

UMA REFLEXÃO OBRIGATÓRIA PARA SILENCIAR OS SINOS TITLE: A REFLECTION MANDATORY TO SILENCE THE BELLS

SILVA JÚNIOR, Nelmon J.¹

RESUMO: Ensaio sobre Garantismo enquanto Sistema Processual Penal, frente à necessária constitucionalização do direito (processual) penal.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Universais. Direito. Hermenêutica. Hierarquia. Leis. Modelo. Política. Criminal. Poder. Punitivo. Estado. Garantismo. Liberdade. Cidadão.

ABSTRACT: Essay on Garantism while System of Criminal Procedure, the required front constitutionalization of law (procedural) criminal.

KEYWORDS: Principles. Universal. Right. Hermeneutics. Hierarchy. Laws. Model. Policy. Criminal. Power. Punitive. State. Garantism. Freedom. Citizen.

Tenho o hábito de arquivar pequenos textos publicados em jornais, ou mídias similares, por próximos dez anos. Ao processar citado hábito (leia-se, jogar fora o que não presta), deparei-me com os dois arquivos (da mesma época) aqui compartilhados: *“Muito preocupa os poderes públicos e a sociedade o problema da superlotação dos presídios que, além de constituir afronta à dignidade humana, é, muitas vezes, causa de motins e rebeliões. [...] freqüentemente sugere-se a construção de novos presídios para cumprimento de pena em regime fechado, relegando-se a segundo plano a construção de estabelecimentos para cumprimento de pena em regime semi-aberto. [...] O regime semi-aberto de cumprimento de pena é positivo por permitir um contato paulatino do apenado com a sociedade, por estar relacionado a um menor número de fugas e de reincidência, e por conferir ao condenado uma perspectiva de liberdade que, sem sombra de dúvidas, freia os “instintos” de rebelião. Sendo muito mais econômico que o regime fechado. [...] Está-se apenas defendendo que aqueles apenados que fazem jus a esse tipo de regime sejam colocados em estabelecimentos adequados. Em outras palavras, que se cumpra a lei.”* (Miguel Reale Júnior - O Globo, em 21.05.2002).

“Fernando Tourinho Neto, diz que está preparado para ser o alvo da revolta e da

1. CIENTISTA E ESTUDIOSO DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7382506870445908>

1. MANTENEDOR DOS BLOGS CIENTÍFICOS: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com> <http://propriedadeindustrialivre.wordpress.com>

2. CIENTISTA COLABORADOR: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Portal de e-governo) <http://www.egov.ufsc.br/portal/>
Glocal University Network <http://www.glocaluniversitynetwork.eu/> (ITA)

3. MEMBRO: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA (AL), Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM, Associação dos Advogados Criminalistas do Paraná – APACRIMI, International Criminal Law – ICL (EUA), National Association of Criminal Defense Lawyers (EUA)

4. MEMBRO FUNDADOR: Associação Industrial e Comercial de Fogos de Artíficos do Paraná/PR – AINCOFAPAR (Conselheiro Jurídico), Associação Bragantina de Poetas e Escritores

5. COLABORADOR DAS SEGUINTE MÍDIAS: Arcos Informações Jurídicas www.arcos.org.br Conteúdo Jurídico www.conteudojuridico.com.br

Portal de Artigos Científicos <http://artigocientifico.uol.com.br>

Academia.edu <http://www.academia.edu/> (PT)

Scribd <http://pt.scribd.com/> (PT)

Acadêmico Artigos Científicos <http://www.academicoo.com/>

6. AUTOR DOS SEGUINTE LIVROS CIENTÍFICOS: Fogos de Artífício e a Lei Penal, Coletâneas e Propriedade Intelectual Livre.

7. AUTOR DOS SEGUINTE LIVROS LITERÁRIOS: Nofretete, Copo Trincado, e Valhala.



frustração da população que quer Justiça rápida. Mas reclama dos juízes de primeira instância, que, na sua opinião, exageram na interpretação da lei sobre prisão preventiva. [...] Os juízes de primeira instância têm de colocar uma coisa na cabeça: enquanto não mudar a Constituição, só pode ser preso se condenado.” Questionado sobre o caso Jader Barbalho, respondeu: *“Acho que o juiz fez isso para agradar ao povo. E o povo acaba ficando bravo é comigo! Sei disso... Ontem recebi telefonemas de parentes meus de Salvador, brigando comigo. Diziam: “Como você faz uma coisa dessas? Soltando um ladrão!” Nem tento explicar mais. Ninguém quer saber de explicação, quer é ver o sujeito na cadeia. O que posso fazer se tenho de tomar decisões antipáticas [...]”* (Entrevista realizada com Fernando Tourinho Neto, (ex)presidente do TRF da 1ª Região, veiculada em vários sítios virtuais, em 17.02.2002).

Permito-me resumir o artigo escrito por José Saramago - *Da justiça à democracia, passando pelos sinos* - descrevendo cena do século XVI, onde os sinos tocavam ao longo do dia, dobrando melancolicamente a finados, ocasião na qual os aldeões vão à igreja e deparam-se com um camponês a aguardá-los. Surpresos, perguntam onde se encontrava o sineiro e quem era o morto? *“O sineiro não está aqui, eu é que toquei o sino”,* foi a resposta do camponês. Retrucado sobre eventual morte, o camponês respondeu: *“Ninguém que tivesse nome e figura de gente, toquei a finados pela Justiça porque a Justiça está morta.”*

Adentro o tema citando Eric Hobsbawn, ao afirmar que o Brasil é *“um monumento à negligência social”*; Konder Comparato, denunciando a *“morte espiritual da Constituição”* – apud Lenio Streck; Roberto Lyra, lecionando que *“o direito é condição da existência da sociedade. As leis não são instrumentos de opressão de injustiças”*; Rui Barbosa, concluindo que *“não há salvação para o juiz covarde”*.

A primeira lição tida na Academia, é que Direito e Justiça, não são sinônimos. Desapercebidamente poderia alguém afirmar que a assertiva é por demais óbvia. O abismo entre Direito e Justiça não me parece tão óbvio, afirmo pela simples observação do funcionamento do Judiciário. Explico, quando pensamos nas palavras *Direito* e/ou *Justiça*, imediatamente buscamos como arquétipo sustentável a *Constituição* (essa deveria ser a lógica a ser seguida, especialmente por Juristas). Forço-me citar novamente Lenio Streck, ao cirurgicamente doutrinar: *“assombra-nos o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos; [...] ou seja, no plano das práticas do Direito, continuamos a olhar o novo (Estado Democrático de Direito, constituição dirigente, direitos sociais, etc) com os olhos do velho (modelo de direito liberal-individualista-normativista)”*

Qual o conceito (a)jurídico de Constituição? Poderíamos relembrar incontáveis doutrinas acerca do conceito, porém opto por comungar do *“óbvio de que a Constituição constitui!”* - apud Lenio Streck. Crível entender que a *“Constituição constitui”* determinado Estado (falo em sentido amplo), positivando o contrato social daquele povo. Prossigo, nossa Constituição revela-se Garantista (prefiro usar Garantidora), quando recepciona inúmeros Princípios Universais de Direito, assegurando-os em seus preceitos; não é novidade que nossa Constituição, está em patamar de superioridade em relação às demais leis, logo, estas devem obediência àquela (inclusive quanto aos seus Princípios), sob pena de inconstitucionalidade.

Relembro a doutrina referente aos princípios, citando, *“as lições de Paulo Bonavides, para quem princípios valem, regras vigem, e Celso Antonio Bandeira Melo, que sustenta ser mais grave*

violar um princípio do que uma norma. Reforça, ainda, a lição de Souto Maior Borges, para quem a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional.” - Apud Lenio Streck.

Por ser Garantista (Garantidora) nossa Constituição, necessária a reinterpretção de todo ordenamento jurídico infraconstitucional, especialmente naquelas aplicáveis ao direito (processual) penal – fenômeno conhecido como constitucionalização do direito penal. “*Não se trata apenas do conhecido fenômeno de constitucionalização do direito penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional próprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante*”. - Lenio Streck apud Paulo Ferreira da Cunha.

Indago: como e porque, faz-se necessária a reinterpretção do ordenamento jurídico penal e processual penal? Respondo, a segunda pergunta, com simples argumento de que somente através da necessária reinterpretção, sustentar-se(i)á o Constitucionalizado Estado Democrático de Direito. Em resposta à primeira indagação, presumo ser facilmente compreensível, que texto e norma não são sinônimos, portanto é legal (falo em sentido amplo) o Julgador, ao decidir (por Constitucionalmente Garantido) afastar texto de lei que não amolde-se à realidade social, e principalmente afastá-lo quando inconstitucional. Este simples raciocínio revela-se, fundamentalmente (por dogmático), Garantista.

Pauso para adentrar num ponto nevrálgico. O que é o Garantismo? De forma rasa, respondo tratar-se de modelo de política criminal, visando diminuir o poder punitivo (excessivo) do Estado, e aumentar a liberdade (garantias) do cidadão, proposto por Luigi Ferrajoli, ao idealizar o Sistema Garantista, estribado-o em dez axiomas básicos (relacionados à Pena, Pelito e Processo).

Sistema Penal, segundo doutrina Raúl Eugênio Zaffaroni, é o “*controle social punitivo institucionalizado*”. Entendido tal conceito, demonstro resumidamente o modelo sistematizado por Ferrajoli:

Quanto à Pena:

01. “Não há pena sem crime” – Princípio da Retributividade.
02. “Não há crime sem lei” – Princípio da Legalidade.
03. “Não há lei penal sem necessidade” – Princípio da Intervenção Mínima.

Quanto ao Delito:

04. “Não há necessidade sem injúria” – Princípio da Ofensividade.
05. “Não há injúria sem ação” – Princípio da Exteriorização.
06. “Não há ação sem culpa” – Princípio da Culpabilidade.

Quanto ao Processo:

07. “Não há culpa sem sentença” – Princípio da Jurisdicionalidade.
08. “Não há sentença sem acusação” – Princípio Acusatório ou Inquisitório.
09. “Não há acusação sem prova” – Princípio do Ônus da Prova.
10. “Não há prova sem defesa” – Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.

Evoluindo, compartilho de “*o modelo de Estado Democrático de Direito implica a sujeição do político ao jurídico. As Constituições assumem um papel compromissário e dirigente. A*

liberdade de conformação legislativa fica sobretudo restringida, porque vinculada também materialmente ao texto constitucional.” - Apud Streck.

Apenas por prazer ao argumento, o Sistema Garantista vislumbra o atingimento de um “Direito Penal Mínimo/Direito Social Máximo” (parece-me lógica essa construção, vez que alcançado um direito social máximo, necessário - regulativamente - um direito penal mínimo). Julgo legítima a defesa desta tese, apesar da reticente rejeição por muitos juristas. Sem vaidosa pretensão quanto ao convencimento alheio, concluo que citada rejeição deve-se ao fato de que o modelo de política criminal, apresentado sob forma de Sistema Penal, proposto por Ferrajoli, evoluiu ao ponto de ultrapassar as fronteiras funcionais do Judiciário, restringindo (parcialmente) as atividades Legislativas e Executivas.

Desnecessário maiores argumentos, porém (por mera retórica – *Aqui Mais Que Necessária*), permito-me lembrar (aos reticentes, leia-se teimosos) a conclusiva doutrina de Modesto Saavedra López: “*La ley y las demás fuentes convencionalmente establecidas se les imponen como dogmas incuestionables, y su misión profesional les obliga a actuar como portavoces de un mensaje originado en otro lugar; en la sede en la que legítimamente reside la potestad para tomar decisiones jurídicas de alcance general en representación de la soberanía popular.*”

Não posso (tampouco devo) permitir o *incesante badalar dos sinos*; creio que para *silenciá-los(sinos)*, obrigo-me a partilhar essas necessárias reflexões (como outrora refletiu Fernando Tourinho Neto). Aos teimosos; desejo-lhes bons sonhos, pois o *badalar dos sinos* (sabidamente) incomadoda!