lei, ou seja, aquelas cuja produção consta no Código de Processo Penal art. 155 e seguintes, exame de corpo de delito, provas testemunhais, periciais, documentais, etc.

Quanto às violações de privacidade ou da intimidade do indivíduo como garantias constitucionais fundamentais, sobre a quebra do direito de inviolabilidade do direito à comunicação, seja na forma de interceptação telefônica e sigilo bancário e fiscal é tema de extrema importância. A práxis jurídico-policial vem violando corriqueiramente o texto constitucional[18].

Outras garantias fundamentais individuais e coletivas foram mantidas na nova Constituição, estão expressas no art. 5º, entre elas podemos citar:

a) inciso XI, "*a casa é asilo inviolável do indivíduo*", o crime de violação de domicílio está previsto no CP art. 150 e comina pena privativa de liberdade, espécie detenção de um a três meses ou multa; existindo violência, pena até dois anos, além da pena correspondente à violência.

b) inciso XXII, "*é garantido o direito de propriedade*".

c) Inciso XXIV, "*a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro,...*"

d) A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) prevê no art. 17, que toda pessoa tem direito à propriedade, individual e coletiva.

e) inciso XII, "*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas*" da mesma forma, o art. 151 § 1º inciso I, II, III e IV § 2º, 3º, e 4º do CP prevê penas que vão até seis meses aumentadas até a metade, se há dano para outrem, crimes de violação de correspondência, sonegação ou destruição e violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica.

f) inciso IX, "*é livre a expressão da atividade intelectual, artística , cientifica, independente de censura ou licença*", o direito do material nos arts. 184 usque 207, tipifica os crimes da propriedade intelectual, bem como a norma extravagante" Lei 5.988/73 de direitos autorais.

A liberdade do exercício do trabalho. O inc. XIII, do art. 5º da Carta Magna assegura o direito à criação e o de associação de classe e sindicalização, desde que com fim legítimo e pacífico. Qualquer perturbação ao trabalho configura contravenção e delito, tipificado nos arts. 47 à 49 da Lei das Contravenções Penais (Dec-lei n. 3.688/41), e arts. 197 à 207 do Código Penal (Dec-lei n. 2.848/40).

Sobre a plenitude do direito ao trabalho, associação, sindicalização, os instrumentos internacionais de aceitação tácita e expressa, definem regras básicas, como:

Convênio relativo ao trabalho forçado ou obrigatório (OIT/1930 – Convênio n. 29).

Convênio relativo a abolição do trabalho forçado (OIT/ 1957 – Convênio 105).

Convênio para a repressão do tratamento de pessoas e da exploração da prostituição alheia (ONU/ 1949).

Convenio relativo à discriminação em matéria de emprego e ocupação (OIT/ 1958 – Convênio n. 111).

Convênio sobre a igualdade de seguridade social (OIT/1952 – Convênio n. 102).

Convênio relativo aos trabalhadores migrantes (OIT/1949 – Convênio n. 97).

Convênio sobre as migrações em condições abusivas e a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes (OIT/1975 – Convênio n. 143).

Convênio relativo a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização (OIT/1958 – Convênio n. 87).

Convênio relativo à aplicação dos princípios de direito de sindicalização e de negociação coletiva (OIT/1949 – Convênio n. 98).

Convênio sobre a política de emprego (OIT/1964 – Convênio n. 122).

Convênio sobre a organização de trabalhadores rurais e sua função no desenvolvimento econômico e social (OIT/1975 – Convênio n. 141).

Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948).

De outro lado, o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), traz disposição que afronta o texto constitucional, quando estabelece que o juiz pode censurar (art. 20), proibir divulgação de escrito, imagem, transmissão de palavra, contrariando a Lei Maior que assegura a liberdade de comunicação, atividade artística e profissional, independente de qualquer licença. O dispositivo afeta a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, ademais a Carta Magna prevê que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 5º IX, X, XIII e art. 220 §§ e incisos CF).

Somente nas hipóteses de decretação de Estado de Defesa e de Sítio, nos termos da Constituição federal, permite-se restringir direitos e/ou liberdades civis (arts. 136 usque 139 CF), mediante ato do Presidente da República, ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional, bem como necessita ainda autorização do Congresso Nacional; entre os direitos que poderão ser restringidos, citamos a liberdade de reunião, o sigilo de correspondência e de comunicação (telegráfica, telefônica e a correspondência), poderá também ser tomadas medidas contra as pessoas, como buscas e apreensões, requisições de bens e a obrigação de permanência em localidade determinada.

g) – Inciso IV - *Liberdade de pensamento e a crença religiosa***.** É um dos princípios reitores do Estado Democrático de Direito, sendo livre a manifestação de pensamento, sem qualquer distinção ou descriminação.

A Lei 5.250/67, regula a atividade da imprensa, e no artigo 5º inc. V assegura o direito de resposta, também o inc. VI do mesmo dispositivo estabelece a inviolável da liberdade de consciência, não havendo nenhuma espécie e censura (art. 220 parágrafos 1º e 2º CF), assim o inc. VIII, prevê que ninguém será privado por motivo de crença religiosa, convicção e filosófica, política, além de dispor o inciso IX, que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e a comunicação em geral, tudo desde que não configure crime contra a honra (calúnia - art.138 CP, que significa fato definido como crime; difamação - art.139 CP, que refere-se a ofensa a reputação de fato determinado; e a injúria - art.140 CP, que caracteriza ofensa à dignidade ou decoro de fato vago); sendo inviolável a honra, e assegurado o direito à indenização (inc. X art. 5º CF).

O art. 93 inciso IX da CF (Emenda constitucional nº 45/2004), prevê: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

3.6. O princípio de amplitude da liberdade de crença (inc. VI do art. 5º CF), através do livre exercício de culto religioso, garante a proteção devida em todos os locais de liturgia, como reza o inc. VII, sobre a prestação e assistência religiosa em locais de internação coletiva, a exemplo das escolas, hospitais, quartéis e presídios (estabelecimentos penais). Qualquer atentado a este direito fundamental configura ilícito previsto no Código Penal, art. 208, como crime contra o sentimento religioso.

Do mesmo os instrumentos internacionais de Direitos Humanos garante a liberdade de pensamento, cito a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos

Humanos, a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, entre outros documentos de igual importância.

3.7. Por sua vez, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, contido no art. 129 da Constituição reza que é função institucional privativa do Ministério Publico a promoção da ação penal pública; portanto, derrogado expressamente pela Magna Carta a possibilidade de ações penais iniciarem mediante portarias da autoridade judiciária (juiz de direito), como, por exemplo ocorria no passado, nos casos de homicídio culposo e lesão corporal culposa (lei n.4.611/65), nas contravenções penais que permitia o delegado de polícia, excepcional função judiciária, sendo-lhe facultado o procedimento de ofício, indo de encontro ao princípio "*no judex ex officio*", posto que mediante portaria instaurava ação penal.

Devemos compreender e interpretar o princípio da titularidade exclusiva da ação penal pública de uma forma mais ampla, daquela que vem sendo exposta pela doutrina e jurisprudência nacional. Quando a Carta Magna expressa que a instituição do Ministério Público possui poder privativo para a promoção da "*persecuitio criminis*", quer dizer é o "*dominus litis*" da demanda, do início ao fim da ação penal, em outras palavras, desde a promoção do arquivamento da investigação policial, passando pelo oferecimento da exordial – denúncia -, até as alegações finais, ou seja, antes dela propriamente dita, com a possibilidade do pleitear o trancamento da ação penal, pelas hipóteses previstas no art. 647/648 e segts. do Código de Processo Penal, via *habeas corpus*, e com o pedido de absolvição, previsto no art.386 do mesmo "*codex*".

Quando o Ministério Público solicita perante o juiz o trancamento da ação penal ou a absolvição, não é legítimo ou legal que o Poder Judiciário se oponha, visto que o autor da demanda estatal - Parquet -, entende pela desnecessidade do próprio litígio criminal e ou em nome dos princípios gerais de justiça que o réu deve ser absolvido ou declarado não culpado. Do contrário, com a insistência do Poder Judiciário, pela continuidade da ação penal e condenação do acusado, resta quebrado o princípio da imparcialidade e do contraditório, e até porque não dizer, não há mais que se fala no caso "*sub judice*" em jurisdição.

Jurisdição é poder de aplicar o direito objetivo, na forma pleiteado, obviamente, para o caso concreto. A jurisdição penal inicia e acaba quando o órgão estatal incumbido da "*persecutio criminis*" ou de solicitar o "*ius puniendi*", conclui pela viabilidade ou inviabilidade da causa, por inúmeras e diversas razões, considerando que o "*onus probandi*" é do Ministério Público e não do Poder Judiciário. A jurisdição não poder ser exercitada quando o Ministério Público não provoca o Poder Judiciário, neste contexto temos as questões de ordem objetiva e subjetiva da causa, de direito material ou formal, em relação ao princípio do livre convencimento, da autonomia e independência do agente ministerial, como prerrogativa funcional, ante a garantia da inviolabilidade de suas opiniões, manifestações ou resoluções processuais (art. 41 V da Lei nº 8.625/93); do contrário quebram-se as garantias jurídicas e fundamentais da cidadania e falece o Estado Democrático de Direito.

Veja-se. No sistema acusatório democrático, puro e perfeito, a primeira e a última palavra são do Ministério Público, para iniciar o "*ius persequendi*" e para exercitar o "*ius puniendi*". Sem denúncia e sem pedido de condenação o Poder Judiciário não está autorizado, no Estado Democrático de

Direito, a seguir com a ação penal ou condenar o acusado, é o mesmo que dizer, sem "*acussationis nullum judex*".

No sistema antidemocrático de justiça criminal, no sistema de direito penal autoritário ou ainda no sistema inquisitivo, o "*ius persequendi*" e o "*ius puniendi*" é do Poder Judiciário que tem concentrado o poder investigatório e punitivo. Porém, no sistema acusatório – democrático – tanto o "*ius peresquendi*" como o "*ius puniendi*" está nas mãos do órgão acusador – do Ministério Público -, se assim não fosse, jamais poderiamos falar em Estado Democrático de Direito. É bom também ressaltar que não existe ou não pode admitir um sistema misto, inquisitivo-acusatório; é um ou é outro. Nenhum "jeitinho brasileiro" é capaz de inventar tal situação, considero um verdadeiro "*aberratio iuris*" dos maiores e a mais inaceitável proposta processual penal.

Tanto é assim que no caso de deliberação pelo Ministério Público para o arquivamento das investigações criminais (art. 28 CPP), na hipótese do Poder Judiciário não aceitar, a última palavra cabe ao Procurador-Geral de Justiça, com decisão irrecorrível, porque não se admite ação penal de ofício "*no judex ex officio*".

Assim, desta forma, bem compreendida, se o representante do Ministério Público de 1º grau solicita o arquivamento e o juiz contraria, não está quebrando o princípio da imparcialidade está apenas exercendo o controle jurisdicional a ele afeto, ao encaminhar os autos ao Procurador-Geral de justiça; e quando o agente do "*Parquet*" pleiteia pela absolvição não cabe ao juiz contrariar, este tem o dever de assegurar e manter a imparcialidade judicial, porque o contraditório somente se faz entre as partes litigantes no processo – acusação e defesa – e não pelo Poder Judiciário. Desta forma, acabam-se por vez, as incongruências, as incoerências ou contradições de posicionamentos dentro do próprio Ministério Público, entre seus agentes de 1º e de 2º grau, o que é lamentável e intolerável para a parte processada, onde a mesma instituição pleiteia uma coisa e ora outra.

De outro lado, diz o art. 5º inciso LIX da CF "*será admitida ação privada nos crimes de ação pública se esta não for intentada no prazo legal*" – pelo Ministério Público - está contido no art. 29 do CPP, a chamada ação privada subsidiária da pública, quando o representante o agente do "*Parquet*" não apresenta denúncia no prazo de lei (acusado em liberdade 15 dias, preso 5 dias), pode assim o ofendido ou sucessor legal apresentar queixa-crime; porém a ação penal será retomada pelo Promotor de Justiça, uma vez que é o "*dominus litis*" da mesma.

O art. 127 da Carta Magna estabelece que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe-lhe a tutela dos direitos e interesses indisponíveis individuais e coletivos, em outras palavras, a defesa dos Direitos Humanos e das garantias fundamentais da cidadania expressas no art. 5º e incisos da "*lex fundamentalis*".

No âmbito da Justiça penal é a instituição encarregada de definir na prática a política criminal do Estado, em base aos princípios e regime adotado pela Lei Maior, isto é, aqueles que se vinculam ao Estado Democrático de Direito (art. 1º CF).

Para citar alguns, por exemplo, o princípio da oportunidade, da significância do dano ou prejuízo ocorrido ao bem jurídico-penal, a utilidade do movimento da máquina judiciária, a economia processual, etc.

O saudoso ministro e professor Assis Toledo é contundente ao ensinar que se não ocorrer efetivamente, no caso in concreto, dano ou prejuízo ao bem jurídico penal tutelado in abstrato, não há que se falar em crime e por esta razão não moti-

vo para o exercício do "*ius persequendi*" estatal; também se a ofensa for mínima, de bagatela ou pequena demais, por si só não se justifica a persecução criminal por órgãos do Estado; neste caso deve imperar os princípios da lógica, da racionalidade, da proporcionalidade, da humanidade e outros. E não há que se falar em quebra do princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, posto que não é total ou absoluto.

No Estado Democrático de Direito, não se acusa por acusar, não se denuncia por denunciar, não se processa por processar[19].

Tudo porque as Nações Unidas recomenda aos Agentes do *Parquet*, de todo o mundo que procurem renunciar e declinar dos processos criminais e da pena de prisão, visto que são comprovados os seus efeitos negativos; assim expressam as cláusulas ns. 17 e 18, das Orientações Básicas da ONU de 1990.

Por este motivo encontra-se disciplinado no art 129 e seus incisos da Constituição federal, a privacidade e titularidade da Ação Penal Pública, o *controle externo da atividade policial*, dentre outras atribuições institucionais.

As investigações criminais pelo Ministério Público, têm gerado grande controvérsia jurídica quanto a interpretação legal de legitimidade para tal tarefa, vez que a Constituição federal e o Código de Processo Penal (arts. 129, incisos I, VII e VIII CF; e arts. 4º e segts CPP) disciplinam e regulamentam a função ministerial e da polícia judiciária como órgão de segurança pública para apurar as infrações penais, todas, exceto as de competência da polícia federal (art. 144 § 4º CF).

Ao Ministério Público é atribuída a função de controle externo das investigações policiais, isto é, na forma de requisições ou de ordens jurisdicionais, bem como o controle completo do desenvolvimento das atividades da policia judiciária, para a elucidação do crime, da materialidade e autoria.

Não se pode alegar que é dado direito e é legitimo ao Ministério Público investigar, porque se deve na atualidade ampliar o leque de combate à criminalidade, à corrupção, etc.; O Ministério Público não pode investigar – no sistema atual - exatamente porque é detentor do direito de controlar a investigação, de requisitar provas, de denunciar e de pedir a condenação e a absolvição, do contrário restaria quebrado o sistema democrático e o Estado Judiciário, bem como a isenção e a imparcialidade.

Ao nosso ver, o Ministério Público poderia investigar determinados crimes, quando expressamente definido em lei; quais os ilícitos e em que casos, assim poder-se-ia ter uma *investigação criminal sob a presidência do Ministério Público subsidiária do inquérito policial*, propriamente dito, como prevê a Constituição federal e a legislação penal, art. 5º inc. LIX CF - código penal e de processo penal, § 3º art. 100 CP e art. 29 CPP -, uma espécie de ação penal privada subsidiária da pública; exercendo assim o controle externo da atividade policial, nos termos do art. 129, inc. VII da Carta Magna.

Somente se justificaria a investigação direta pelo Ministério Público quando a polícia for declarada ou reconhecida como incompetente, irresponsável ou corrupta. A investigação ministerial subsidiária do inquérito policial, poderá existir legalmente nas hipóteses de:

a)- haver inércia quando os órgãos de segurança pública ou a polícia judiciária não agir de oficio, não cumprir atos e prazos legais;

b)- quando a significatividade do caso exigir a atuação especial do Ministério Público, por exemplo:

- nos crimes contra administração pública e da justiça

- nos crimes contra instituições financeiras, desfalques e lavagem de dinheiro

- nos crimes de desvios de verbas públicas

- nos crimes contra a criança, adolescente e idoso

- nos crimes contra o meio ambiente

- nos crimes que envolvam o narcotráfico

- nos crimes organizados; e/ou

c)- quando em algum ilícito existir a participação direta ou indireta envolvendo policiais ou agentes de segurança pública.

Assim seria lógico e racional, nestes casos, que representam maiores danos aos direitos individuais e coletivos da cidadania, e também com motivo de preservar as instituições da Polícia Civil, Federal e Militar, o Ministério Público toma as investigações do caso "*in concreto*", dando desta forma mais transparência e imparcialidade aos atos de persecução criminal do Estado.

Só nestas hipóteses justificaria a investigação policial-criminal pelo Ministério Público, do contrário configura interferência, dupla função, intromissão indevida, exercício arbitrário, abuso de poder e usurpação de função pública, no conceito "*lato sensu*".

Nestes e em outros crimes o Ministério Público não estaria restrito e obrigado a investigar, também a seu critério ou juízo de valor, segundo sua capacidade estrutural ou interesse direto, teria o poder para delegar a função investigatória ministerial à polícia, através de requisições para instaurações de inquéritos policiais e de diligências específicas como estabelece o art. 5º II do Código de Processo Penal, acompanhando o trabalho da policia via a atribuição constitucional na forma de controle externo previsto na Carta Magna.

Ressaltamos que esta é a maneira para regulamentar o poder de investigação criminal pelo Ministério Público, legitimando a ação e suas atribuições legais, definindo assim quais os crimes de sua competência direta, a possibilidade de delegar a função à polícia, bem como o direito de assumir, tomar para si, a investigação ministerial subsidiária do inquérito policial. Tudo perfeitamente previsto e disciplinado, o que não é admissível no Estado Democrático e no sistema acusatório, é que o Ministério Público pretenda investigar o que deseja e quando deseja, sem critério legal, única e exclusivamente segundo seu juízo ou interesse, longe de limites legais, isto é, escolhendo casos, o que no mínimo indica, suspeita, para arquivar, absolver ou condenar indevidamente comprometendo a lisura, a probidade e a honra pessoal de seus membros e da instituição no seu todo.

Sem modificação no Texto Maior através de uma emenda constitucional e sem a vigência de legislação federal, o Ministério Público investigando configura indubitavelmente Promotoria de Exceção, proibida constitucionalmente.

Vários autores, professores e juristas renomados são contrários a investigação do criminal pelo Ministério Público (ex. Rogério Lauria Tucci; Flavio Borges D'Urso; Min. Nelson Jobin, e tantos outros penalistas ilustres) por inexistir lei no presente momento que regulamente o procedimento investigatório ministerial; bem como porque o nosso sistema inquisitivo (Código de Processo Penal) não possibilita tal desiderato. Nos países em que o Ministério Público investiga, o sistema é outro, é acusatório, existe principalmente a figura do chamado "juiz de garantia", independente e desvinculado com a seqüência da instrução e proibido de sentenciar; portanto é um magistrado taxativamente imparcial. No caso brasileiro, não é desta forma que ocorre, posto que o mesmo juiz atua na in-

vestigação, na instrução criminal e decide. Esta, portanto, é a questão de fundo que deve ser discutida cientificamente, e não o interesse da instituição ou da sociedade para que se combata a criminalidade organizada, os crimes violentos ou a impunidade. Trata-se de questão meramente formal para garantia da cidadania e da ordem jurídica, em outras palavras pela efetivação do Estado Democrático de Direito.

Todos os cidadãos possuem o direito de saber e de ser processado e julgado por promotores e juízes naturais da lide, respectivamente, sendo taxativamente proibido a criação de Promotorias e Tribunais especiais para investigação e julgamento de casos excepcionais.

Na verdade se existisse a instituição da defensoria pública, obviamente que seus membros ou representantes não iriam admitir a possibilidade de um Delegado de Polícia vinculado diretamente à Promotoria de Investigações Criminais (PIC). Esta Promotoria de Justiça de Investigações Criminais pode existir, porém com atribuições regulamentadas que não ofendam o princípio da imparcialidade e do "*onus probandi*" no Estado Democrático, garantindo-se de outra forma, também os princípios da ampla defesa e do contraditório, indispensáveis à efetivação do devido processo legal.

O Ministério Público pode e deve investigar, mas na prática esta missão se manifesta através das requisições ministeriais, o que significa ordem de diligências à autoridade de polícia judiciária, via Inquérito Policial e/ou Processo Crime, propriamente dito, sempre sob controle da legalidade, isto é em preservação das garantias fundamentais.

No sistema acusatório o mesmo órgão que produz a prova, centraliza e controla a investigação não pode propor a Ação Penal o "*ius persequendi*", do contrário o delegado de polícia e também o magistrado poderiam de igual forma. Esta proibição significa respeito aos princípios gerais do sistema acusatório democrático, em nome das garantias fundamentais da cidadania e para a realização da verdadeira justiça imparcial.

É de se lembrar que no passado tanto a autoridade policial como a judiciária também investigavam e iniciavam a acusação, dando seqüência através da "*persecutio criminis,* era uma espécie "*sui generis*" de procedimento criminal via Portaria, o que foi revogado pela Carta Magna de 1988.

No Estado Democrático de Direito não se admite que existam dois órgãos ou instituições com a mesma atribuição, a duplicidade de função não é possível no regime democrático, vez que todas as atribuições são perfeitamente divididas e encarregada a cada Poder do Estado, para que independente e harmonicamente se integrem e desempenhem as missões e prerrogativas constitucionais.

Vejamos por exemplo, na ocorrência de retardo ou desinteresse de exercer o papel determinado pela lei, e o agente não o faz, por má-fé, não realiza o ato para satisfazer vontade própria ou de terceiro, estaria cometendo o <u>*crime de prevaricação, definido no art. 319 do Código Penal*</u>; porém havendo dois órgãos incumbidos da mesma tarefa fica quase que impossível e inviável caracterizar o ilícito e imputar responsabilidade criminal, pela da inércia, posto que um imputará a culpa ou a incumbência a outro.

Quando se concede a titularidade para a propositura da Ação Penal Pública ao Ministério Público, não se estende esta para a investigação policial, são atribuições distintas, com fases também distintas.

As legislações penais e processuais vigentes em outros países que permitem o Ministério Público investigar, no caso de

algumas na América Latina como na Europa, são sistemas distintos, acusatórios e não inquisitivos, onde se encontra previsto os direitos fundamentais, dentre eles da ampla defesa e do contraditório, bem como os princípios da legalidade da prisão e do processamento – devido processo legal – do ônus da prova, da presunção de inocência, tudo perfeitamente observado diretamente pela figura do juiz de garantias.

Sistema acusatório significa que o Estado, ou melhor, o Ministério Público quando apresenta uma denuncia contra um cidadão, o faz em base a provas sólidas e robustas quanto ao dolo – conhecimento da proibição legal e intenção de praticar uma conduta ilícita - sem prejuízo da ampla defesa e do princípio do contraditório, especialmente no que se refere a garantia mor, a presunção de inocência e o dever maior ministerial, o "o*nus probandi*" (aquele que acusa tem o dever de provar). Não se admite acusar, denunciar ou pleitear a condenação amparada em indícios, como no passado autoritário.

Note-se. No Estado Democrático de Direito e/ou no sistema acusatório (de justiça penal) o Ministério Público na verdade não acusa, porque a expressão "acusar" ou "acusação" não é a mais correta ou adequada a um sistema de garantias constitucionais fundamentais, o agente do "*Parquet*", no uso de suas atribuições legais quando oferece denúncia requer ao Poder Judiciário, simplesmente a instauração da ação penal pública correspondente, já o pedido de condenação dever ser feito somente nas suas derradeiras alegações, quando efetivamente convencido da culpabilidade, provada a autoria e a materialidade delitiva, tudo em base a elementos concretos e absolutos, do contrário impera o princípio "*in dúbio pro reo*".

A quem diga que o Ministério Público pode investigar porque muitos órgãos e instituições investigam e por que não é dado direito também ao Promotor de Justiça, ledo engano; pela única e simples razão de ser o agente do "*Parquet*" encarregado exclusivo (art. 129, inc. I CF) da propositura da Ação Penal, titular e "*dominus litis*" da "*persecutio criminis*".

Por exemplo: os membros das CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito – possuem poder para investigar, também o Poder Judiciário quando da ocorrência de ilícitos praticados por magistrado, ainda os repórteres investigativos, dentre outras várias situações ou hipóteses; mas em nenhum caso, repito, em nenhum caso, possuem o poder de oferecer denúncia no processo criminal, somente o Ministério Público, lhe é dado esta atribuição, e não o poder de investigar.

Em excelente artigo publicado in MP Notícias, de autoria do Prof. René Ariel Dotti, intitulado "O Desafio da Investigação Criminal", assevera que é simplista a afirmação generalizadora segundo a qual o Ministério Público não detêm poderes de investigação, visto que o Delegado investiga; o agente policial investiga; o escrivão de Polícia investiga; o Advogado investiga; o Juiz investiga; o perito investiga. Porém, é necessária uma reordenação constitucional-legal para estabelecer o concurso de funções. O inquérito policial ou melhor criminal deve constituir um procedimento único, não se admitindo uma investigação paralela, a um Procedimento Administrativo Investigatório pelo Ministério Público. Se faz necessário um novo modelo de investigação criminal, mantendo-se a tarefa policial, do Delegado de Polícia, ao instaurar o inquérito produzirá as provas mínimas e necessárias que o acreditem, e posteriormente ao enviar ao Ministério Público - não ao Poder Judiciário -, este procedimento – caderno investigatório -não mais retornará à repartição policial, fica

sob cuidados de continuidade para juntada de provas complementares pelo agente ministerial natural – promotor competente, isto é de investigação criminal -, ante a indispensável supervisão de um juiz de garantia para o devido controle jurisdicional, assegurando desta forma os princípios gerais da ampla defesa e do contraditório, já que o "*ônus da prova*" compete ao órgão "acusador" (MP); porém, este não se encontra obrigado a acusar, pode e cabe pleitear o arquivamento das investigações criminais "*ex vi*" do art. 28, 41, 43, 647 e 648, todos do Código de Processo Penal.

Inclusive existindo um Procedimento Investigatório sob a presidência do Delegado de Polícia, que exerce sua função constitucional-legal de polícia judiciária (arts. 144, incis. I e VI, e 4º da Carta Magna e do Código de Processo Penal, respectivamente) em paralelo ou com participação direta pelo Ministério Público, na hipótese de configurar coação ou constrangimento ilegal, quem seria a autoridade co-atora?, contra quem se impetraria ordem de habeas corpus?

Para René Ariel Dotti, o chamado Procedimento Administrativo Investigatório Criminal instaurado e presidido pelo Ministério Público é inconstitucional, porque ofende o princípio do devido processo legal, não existe prazo para o seu encerramento, não existe previsão legal ou regulamentar para expedir notificação com força de expedir notificação e exigir o comparecimento coercitivo do notificado. Ofende a ampla defesa porque não permite ao acusado requerer diligências, o sigilo é regra e não exceção, fere portanto o princípio da legalidade, e não pode ser objeto de lei estadual, visto que a competência para legislar em matéria penal e processual é exclusiva da União (art. 22, inc. I CF), assim, qualquer lei federal que estabeleça normas gerais que contrarie lei estadual, suspende sua eficácia, são os limites da competência do Estado legislar concorrentemente (§ 4º art. 24 CF).

No passado, a exemplo da época da inquisição era dado direito ao juiz ou a autoridade que sentenciava, investigar, acusar e julgar, mas isto era no período da inquisição ou dos Tribunais do Santo Ofício. Hoje na vigência do Estado Democrático de Direito (art. 1º CF), não é mais possível admitir que órgãos encarregados de oferecer denúncia possam antes também investigar e exercer sua função de acusador, pleiteando ao final a condenação.

É óbvio que quem esta investiga e oferece denúncia, conseqüentemente não será outro a não ser o requerimento de condenação, quebrando desta maneira o princípio da imparcialidade, da ampla defesa e do contraditório.

A investigação criminal pelo Ministério Público somente será possível legalmente quando for modificado o artigo 144 § 4º da Constituição Federal, via emenda constitucional que define a atribuição de investigar à polícia judiciária, seja federal ou civil, de acordo com a competência da justiça penal. Dizer que o Ministério Público pode investigar porque é titular da ação penal e porque tem poder para requisitar diligências policiais, é tentar confundir ou fazer imensa confusão entre institutos jurídicos e atribuições dos órgãos e instituições públicas, segundo reza a "*lex fundamentalis*" e a legislação infraconstitucional, isto é, o Código de Processo Penal e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados e da União (Leis nºs 8.625/93 e Complementar 75/93, respectivamente).

Não se pode alegar que é dado direito e é legitimo ao Ministério Público investigar, porque se deve na atualidade ampliar o leque de combate a criminalidade, à corrupção, etc.; que as Comissões Parlamentares de Inquérito investigam, como a imprensa, o Poder Judiciário quando no fato

delituoso existe magistrado envolvido, etc. São todos exemplos que não afetam o princípio da imparcialidade e da inércia, porque não postulam a ação penal, não são "*dominus litis*" da demanda judicial. O Ministério Público não pode investigar exatamente porque é detentor do direito de controlar a investigação, de requisitar provas, de denunciar e de pedir a condenação, do contrário restaria quebrado o sistema democrático e o Estado Judiciário, bem como a isenção e a imparcialidade.

O princípio da transparência e da boa-fé, deve reinar na administração pública, essência de qualquer investigação criminal ou ação penal, vinculando-se ao princípio mor de justiça, diretamente entre o órgão "acusador" e o cidadão que se defende, para a realização do devido processo, justo e necessário, ante os princípios do "*onus probandi*" ministerial e especialmente o da "presunção de inocência".

A Carta Magna garante no inciso XXXVII do art. 5º, que não haverá Tribunal de exceção, inclua-se Promotoria de Justiça de exceção, aquelas designações especiais para agentes do Ministério Público atuarem no feito, após o fato consumado.

Promotor de Justiça (Natural) é todo aquele agente ministerial com poderes e atribuições administrativas e jurisdicionais exclusivas, previamente estabelecidas na Constituição, em lei penal adjetiva e nas normatizações ou instruções superiores do Ministério Público devidamente publicadas na imprensa oficial da União ou dos Estados (ver Maia Neto, Cândido Furtado, in "O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos", ed. Juruá, Curitiba-PR, 2003).

Todos os cidadãos deverão ser julgados pelos juízes naturais da lide, sendo proibido a criação de Tribunais especiais para julgamento de casos excepcionais.

Algumas pessoas (autoridades) possuem foro privilegiado para o julgamento, de acordo com o cargo que ocupam, trata-se de competência *ratione personae.*

A competência para o julgamento criminal está definida no art. 69, e seguintes do CPP, combinado com o art. 92 referente ao Poder Judiciário, Capítulo III, e seguintes da Carta Magna.

Qualquer designação de agente ministerial "*a posteriori*" ao fato ilícito, encarregado para exercer a investigação e a acusação, caracteriza sem dúvida "Promotoria de Exceção". As Nações Unidas em seu documento oficial destinado ao Ministério Público (Diretrizes Básicas, ONU – 1990), estabelece que seus agentes exercem suas funções de maneira coerente e diligente, respeitam e protegem a dignidade humana, defendem os direitos da pessoa humana, contribuindo, assim, para garantir um procedimento criminal correto e o bom funcionamento do sistema de justiça (cláusula 12); e ainda, dão prova de imparcialidade (cláusula 13).

Ao Ministério Público incumbe o "ônus da prova", isto é "da acusação", razão pela qual a denúncia deve ser produzida em base a elementos fortes de convicção, quanto a autoria, materialidade, tipicidade, sem olvidarmos o instituto da legitima defesa, como excludente de antijuridicidade; tudo em fulcro ao princípio do livre convencimento e ao "*opinio delicti*" do Ministério Público (art. 129, I CF). Para solicitar a condenação se faz necessário que existam provas concretas e absolutas da culpabilidade, assim trilha a justiça no Estado Democrático de Direito, com respeito ao devido processo legal e as provas lícitas (inc. LVI art. 5º CF); jamais a condenação poderá ser em base a hipóteses, suposições, indícios, evidências ou conjecturas, posto que o princípio "*in dubio pro reo*" prevalece ante o chamado "*in dubio pro societat*".

Nesse sentido o *ius persequendi – persecutio criminis* – esta para o órgão que impulsiona a ação penal – Ministério Público -, em outras palavras é o *dominus litis* da Ação Penal, e também detêm o "*ius puniendi*" ante a impossibilidade do Poder Judiciário de penalizar sem pedido, em nome do princípio mor da necessidade de imparcialidade total da Justiça.

4. Conclusão

A lei suprema do país não pode e não deve conter dispositivos de normas ordinárias, mas sim única e exclusivamente regulamentos básicos e gerais de princípios fundamentais, uma vez que a Constituição tem por objetivo uma consistência geral, para ser imutável e rígida quanto ao processo de reforma.

O que podemos notar e analisar é que a Constituição em vigor, traz um aglomerado de dispositivos referentes aos princípios gerais de direito penal material, formal e executivo, e se por ventura alguma transformação ou modificação se fizer no Código Penal ou no Código de Processo Penal, os princípios básicos e gerais deverão ser observados obrigatoriamente; este é o lado favorável da questão.

É certo que nem toda política cria um direito, também é certo que criar um direito é a suprema verificação histórica a que se pode submeter uma política. Um regime político que dá nascimento e força a um novo sistema de direito positivo (Renovação do direito - San Tiago Dantas/Textos de aula Universidade de Brasília/ sessão de 25.10.1941 - Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil).

A base do ordenamento jurídico é a teoria constitucional do direito penal e dos Direitos Humanos, é impossível, nos dias atuais construir doutrina ou tese jurídica, sem amparo na mencionada teoria, pois se trata do sustentáculo do sistema legal que possibilita a aplicação e interpretação mais acertada das normas infraconstitucionais ou da legislação vigente.

Por certo, que estamos vivemos sob a égide da ilusão penal, como afirma Maurício Antonio Ribeiro Lopes, em razão da má aplicação da lei penal, via interpretações equivocadas que flagrantemente ofendem princípios gerais e garantias fundamentais individuais da cidadania.

O direito penal possui caráter fragmentário e subsidiário do direito constitucional, ante as diretrizes universalmente consagradas pelos Direitos Humanos, as ciências criminais, somente protegem bens jurídicos relevantes para a convivência pacífica e social, qualquer intervenção do direito penal material ou formal está condicionada a importância ou a gravidade da lesão ao bem jurídico-penal tutelado pelo Estado.

Em face desse raciocínio existe uma tendência doutrinária e jurisprudencial para a não intervenção ou melhor para mínima intervenção das normas penais na resolução dos conflitos, evitando-se desta forma a aplicação de leis penais de emergência.

No Estado Democrático onde se preserva o direito individual no âmbito do direito público encontramos o direito penal e as liberdades públicas civis vinculadas ao direito constitucional e aos Direitos Humanos. De outro lado, temos o direito coletivo e o direito privado.

Lei em favor do povo e não em favor do rei, em outras palavras, cidadania versus governo, ou ainda administração pública a serviço das garantias fundamentais, sempre em favor do mais fraco, na definição de Luigi Ferrajoli.

A prestação jurisdicional penal somente se efetiva com o respeito aos princípios gerais de Direitos Humanos, observando desta forma o devido processo legal, assegurando ao processado e ao preso to-

dos os direitos, bem como a devida atenção às vítimas de crime.

Não podemos mais admitir que o direito penal converta a vítima real e concreta em um mero conceito, em mais uma abstração para o enfrentamento simbólico com o infrator, para que o direito penal não se distancie ainda mais das partes em conflito. "A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime - a ação, regra geral é de iniciativa privada - acaba por ver-se ela própria "julgada" (pela visão masculina da lei, da polícia e da justiça), incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada" [20].

Por sua vez, como sabemos "a pena não intimida, não ressocializa e não castiga. Nem mesmo retribui. Ela perdeu a sua utilidade. Só os pobres a cumprem", muito bem asseverado por César Barros Leal, e eu direi mais, complementando: "nunca teve utilidade humana a pena privativa de liberdade ou a prisão propriamente dita, sua existência e origem foi transformada de maneira camuflada para apresentar uma aparente solução aos problemas sociais não enfrentados politicamente pela causa".

É uma idéia muito equivocada pensar que o cárcere é reflexo de Justiça, pelo contrário representa a falência da administração e a inutilidade dos fins da pena, intimidação e ressocialização.

Existem aqueles que pensam que estão trabalhando com um direito penal moderno, porém não nos distanciamos e muito menos evoluímos o necessário para dizer que as premissas e as teorias aplicadas na práxis jurídico-penal de hoje sejam inovadoras. Tudo se encontra em base a conceitos clássicos e ortodoxos ultrapassados, e o princípio moderno da mínima intervenção é esquecido propositalmente ou demagogicamente.

"*Quem sacrifica a liberdade em nome da segurança não merece a liberdade, nem a segurança*", disse com propriedade Benjamin Franlkin. Mingúem deve abrir mão de seus próprios direitos, objetivando a prisão ou a condenação de outrem, trata-se de uma opção equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias e demagógicas.

Existem as normas constitucionais colocadas no mesmo plano de abstração das normas penais.Sempre que houver incompatibilidade com uma norma da lei penal, esta deve ser considerada totalmente revogada. A própria Constituição, na verdade, em sua estrutura, permite largo âmbito de ação ao legislador ordinário, com dois limites: o formal, do processo de elaboração das leis, e o substancial, do conteúdo não incompatível com os princípios constitucionais[21].

Sempre que houver norma e se torne inviável o exercício de um direito constitucional, poder-se-á impetrar o novo instituto constitucional expresso no expresso no inciso LXXI art. 5º CF (Mandado de injunção), na falta de norma regulamentadora hierarquicamente inferior a suprema lei do país, com caráter complementadora necessária, com o fim de se colocar em prática a Carta Magna, para decorativa, sem fazer valer o que ela própria assegura.

Necessário se faria a intervenção popular no processo constituinte nacional, uma vez que o povo deveria ter sido chamado para sancionar ou rejeitar o texto, ao todo ou em parte, aprovado pelos representantes legislativos, isto chama-se Referendum constitucional, através de um plebiscito popular[22].

Tanto era necessária a intervenção do povo em geral na finalização do texto constitucional, que os próprios constituintes previram uma revisão após cinco anos (art. 3º das disposições constitucionais transitórias - ADCT), ao meu ver um abuso jurídico, pois a lei suprema é feita para

ser duradoura e não estar constando em seu corpo sua reforma em um pequeno lapso temporal.

O inciso LXXV do art. 5º da Constituição federal reza sobre o direito de indenização por erro judiciário, e este ao nosso ver deve ser analisado com mais profundidade e responsabilidade, trata-se de uma importante ou se senão a maior garantia constitucional da cidadania para assegurar a pronta e boa-fé atuação da administração da justiça. O cidadão não pode ficar a mercê do abuso de poder ou vulneráveis às arbitrariedades cometidas por agentes ou servidores públicos, pois o crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65) possui sanção tímida em relação ou em proporção ao dano causado contra as vítimas individuais ou coletivas desta espécie de ilícito[23].

As Cartas Magnas de 1824 e de 1891, prescreviam taxativamente sobre o abuso de poder, estabelecendo desta forma: "*Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos*" (inciso XXIX, art. 179), e "*É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados*" (§ 9º, art. 72), respectivamente.

"*Direito Penal do Terror*" [24] e nunca mais Brasil[25], é chegada a hora de efetivar de uma vez por todas o sistema acusatório democrático, e de dar adeus ao sistema inquisitivo, seja na práxis policial como no meio forense. Inquisição lembra autoritarismo, pratica usual dos Tribunais do Santo Ofício (séc. XIV; e em 1536, a Bula "*cum nihil magis*" do Papa João III, ordenou a criação do Tribunal do Santo Ofício em Portugal), o pior período da inquisição foi entre 1721-1730, com a unificação das Coroas Castelhana e Portuguesa (1580) onde se agravaram os problemas da administração dos Tribunais do Santo Ofício. Porém a permissão de interrogatório sob tortura oficialmente já acontecia desde 1252, por ordem do Papa Inocêncio IV através da bula "*ad extirpanda*" que autorizava o emprego da tortura nos interrogatórios judiciais.

A aplicação de penas desumanas, infamantes e degradantes era costumeira e prevista no direito penal na época do Brasil-Colônia, nas Ordenações do Reino Unido de Portugal - Afonsinas, Manuelinas, Filipinas e o Código de Don Sebastião -, quebra do princípio da inércia ("*no judex ex officio*") e da imparcialidade, existência de juízos de exceção e a aceitação do princípio da culpabilidade; para não falarmos da quebra das garantias fundamentais da cidadania nos regimes militares, quando se cassa o direito de ir e vir ("*ius libertatis*"), o direito a privacidade e da intimidade, de reunião e associação, entre tantos outros direito e garantias (Emendas Constitucionais nsº 01 à 27 e Atos Institucionais).

Definitivamente entendemos que é preciso de uma vez por todas, olvidar os conceitos ortodoxos e dogmas penais ultrapassados, dos tempos de outrora, da época da abominável inquisição ou dos períodos ditatoriais, antidemocráticos que vergonhosamente reinaram neste país e no mundo todo, para fazer valer as liberdade civis e políticas dos cidadãos e ainda para cada vez mais obrigar as autoridades públicas a se conscientizarem que estão onde estão – desempenhando suas funções em seus postos - por que receberam um delegação popular – um mandato -, e em nome do povo devem trabalhar, nada mais do que isto, e simplesmente isto.

Feitura das leis, administração pública e prestação jurisdicional em prol da cidadania, é o que determina o Estado Democrático de Direito.

Note-se que a atual Carta Magna consagra de maneira firme e importante todos os princípios reitores de um Estado Democrático de Direito, assegurando na sua plenitude as garantias fundamentais da cidadania no tocante aos seus direitos e interesses indisponíveis sociais e individuais, prevalecendo sempre os direitos humanos, seja a nível nacional ou internacional, isto é, no âmbito do direito público interno e externo, na forma da legislação pátria e do ordenamento jurídico, ante as teorias mais modernas e avançadas de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana, em base a soberania e validade hierárquica das normas.

Aplicar e interpretar a legislação penal ordinária pura e simplesmente, é desconhecer os valores maiores das leis, seus princípios e fundamentos de inspiram o próprio sistema de justiça criminal democrática. No passado, ou melhor, na vigência de regimes ditatoriais ou antidemocráticos era possível aplicar o direito penal pelo direito penal, hoje não mais é possível tratar das questões da prevenção e da repressão da delinqüência de maneira desconectada, separada ou sem atenção ao princípio da congruência dos textos legais. A primeira análise que se deve fazer remete obrigatoriamente o profissional do direito ao estudo da constitucionalidade das leis inferiores para a correta aplicação e interpretação da legislação, sim se exerce verdadeira e eficientemente o encargo estatal da prestação jurisdicional, para a plena realização da justiça em nome e a serviços de todos os cidadãos que buscam através dos litígios judiciais uma solução adequada à pacificar seus interesses individuais ou sociais.

O Estado como ente jurídico se legitima por intermédio da sociedade, via princípio da representação popular quando são outorgados às autoridades e servidores públicos à administração dos bens do erário. A ação estatal se compreende como certa e justa, quando tem objetivo e visa o bem comum no contexto macro do interesse individual, preferencialmente vinculado ao interesse privado; visto que muitas vezes o interesse privado deve prevalecer ante o interesse público, pois a administração estatal esta sujeita ao cometimento de equívocos, e estes erros prejudica e desrespeita norma asseguradora de direito fundamental estritamente individual da cidadania.

Por esta razão que quando o Poder Judiciário exercita a prestação jurisdicional ao julgar uma causa não esta representando o Estado, mas fazendo valer uma decisão de Poder Público independente e autônomo, principalmente consagrando o princípio da imparcialidade dos julgamentos, ou dos juízes, possuidores de prerrogativa funcional máxima, a guardada do princípio do livre convencimento. Entende-se assim que todo Poder emana do povo e em seu nome dever exercido.

Os próprios servidores do Poder Executivo devem atuar em nome da cidadania e não dos interesses do governo – da administração pública -, até os pareceres e pronunciamentos jurídicos dos Procuradores do Estado – advogados da administração – podem ser no sentido favorável ao cidadão quando amparado pelo direito. A Lei da Advocacia e da OAB (nº 8.906/94) impõem como regra deontológica a liberdade profissional, a ética e o bom direito acima de tudo, principalmente quando se tratar de questões políticas partidárias. Da mesma forma os representantes do Parlamento – Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores – quando propõem, discutem e aprovam leis, esta devem ser em benefício da sociedade, em primeiro pleno; quando existem leis de interesse só do governo, estas são por sua própria natureza contra o povo.

Sociedade justa, solitária e democrática – direitos da vítima – assim é a rea-

lização da Justiça Plena, balança pratos pender, dar a cada um o que é seu, sem discriminações de qualquer espécie, interpretar e aplicar a lei corretamente, em nome do Estado e do titular do bem jurídico-penal (vítima de crime).

Nesta linha de raciocínio chegamos a conclusão que se respeitadas as garantias fundamentais na íntegra estaremos diante do chamado Estado Democrático de Direito (Constitucional-Penal ou de Direitos Humanos) onde os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem suas atribuições e competências pró-cidadania e não versus sociedade, esta composta por contribuintes e eleitores, verdadeiramente legítimos como detentores do Poder.

No passado a Constituição Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, declarava, entre outras coisas que: "A Dinastia reinante é a do Senhor Dom Pedro I, atual Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil", reconhecendo a existência de 4 Poderes, sendo o Executivo e o Moderador exercido pelo Imperador. E mais recentemente a Carta do chamado "Estado Novo", também outorgada pelo Presidente da República Getúlio Vargas, dissolve o Congresso, e com as justificativas de paz política e social, sob a funesta iminência de guerra civil, pela infiltração comunista, em nome da segurança e do bem-estar do povo, fortalece o Executivo para reprimir as agitações internas, atribui ao Executivo um papel preponderante na feitura das leis – inclusive penais -, estabelecendo em suma o primado do interesse público sobre o interesse privado.

Mais adiante as emendas constitucionais nsº 1 a 25 de 1969 à 1985, que inspiraram o regime militar, seguindo o sistema de tipo facista de Getúlio Vargas, com as supressões das garantias constitucionais fundamentais individuais da cidadania, onde o direito e a justiça penal possuíam características flagrantemente autoritária, assim precisamos olvidar do chamado "Brasil Nunca Mais" – com relação as torturas, desaparições de pessoas, execuções extra-oficiais, e muito arbítrio no poder e abuso de autoridade.

Violação dos Direitos Humanos permite até o deslocamento de competência, nos termos da Emenda Constitucional nº 45/2004 (art. 109, § 5º), quando o Procurador-Geral da República "ex officio" solicita ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), para que o fato "*sub judice*" seja deslocado da Justiça Estadual para a Justiça Federal, ante a gravidade, significatividade e para maior proteção e plenitude da devida apuração do abuso ou da ofensa às cláusulas de Direitos Humanos, vigentes nos instrumentos internacionais em que o governo brasileiro é parte por adesão e ratificação. Nesse sentido, infere-se ainda mais a razão da instituição do Ministério Público na tutela dos direitos individuais e nas garantias fundamentais da cidadania; posto que qualquer violação aos Direitos Humanos, por intermédio de seus agentes, sujeita o Estado a responsabilidades internas e internacionais graves.

Já dizia "águia de Haia", o eminente jurista pátrio, RUI BARBOSA: "*a autoridade investida de seu múnus, ante seu juramento de servidor público, conhecedor de seu dever funcional, quando ultrapassa os limites legais, isto é o circulo da lei, torna-se o mais grave dos delinqüentes*".

NOTAS

[1] DIMENSTEIN, Gilberto: in "Direitos Humanos do Brasil", ed. Cia das Letras, São Paulo, 1996.

[2] BOBBIO, Norberto: in "O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito"; ed. Ícone; São Paulo, 1995.

[3] ANIYAR DE CASTRO, Lola: in "Criminologia da Reação Social"; ed. Forense, RJ, 1983, trad. Ester Kosoviski.

[4] REZEK, Francisco: in *Maia Neto, Cândido Furtado, "O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos"*, ed. Juruá, Curitiba, 2000, pg. 47.
[5] BORJAS, Sérgio Augusto Pereira de: in "*Teoria Geral dos Tratados*" ed. Ricardo Lenz, Porto Alegre, 2001.
[6] CARRAZA, Roque Antonio: in "Curso de Direito Constitucional Tributário", ed. Malheiros, 1996, SP.
[7] TOMASETTI JR., Alcides: in "Aspectos da Proteção Contratual do Consumidor no Mercado Imobiliário Urbano", Rev. Direito do Consumidor, Inst. Brás. de Política e Direito do Consumidor, ed. RT, v. 2.
[8] SCHUELTER, Cibele Cristiane: in Tratados Internacionais e a Lei Interna Brasileira", ed. OAB/SC, Florianópolis, 2003.
[9] MAIA NETO, Cândido Furtado: in Revista de Jurisprudência Brasileira, n. 23, ed. Juruá, Curitiba, 1989.
[10] Zaffaroni, Eugenio Raúl: in "En Busca de las penas perdidas"; ed. Temis, Bogotá, 1990; e "Derecho Penal – Parte General; ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.
[11] ANIYAR DE CASTRO, Lola: in "Criminologia da Reação Social", ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983; e "Criminologia de la Liberación", ed. Univ. Del Zulia, Maracaibo-Venezuela, 1987.
[12] FERRAJOLI, Luigi: in "Derecho y razón"; ed. Trotta. Madrid, 1995.
[13] ÀSUA, Luiz Geminaz: in "Tratado de Derecho Penal".
[0] FRAGOSO, Heleno Cláudio: in "Lições de Direito Penal" Parte Geral 5º., Ed.Forense.
[15] ZAFFARONI, E. Raúl: in "En Busca de las penas perdidas"; ed. Temis, Bogotá, 1990; e "Derecho Penal – Parte General; ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.
[16] MAIA NETO, Cândido Furtado in "Presunção de Inocência e os Direitos Humanos - Justiça Penal e Devido Processo no Estado Democrático": Revista Jurídica Consulex, Bsb-DF, ano VIII, no.171, 29 de fevereiro/2004.
[17] BRETÃS, José Bolívar: IN "A imperiosa necessidade da Defensoria Pública", in Caderno Direito e Justiça, O Estado do Paraná, Domingo 16/12/03, pgs. 8 e 9, Curitiba-PR.
[18] MAIA NETO, Cândido Furtado, in *Revista Prática Jurídica Consulex*, julho/2002, pg. 20.
[19] MAIA NETO, Cândido Furtado: in "O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos", ed. Juruá, Curitiba, 2000.
[20] ANDRADE, Vera Regina Pereira de: in Revista Seqüência p. 104/105 UFSC – Florianópolis.
[21] NUVOLONE, Pietro: in "O Sistema do Direito Penal"/Capítulo II Estruturas constitucionais do Sistema penal - - Ed. Revista dos Tribunais 1981 - São Paulo.
[22] MAIA NETO, Cândido Furtado: in "Constituição Federal: legítima ou ilegítima" – Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985 (artigo não publicado, em preparo e revisão final).
[23] MAIA NETO, Cândido Furtado: in "Erro Judiciário, Prisão Ilegal e Direitos Humanos"; Revista Prática Jurídica, Consulex, Brasília, abril/2003.
[24] DOTTI, *René Ariel: in* Tendências e Debates, jornal Folha de São Paulo, 25.03.1991
[25] Brasil: Nunca Mais; ed. Vozes, Petrópolis-RJ, 1986; organizado pela Arquidiocese de São Paulo.
Ver: "*Inquisição e Justiça Penal Contemporânea*", Maia Neto, Cândido Furtado, Revista Prática Jurídica, ano III, nº 32, 30/11/2004, ed. Consulex, Brasília-DF.