



Sumário

A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA À LUZ DAS TEORIAS DA PENA	2
Guilherme Costa Macedo.....	2
A ESTRUTURA JURÍDICA NO BRASIL COLONIAL - CRIAÇÃO, ORDENAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO	30
Leandro Fazollo Cezario	30
AS ILEGAIS RESTRIÇÕES A CANDIDATOS CASADOS E MAIORES DE 24 ANOS NOS CONCURSOS DAS FORÇAS ARMADAS.	37
Jair Soares Júnior.....	37
A INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS PELO INADIMPLENTO DO USUÁRIO EM RELAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	46
Flávia Silva Vaz Rodrigues e.....	46
Manuela de Vasconcelos Zanin ¹	46
DO INQUÉRITO POLICIAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO INVESTIGAR NO INQUÉRITO POLICIAL.	52
Gustavo de Falchi	52

A circunstância agravante da reincidência à luz das teorias da pena

Guilherme Costa Macedo¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da deslegitimação da circunstância agravante da reincidência.

A agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal pátrio, é, à luz de um Estado Democrático de Direito, passível de diversas críticas. Entretanto, no cotidiano forense, a exacerbação da pena do reincidente é, via de regra, efetivada de maneira automática pelo operador do direito, sem que seja analisada a pertinência das críticas comumente tecidas em relação à agravante.

É cediço que a sociedade, sobretudo em virtude do forte apelo midiático, anseia por sanções mais severas para aqueles que cometem crimes. No afã de se combater a criminalidade a qualquer custo, algumas garantias penais e processuais penais terminam sendo, sensivelmente, reduzidas ou suprimidas.

Nesse contexto, o tratamento conferido ao reincidente também tende a ser o mais rigoroso possível. A condição de reincidente acarreta uma série de efeitos gravosos, dentre os quais se destaca o agravamento da pena.

Neste trabalho, faz-se um estudo da agravante da reincidência à luz das teorias da pena.

As teorias deslegitimadoras da pena (abolicionistas e minimalistas) foram examinadas em primeiro lugar, tendo sido analisados, nesse momento, os principais argumentos dessas correntes, realçando-se a questão do etiquetamento e as noções de desvio secundário e das carreiras criminais.

Em seguida, a agravante da reincidência foi confrontada com as teorias absolutas e relativas da pena, com o propósito de aferir se a exacerbação da pena do reincidente serve para fins de retribuição ou prevenção.

¹ Advogado, Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Salvador.

2. AS FINALIDADES DA PENA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA

Diversas teorias buscam explicar as finalidades da pena. Ao se tomar como objeto de estudo as finalidades da pena, em verdade, essas teorias procuram respostas acerca da razão de ser do próprio Direito Penal. No entanto, deve-se destacar que, nessa seara, existem, por um lado, as teorias que questionam e combatem a existência do Direito Penal (teorias deslegitimadoras) e, de outra banda, há teorias que defendem a necessidade do Direito Penal, tendo em vista que a pena é dotada de determinadas finalidades em relação ao corpo social ou em relação ao autor do delito (teorias legitimadoras).

Um breve estudo sobre as teorias legitimadoras e deslegitimadoras da pena é essencial para melhor compreender a reincidência criminal e seus efeitos, especialmente o agravamento da pena, tendo em vista que, como pondera Jorge de Figueiredo Dias, “as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal” devem ser examinadas à luz das finalidades da pena. O autor argumenta que “a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a *questão do destino* do direito penal”.²

O Código Penal brasileiro, ao estabelecer, em seu artigo 59, que o juiz fixará a pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime abarcou algumas teorias legitimadoras da pena. A referência à “reprovação e prevenção do crime” encontra-se inserida no art. 59, o qual contém as circunstâncias a serem consideradas na primeira fase da dosimetria da pena, isto é, à fixação da pena-base. Todavia, a busca da concretização dessas finalidades da pena não se exaure nesse primeiro momento.

Com efeito, nos termos do art. 68 desse mesmo diploma legal, a dosimetria da pena possui três fases distintas. Em primeiro lugar, o magistrado, com base nas circunstâncias previstas no art. 59, fixará a pena-base; no segundo momento, aplicará as circunstâncias agravantes e atenuantes; por fim, na terceira fase, aplica as causas de diminuição e de aumento de pena. Consagrou-se, pois, o sistema trifásico de aplicação da pena.

Não se pode considerar que as finalidades da pena somente devem ser buscadas no momento da fixação da pena-base. Na realidade, é a pena definitiva, e não apenas a pena-base, que deve ser necessária e suficiente para a reprovação e

² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 89.

prevenção do crime. Assim, diante desta premissa, seria inadmissível aplicar a agravante da reincidência caso se constatasse que a mesma não se presta para reprovar ou prevenir o crime.

Destarte, percebe-se a importância de examinar a legitimação da circunstância agravante da reincidência com base nas teorias da pena, objetivando, sobretudo, aferir se existe e qual seria a finalidade da exacerbação da pena do reincidente.

A outro giro, convém advertir que, se o projeto de lei n. 3.473/2000 for aprovado, a reincidência passará a figurar no rol das circunstâncias judiciais, isto é, inserida no art. 59 do Código Penal. Nesse caso, por conta de expressa previsão legal, será obrigatório, mesmo para os operadores do direito marcadamente legalistas, examinar se o aumento da pena em virtude da reincidência serve para fins de retribuição e prevenção.

2.1 TEORIAS DESLEGITIMADORAS

O Direito Penal vem sendo bastante criticado pelas chamadas teorias deslegitimadoras da pena, dentro das quais se enquadram as correntes abolicionistas e minimalistas.

O abolicionismo, que tem Louk Hulsman como principal expoente, defende a extinção imediata do Direito Penal. Por outro lado, os minimalistas radicais (por exemplo, Baratta e Zaffaroni) sustentam que ao Direito Penal devem ser impostas uma série de limitações, a fim de que, paulatinamente, seja possível extingui-lo. Pode-se, assim, afirmar que os abolicionistas e os minimalistas radicais diferenciam-se quanto ao momento de extinção do Direito Penal; para os primeiros, essa extinção deve ser imediata, ao passo que os segundos consideram que essa extinção precisa ser gradual.

Nesse diapasão, Paulo Queiroz adverte que o minimalismo radical “propõe, imediatamente, a máxima contração do âmbito de atuação do sistema penal, preservando-o, assim, residualmente, e só mediatamente a abolição – a longo prazo – desse sistema de controle social”³.

³ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

Os minimalistas pregam a subsidiariedade do Direito Penal, de modo que, se um bem jurídico pode ser tutelado por outro ramo do ordenamento jurídico – como o Direito Civil ou o Direito Administrativo – não se faz necessária a utilização do Direito Penal. Deste modo, como observa Zaffaroni, o minimalismo, “a exemplo do abolicionismo, nega a legitimidade do sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma alternativa mínima que considera um mal menor necessário”.⁴

O abolicionismo e o minimalismo radical, malgrado se diferenciem quanto ao momento de abolição do Direito Penal, questionam a legitimidade deste ramo do ordenamento jurídico com base em referenciais teóricos comuns. Efetivamente, as críticas feitas pelos autores de ambas as correntes são similares.

Ambas as correntes criticam o caráter seletivo do Direito Penal, sob o argumento de que se trata de um ramo destinado a certos setores do corpo social. A seletividade ocorre tanto por meio da criminalização primária (escolha de quais condutas devem ser consideradas delituosas), quanto através da criminalização secundária (aplicação da sanção criminal). Nesse diapasão, Paulo Queiroz adverte que:

O sistema penal, quer na fase de elaboração das leis (criminalização primária), quer na fase de aplicação em concreto (criminalização secundária), seleciona a sua clientela, entre os grupos mais vulneráveis da sociedade, entre os miseráveis, enfim, reproduzindo as desigualdades sociais materiais.⁵

Ademais, os abolicionistas e minimalistas atribuem ao sistema penal um caráter criminógeno, afirmando que a imposição de uma pena, especialmente a privativa de liberdade, não tem o condão de ressocializar o condenado. Na realidade, o ambiente carcerário, muitas vezes, serve de estímulo para a prática de novos delitos.

Outra crítica apresentada por abolicionistas e minimalista diz respeito àquilo que Paulo Queiroz denomina “inidoneidade funcional ou motivadora a norma penal”, consoante a qual, “o direito penal não é um meio apto a motivar comportamentos no sentido do comando da norma penal”⁶. O Direito Penal, assim,

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 89.

⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87-88.

⁶ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 89.

não tem aptidão para influenciar a vontade das pessoas, a fim de que não pratiquem delitos, não se podendo, pois, atribuir à pena uma função preventiva de delitos.

Essas correntes também usam como argumento para deslegitimar o Direito Penal a existência das chamadas cifras ocultas ou cifras negras. Os minimalistas e abolicionistas afirmam que apenas uma pequena parcela dos delitos praticados é investigada, processada e sancionada, sendo que a imensa maioria dos delitos – as cifras ocultas ou negras – sequer chega ao conhecimento dos órgãos estatais de controle. Essas cifras, conforme leciona Gamil Föppel, atestam que “há outras formas de composição dos conflitos, que não, necessariamente, uma resposta penal”⁷.

A análise dessas críticas feitas ao sistema penal pelas teorias deslegitimadoras permite concluir que tanto os abolicionistas quanto os minimalistas rechaçam a aplicação da circunstância agravante da reincidência. Entretanto, ainda nessa seara, convém destacar que o principal argumento utilizado para questionar a incidência da agravante decorre da adoção de um novo paradigma criminológico, dentro do qual se situam os ideais abolicionistas e minimalistas, qual seja, a teoria do “labelling approach”. Nesse diapasão, a respeito da intrínseca relação existente entre as teorias deslegitimadoras e esse novo paradigma criminológico, manifesta-se Paulo Queiroz:

O abolicionismo e o minimalismo contemporâneos são movimentos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, que, rompendo com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob a influência das teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõem ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o paradigma do controle.⁸

A teoria do etiquetamento, também conhecida como teoria do “labelling approach”, surgiu nos Estados Unidos nas décadas de sessenta e setenta, tendo Howard Becker, Erving Goffman e Edwin Lemert como principais expoentes. A teoria do “labelling approach” é uma reação ao paradigma etiológico da criminologia positivista, que, consoante adverte Alessandro Baratta, tinha como principal objeto de estudo os fatores biológicos e psicológicos do delinqüente. Baratta considera que

⁷ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 121-122.

⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86-87.

o “labelling approach” inaugurou um novo paradigma da criminologia: o paradigma da reação social⁹.

Essa teoria objetivou estudar, primordialmente, a influência da sociedade nos processos de criminalização, a fim de desvendar as formas de se desviar as pessoas, inserindo-as no mundo do crime. O “labelling approach” se pauta nas noções de desvio primário e secundário, bem como na existência das carreiras criminais.

O desvio primário se relaciona ao primeiro comportamento delitivo praticado pelo sujeito e decorre de fatores sociais, culturais ou psicológicos, como, por exemplo, é o caso do indivíduo que pratica um crime contra o patrimônio para adquirir alimentos. Por outro lado, o desvio secundário é fruto das diversas forças de reação da sociedade contra o primeiro delito praticado. A sanção penal e os preconceitos, estigmas e estereótipos sofridos pelo apenado atuam como instrumento causador do denominado desvio secundário, inserindo o desviado em uma verdadeira carreira criminal.

A reiteração de comportamentos delituosos seria, assim, uma consequência da reação social ao primeiro delito praticado. Deste modo, a teoria do “labelling approach” esvazia, em grande medida, os argumentos comumente suscitados pelos defensores da manutenção da agravante da reincidência.

Em verdade, a reincidência criminal é fruto do processo de etiquetamento, que torna o condenado mais vulnerável a ser “escolhido” pelo Direito Penal. O sujeito que pratica um primeiro delito (desvio primário) e é alvo das repressões oriundas dos órgãos de controle social tende, efetivamente, a continuar a delinquir. A prática de novos delitos surge como algo inexorável, fruto da repressão sofrida, razão pela qual o aumento da pena se mostra incoerente.

Bissoli Filho considera que a reincidência e os antecedentes criminais são verdadeiras etiquetas, que, em verdade, servem de estímulo para que se concretize o desvio secundário, isto é, para que esses sujeitos adentrem no contexto das carreiras criminais. A sociedade impõe uma série de estigmas e estereótipos ao delinqüente, com o intuito de torná-lo um ser diferente. Com o passar do tempo, tendo em vista as dificuldades encontradas para se reintegrar ao corpo social, o

⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 29-30.

próprio delinqüente passa a aceitar como verdadeiro o estigma ou o estereótipo que lhe são impostos. Esse processo se completa quando o delinqüente passa a se considerar um sujeito desviado e, conseqüentemente, o seu mundo passa a ser o mundo da criminalidade. No dizer de Bissoli Filho:

Estes estigmas, “valorosos” instrumentos de diferenciação formal dos indivíduos, capazes de identificá-los pessoal e socialmente, acabam sendo incorporados pelo indivíduo etiquetado (auto-etiquetas), transformando-se, em face da proposição contida na etiqueta, em um “corredor”, para onde o mesmo será empurrado, iniciando, com grande probabilidade de êxito, uma “carreira criminal”.¹⁰

O abolicionista Louk Hulsman assevera que “o sistema penal cria o delinqüente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social”¹¹. Do mesmo modo, manifesta-se o minimalista Zaffaroni:

Nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são impostos¹².

Desta forma, com amparo nas lições da teoria do etiquetamento, percebe-se que exacerbar a pena do reincidente não é uma medida racional, uma vez que a prática de um novo delito é decorrência, dentre outros aspectos, da imposição de uma sanção criminal. Neste aspecto, seria, inclusive, mais plausível sustentar a tese de que a reincidência se torne uma atenuante, tendo em vista a maior vulnerabilidade do reincidente e o caráter criminógeno da pena¹³.

Convém advertir que os referenciais teóricos das teorias deslegitimadoras (tais como o caráter criminógeno da pena, a seletividade do Direito Penal, o

¹⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes criminais à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988, p.217.

¹¹ HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad.: Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997, p. 69.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 130.

¹³ Zaffaroni e Pierangeli, por exemplo, defendem que “as condenações anteriores, as detenções, e, em geral, todas as intervenções repressivas do sistema penal, que têm levado o agente a uma estigmatização e a uma redução de seu espaço social” são hipótese de circunstância atenuante inominada, a qual, segundo os autores, poderia servir para neutralizar a agravante da reincidência. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p.837)

etiquetamento e o desvio secundário) são de extrema relevância para se estudar, de forma crítica, as teorias legitimadoras da pena.

2.2 TEORIAS LEGITIMADORAS

2.2.1 Teorias absolutas ou retribucionistas

As teorias absolutas apontam como finalidade da pena a reprovação ou retribuição do mal causado pelo delinqüente, isto é, a pena funcionaria como uma resposta do Estado contra o fato delituoso, configurando, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime”.¹⁴

A pena, assim, seria um fim em si mesmo¹⁵, uma vez que, conforme Roxin, “a justificação de tal procedimento não se depreende, para esta teoria, de quaisquer fins a alcançar com a pena, mas apenas da realização de uma idéia: a justiça”.¹⁶

As teorias absolutas podem ser subdividas de acordo com a espécie de retribuição que se pretende obter com a imposição da pena. Assim, diz-se que a retribuição será divina, estética, moral ou jurídica.¹⁷ Não há dúvidas, contudo, de que a força das teorias absolutas decorreu das duas últimas modalidades de retribuição, as quais foram defendidas, respectivamente, por Kant e Hegel.

Kant considerava a pena um “imperativo categórico”, isto é, um mal necessário para retribuir o mal causado pelo crime. A pena não poderia ter qualquer função utilitarista, uma vez que o homem jamais deveria ser tratado como uma coisa. O homem, para Kant, é um fim em si mesmo. Por conseguinte, corroborando essa tese, Kant asseverou que:

Mesmo se a comunidade de cidadãos, com a concordância de todos os membros, se dissolvesse, o último assassino encontrado na prisão deveria

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 453.

¹⁵ Jorge de Figueiredo Dias observa que a teoria absoluta “não é assumidamente (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena. Ela pretende justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como ‘entidade independente de fins’ [...]” (**Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 94).

¹⁶ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 16.

¹⁷ Nesse sentido, Rivacoba y Rivacoba apud BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes criminais à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988, p. 142.

ser previamente executado, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não pese sobre o povo que não insistiu na punição.¹⁸

Hegel, a outro giro, desenvolveu um raciocínio pautado na retribuição jurídica. Para ele, em sendo o crime uma violação às normas jurídicas, a pena seria o mecanismo utilizado para recompor a ordem jurídica lesada. Trata-se, pois, de uma concepção dialética, em que, enquanto o crime é a negação do direito, a pena atua como negação do crime e, conseqüentemente, restabelece o direito. Esclarecendo porque se trata de uma concepção dialética, Cezar Bittencourt afirma que a *tese* seria a ordem jurídica, a *antítese* seria o delito e a *síntese* seria a pena.¹⁹

A maior contribuição das teorias absolutas, sem dúvida, reside no fato de ostentar uma noção de proporcionalidade entre o mal causado e a pena, de modo que, quanto mais grave o crime, maior deve ser a pena.²⁰ Consoante Gamil Föppel, “Kant adotou as idéias da Lei de Talião, em que a reprimenda seria tal qual a conduta”, aduzindo, ainda, que “a Teoria de Kant logrou estabelecer, ao contrário do que afirma Roxin, uma concepção inicial de limite às penas, embasando-se, para tanto, na idéia de proporcionalidade”.²¹

No mesmo diapasão, Paulo Queiroz assinala que:

O principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um “mal” e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação²².

No que tange ao tema da reincidência, levando em conta essa embrionária concepção de proporcionalidade, cumpre observar que as teorias absolutas não se prestam para justificar a finalidade da agravante. Como anteriormente observado, a reincidência pressupõe, necessariamente, a reiteração de condutas delitivas, sendo

¹⁸ KANT apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 455.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p. 107.

²⁰ Nesse sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002, p. 131.

²¹ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.17-18.

²² QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

que, ao réu considerado reincidente, será aplicado um aumento de pena na dosimetria. Sucede que, com amparo nas idéias retribucionistas, o mal causado pelo primeiro delito já foi retribuído com a primeira pena, razão pela qual é forçoso compreender que os seus efeitos se exauriram nesse primeiro momento.

As teorias absolutas desenvolveram, ainda que de modo precário, uma noção de proporcionalidade entre o mal do crime e o mal da pena. Assim, não seria possível, por ocasião da aplicação da pena referente ao segundo delito, levar em consideração um crime anterior, cujo mal causado já tenha sido, adequadamente, retribuído. A exacerbação da pena do reincidente viola, frontalmente, aquilo que Luigi Ferrajoli denominou de princípio da retribuição penal. Este princípio, conforme leciona o autor, consagra a “garantia do caráter retributivo da pena”, por meio do qual “só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é)”²³.

Como se percebe, enfocando o crime praticado, as teorias absolutas pretendem averiguar a extensão do mal causado para, então, aplicar a pena necessária à retribuição. Desta forma, não se pode invocá-las para justificar a agravante da reincidência, sob o argumento de que o delito praticado por um reincidente representa um mal maior, uma vez que tal raciocínio retoma um delito anterior, já devidamente retribuído. Importa destacar que as teorias absolutas pretendem retribuir uma determinada infração penal (o fato praticado), não se preocupando com delitos pretéritos ou com a insensibilidade do agente em relação aos efeitos da pena. Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli esclarece que:

A condição do reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antigüidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rechaçaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para o agravamento da pena. “A pena”, escreve Pagano, “cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente ... Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida”. E Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face de delitos precedentes. Essas indicações foram, contudo, totalmente subvertidas na segunda metade do século XIX pela regressão positivista da cultura penal, que centrou grande parte da nova política criminal na relevância e no tratamento dos tipos de autor, mais do que nos de delito.²⁴

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.405.

Com efeito, a finalidade retributiva da pena, consoante observa Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, coaduna-se melhor com os estudos desenvolvidos pela Escola Clássica²⁵, enquanto a prevenção especial é a finalidade sustentada pela Escola Positiva, razão pela qual Ferrajoli considera que o advento do positivismo criminológico contribuiu para legitimar a reincidência e seus efeitos gravosos. A Escola Positiva, por considerar que a punição do delinqüente deve ser uma conseqüência da sua periculosidade, certamente, serviu de supedâneo para o aumento de pena do réu reincidente.

É evidente que a natureza do delito não é modificada pelo fato de ter sido praticado pelo reincidente. Imaginemos que o sujeito tenha praticado um delito de lesão corporal que teve como conseqüência a amputação de uma das mãos da vítima. Segundo a ótica da lei de talião, a pena aplicada seria a amputação de uma das mãos do criminoso. Caso esse indivíduo viesse a praticar um novo delito, pelo qual tornasse a amputar uma das mãos da vítima, sofreria a mesma pena aplicada ao delito anterior. Ou seja, a pena, segundo a lei de talião, não é mais grave pelo fato de ser o réu reincidente.

Desta forma, não prospera a argumentação no sentido de que o crime praticado por um reincidente representa um mal maior. Importa, ao menos à luz da teoria absoluta, aferir a extensão do dano causado à vítima do delito para, em um juízo de proporcionalidade, aplicar a pena adequada. E, efetivamente, o dano sofrido pela vítima não será mais intenso pelo fato de ser o autor do delito reincidente. Ademais, na teoria absoluta, como a pena retribui o crime praticado, seria equivocado fundamentar o aumento de um novo delito em um crime pretérito já devidamente compensado. Em outras palavras, o reincidente estaria sendo punido mais de uma vez pelo mesmo fato, o que acarreta manifesto *bis in idem*²⁶.

Ressalte-se que o exemplo supracitado retoma a tese defendida pelo modelo retributivista arcaico, o qual, para Salo de Carvalho, “representa a mais primitiva forma de justiça, que exige que o violador receba um castigo idêntico ao sofrido pela vítima”.²⁷ No entanto, o raciocínio nele empregado pode ser adaptado

²⁵ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 103.

²⁶ Como se observará adiante, o princípio do *ne bis idem* é um dos argumentos utilizados para justificar a não recepção da circunstância da agravante pela nova ordem jurídica constitucional.

²⁷ CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 120.

ao atual sistema penal, bastando, para tanto, que se compreenda que as penas hoje existentes²⁸ (privativas de liberdade, restritivas de direito e multa) devem guardar uma correspondência com o delito praticado, desconsiderando, por completo, uma possível reincidência do réu.

Outrossim, com amparo nas idéias de Kant, seria impossível tornar a examinar a vida passada do autor do delito. Em verdade, pouco importa, para fins de retribuição, aferir se o sujeito praticou ou não mais um de crime. As teorias absolutas apenas almejam retribuir cada crime praticado com uma pena que esteja à altura do mal causado. Zaffaroni e Pierangeli lecionam que a medida da pena para Kant “não pode ser outra além do mal imerecido infligido à vítima, isto é, o *talião*, que Kant entende como a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada”.²⁹ Salo de Carvalho ensina que, na retribuição moral de Kant, “a penalidade teria como *thelos* a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção”.³⁰

Essa mesma conclusão é obtida quando se estuda o pensamento de Hegel. Ora, se a pena aplicada tem o condão de restaurar o direito (como visto, o crime é a negação do direito, ao passo que a pena é a negação do crime), qual seria a razão para aumentar a sanção do reincidente se a pena aplicada ao crime anterior já restabeleceu a ordem jurídica?

Kant e Hegel são considerados autores pertencentes à Escola Clássica, a qual teve seus pressupostos teóricos duramente criticados pelos integrantes da Escola Positiva. O pensamento positivista teve, sem dúvidas, grande influência na consagração do instituto da reincidência e, por conseguinte, do aumento de pena, em grande parte dos ordenamentos jurídicos. Quanto à Escola Clássica, cumpre destacar que boa parte dos seus integrantes sempre criticou a reincidência criminal. Analisando o pensamento kantiano e hegeliano a respeito da teoria da pena,

²⁸ É importante observar que a agravante da reincidência se relaciona com as três modalidades de pena. De acordo com o art. 55 do Código Penal, as penas de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana (que são penas restritivas de direito) terão a mesma duração da pena privativa de liberdade aplicada. Logo, o quantum da pena privativa de liberdade interfere na duração de algumas penas restritivas de direito. Ademais, no que cinge à pena de multa, o número de dias-multa pode ser mais elevado em decorrência da incidência da agravante da reincidência.

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

³⁰ CARVALHO. op. cit. p. 122.

percebe-se que esses dois grandes expoentes das teorias absolutas também trilham o caminho da rejeição da agravante da reincidência.

Observa-se, pois, que as lições de Kant e de Hegel, malgrado se diferenciem em alguns aspectos (para Kant, a retribuição seria moral, ao passo que, para Hegel, seria jurídica), não respaldam o aumento de pena para o reincidente. No dizer de Regis Prado, “a teoria de Hegel tem em comum com a de Kant, a idéia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade”³¹.

Diferentemente da Escola Positiva, que fundamentou a aplicação da pena (ou medida de segurança) na periculosidade, os clássicos adotaram, como pressuposto da pena, a culpabilidade, considerando que o homem é dotado de livre-arbítrio. Nesse aspecto, na tentativa de fundamentar a reincidência segundo os ditames de um direito penal do fato, muitos autores passaram a afirmar que a culpabilidade do crime praticado pelo reincidente é mais acentuada³².

Com fulcro no princípio da culpabilidade, pode-se afirmar que a pena adequada para retribuir o crime praticado deve se pautar na culpabilidade. Utilizando essa linha de raciocínio, de fato, é bem possível que se chegue à conclusão de que as teorias absolutas podem legitimar a agravante da reincidência. Jorge de Figueiredo Dias, ao discorrer sobre as teorias absolutas, assinala que:

Ultrapassado o período de talião, acabou generalizadamente por se reconhecer que a pretendida igualação não podia ser fática, mas tinha forçosamente de ser *normativa*. Ainda aqui restava porém um largo campo para dúvidas e controvérsias, nomeadamente quanto a saber se a desejada retribuição assumia o caráter de uma *reparação* do dano real, do dano ideal ou de qualquer outra grandeza, se ela ocorria em função do desvalor da fato ou antes da culpabilidade do agente. Neste plano, a controvérsia pode hoje dizer-se terminada: a “compensação” de que a retribuição se nutre só pode ser função da *culpabilidade* do agente.³³

Neste mesmo diapasão, Demétrio Creso, citado por Luiz Régis Prado, afirma que a “função repressiva da pena não mais é vista como retribuição pelo fato,

³¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 554.

³² Contudo, como bem observado por Zaffaroni e Pierangeli, o direito penal de culpabilidade pode, em determinadas situações, caracterizar um direito penal de autor. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p.119.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 93.

mas sim como compensação da culpabilidade (*Schuldausgleich*), e como expiação (*Sühne*)”.³⁴

Assim, os defensores da reincidência, provavelmente estabeleceriam o seguinte silogismo: o reincidente tem uma maior culpabilidade; a pena também deve retribuir a culpabilidade; logo, sobre o reincidente, deve recair uma pena mais grave.

É inegável que a culpabilidade é um elemento de suma relevância tanto para a configuração do crime, quanto para a aplicação da pena. Assim, na dosimetria da pena, o magistrado tem o dever de analisar a culpabilidade do réu e aplicar uma pena mais elevada se considerar a conduta delituosa mais reprovável.

No entanto, o silogismo supracitado não passa de um sofisma. A primeira premissa – segundo a qual a culpabilidade do reincidente é mais acentuada – é bastante questionável, conforme se demonstrará adiante. Ademais, esse raciocínio, necessariamente, retoma o primeiro delito praticado que, de acordo com as teorias retribucionistas, já foi devidamente retribuído pela pena alhures aplicada. Por fim, a retribuição atual, realmente, deve levar em consideração a culpabilidade, mas é mister seja a culpabilidade relacionada ao fato praticado, a fim de que não se adote um Direito Penal do autor.

Conclui-se, pois, que o aumento de pena aplicado para o réu reincidente não se sustenta à luz das teorias absolutas, uma vez que, conforme, brilhantemente, assinala Matteotti:

[...] foi violado, foi negado o direito: uma força igual e contrária ao crime, a pena, restabelece, reafirma o direito; crime e pena são duas abstrações que a justiça humana procura igualar; são elas consideradas, em sua objetividade, além e acima da pessoa agente e sofredora; por isto, o crime é sempre idêntico em si mesmo, quem quer que o tenha cometido, quem quer que seja o seu autor, um egresso do cárcere ou um transviado pela primeira vez: logicamente, portanto, nenhuma diferença, nenhum aumento de pena na reincidência³⁵.

Em que pese Zaffaroni e Pierangeli lecionem que as teorias absolutas ou retribucionistas não possuem adeptos na atualidade³⁶, é forçoso reconhecer,

³⁴ CRESPO, Demétrio apud PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 554.

³⁵ MATTEOTTI apud BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Traduzido por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 15, V. 1.

³⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 120.

consoante ensina Rogério Greco, que “a sociedade em geral se satisfaz e, na verdade, busca tão-somente fazer com que a pena tenha essa finalidade”.³⁷ Desta forma, aqueles que ainda defendem que a pena tem a finalidade exclusiva de retribuir o mal causado deveriam, num exercício de coerência para com as suas premissas teóricas, pugnar pela não aplicação da agravante da reincidência.

2.2.2 Teorias relativas ou utilitaristas

As teorias relativas se baseiam numa idéia de prevenção, ou seja, a imposição de uma pena visa a evitar a prática de novos delitos pelo próprio indivíduo ou pela sociedade. Assim, pode-se afirmar que essas teorias, direta ou indiretamente, têm por escopo cercear a reincidência criminal, eis que, consoante Cezar Bittencourt, “a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinqüir”.³⁸

As teorias relativas, a depender da modalidade de prevenção que se pretende obter, se subdividem em: teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial. Na prevenção especial, a advertência se direciona à pessoa do delinqüente, ao passo que, na prevenção geral, a finalidade da pena está em tentar impedir a prática de delitos pelos demais integrantes do corpo social.

2.2.2.1 Teoria da prevenção geral

A prevenção geral pode ser negativa (por intimidação) ou positiva (por integração). Na prevenção geral negativa, a finalidade é desestimular a prática de delitos, intimidando a sociedade através do temor ou medo. Como defensores da prevenção geral negativa, podemos apontar Beccaria, Bentham, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach.

A outro giro, a prevenção geral positiva objetiva promover a efetivação das normas jurídicas, estimulando a sociedade a respeitar o direito vigente. A prevenção geral positiva pode ser compreendida de dois modos diferentes. Há aqueles, como

³⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 146.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p. 114.

Roxin³⁹ e Hassemer, que defendem uma prevenção geral positiva limitadora⁴⁰. Por outro lado, há quem seja partidário de uma prevenção geral positiva fundamentadora ou totalizadora, como, por exemplo, Jakobs e Welzel. Sobre essa subdivisão, vale conferir as lições de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior:

A prevenção geral positiva limitadora contrasta com a fundamentadora na medida em que define a finalidade da pena, acrescentando um sentido limitador ao poder punitivo do Estado. Enquanto para a teoria fundamentadora o fim pretendido com a imposição da pena é, unicamente, a confirmação da norma e dos valores nela contidos, para a teoria limitadora esta finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc.⁴¹

Deste modo, pode-se afirmar que a teoria limitadora adota uma concepção relativa da prevenção geral positiva, tendo em vista que admite outras funções da pena, objetivando, primordialmente, proteger bens jurídicos mais relevantes e, por outro lado, controlar, limitar o Direito Penal. A diferença entre as duas teorias reside, no dizer de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, no fato de a teoria limitadora admitir “outras finalidades da pena que não, simplesmente, a de confirmar a vigência da norma”⁴².

Se analisarmos com acuidade a teoria da prevenção geral positiva, mormente a sustentada por Jakobs, para quem a função do Direito Penal é assegurar a efetividade da norma jurídica lesada pelo delito, será possível visualizar uma nítida relação de proximidade com a teoria absoluta de Hegel, fundamentada na retribuição jurídica. Nesse sentido, Luiz Regis Prado sustenta que “uma pena justificada pela denominada prevenção geral positiva nada mais é do que a pena retributiva”.⁴³

Pode-se, inclusive, extrair da obra de Jakobs um trecho que corrobora essa constatação, em que o autor apresenta um silogismo bastante similar ao de Hegel:

³⁹ Afirma Gamil Föppel, em nota de rodapé, que “não se pode considerar que Roxin é partidário da prevenção geral positiva limitadora, quando considerada isoladamente, mesmo porque ele mesmo teceu críticas à prevenção geral”. (HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37).

⁴⁰ Cezar Bittencourt informa que Santiago Mir Puig defende a prevenção geral positiva limitadora. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p.134).

⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002, p. 132.

⁴² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002, p. 132.

⁴³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.557.

La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación.⁴⁴

Pode-se observar, portanto, que as diversas teorias relacionadas à prevenção geral não pretendem ressocializar ou neutralizar o autor do delito, mas sim evitar que a sociedade como um todo venha a praticar crimes. Esse objetivo, de certo modo, representa uma maneira de tentar diminuir a criminalidade e, conseqüentemente, os índices de reincidência. É evidente que, dentro do corpo social, há cidadãos que já praticaram condutas delituosas e a pena aplicada ao autor do delito, ao menos na ótica da prevenção geral, também lhes afetará.

Contudo, cumpre aferir se a agravante da reincidência é útil para a prevenção geral de delitos, isto é, se a exacerbação da pena do reincidente tem o condão de influenciar, de maneira mais efetiva, o corpo social a não delinquir. Para essa análise, é necessário confrontar a dosimetria realizada para o réu primário com a dosimetria realizada para o réu reincidente.

A pena fixada em um processo movido contra um réu primário deve ser aquela necessária e suficiente à prevenção e reprovação do crime. Assim, em tese, uma das finalidades almejadas nessa primeira condenação seria evitar que os demais integrantes da sociedade pratiquem crimes. Do mesmo modo, a pena a ser aplicada ao réu reincidente também visa prevenir a ocorrência de futuros delitos por parte do corpo social. Em ambos os casos, portanto, a pena aplicada objetivará intimidar a sociedade (prevenção geral negativa) ou reforçar a confiança no ordenamento jurídico (prevenção geral positiva).

Desta forma, apenas será possível legitimar a agravante da reincidência com base na prevenção geral se for possível constatar, com precisão, que uma pena mais elevada tem o condão de melhor intimidar a sociedade ou reforçar a confiança no ordenamento jurídico.

A princípio, somos levados a pensar que quanto maior a pena aplicada, maior a sua aptidão para atuar sobre os membros da sociedade e para reforçar a confiança na ordem jurídica. Com base nesse raciocínio, poder-se-ia dizer que a

⁴⁴ JAKOBS, Gunther. **¿Qué protege el derecho penal:** bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 64.

aplicação da agravante da reincidência estaria respaldada. Todavia, costuma-se criticar a prevenção geral⁴⁵, afirmando que a mesma possui pouca efetividade, haja vista que a criminalidade continua recrudescendo. A despeito da procedência ou não dessa crítica, o certo é que não se pode asseverar, com exatidão, que uma pena maior intimida mais a sociedade ou reforça ainda mais a confiança no ordenamento jurídico.

É forçoso convir, com Jorge de Figueiredo Dias, que “não se torna possível determinar empiricamente o *quantum* de pena necessário para alcançar tal efeito”⁴⁶. Ora, efetivamente, a aplicação de um pequeno percentual – como é o caso do aumento correspondente à circunstância agravante da reincidência – não é capaz de alterar a duvidosa efetividade da prevenção geral.

Superada essa análise, torna-se possível vislumbrar uma distinção relevante entre as teorias absolutas e as teorias relativas. Consoante já restou evidenciado, as teorias absolutas não se prestam para justificar a agravante da reincidência, haja vista que visam retribuir o mal causado por uma determinada conduta delituosa e esse mal não se torna maior pelo fato de o réu ser reincidente. No que cinge às teorias relativas, o raciocínio a ser empregado para (des)legitimar a agravante da reincidência é completamente diferente, eis que é preciso, agora, fazer um juízo de probabilidade, a fim de aferir se o aumento da pena contribui para a prevenção de delitos. Rogério Greco, diferenciando as teorias absolutas das teorias relativas, leciona que:

Como se pode perceber, os olhares dos adeptos da teoria absoluta, que pregam a retribuição do cometido pelo agente, ao praticar a infração penal, com o mal correspondente à pena, são dirigidos ao passado, ao passo que os seguidores da teoria relativa têm o seu foco voltado para o futuro, vale dizer, com a prevenção de novas infrações penais, sendo esta última, por isso, considerada como uma teoria *utilitarista*, que discorre a respeito da utilidade da aplicação da pena.⁴⁷

⁴⁵ Em relação à teoria da prevenção geral negativa, diversas críticas costumam ser apontadas. Como atesta Roxin, essa teoria não impõe limites ao poder punitivo estatal, eis que deixa “em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar”. Além disso, “não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena”, sendo bastante duvidosa a sua eficácia. Por fim, há evidente instrumentalização do homem, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual Roxin assevera ser “difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal” (ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 23-24).

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 101.

⁴⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 146.

Ressalte-se, porém, que, ao dizer que a teoria absoluta direciona o seu olhar para o passado, o autor se refere ao delito posto sob julgamento. Em outras palavras, o “passado” analisado pela teoria absoluta não deve abranger fatos anteriores diversos da infração penal praticada.

2.2.2.2 Teoria da prevenção especial

A teoria prevenção especial considera que a pena deve atuar sobre o condenado, a fim de que o mesmo não torne a praticar delitos, o que se pretende alcançar mediante a ressocialização (prevenção especial positiva) ou através da segregação, neutralização (prevenção especial negativa). Cumpre esclarecer que, de todas as teorias relativas, aquela que visa, primordialmente, evitar a reincidência é a prevenção especial, tanto a negativa, quanto a positiva.

O penalista alemão Claus Roxin considera que a pena visará corrigir o corrigível (ressocialização), intimidar o intimidável e tornar inofensivo, por intermédio, da pena privativa de liberdade, aqueles que não forem “nem corrigíveis nem intimidáveis”.⁴⁸

Cezar Bittencourt, a seu turno, valendo-se das lições de Von Liszt, afirma que, na prevenção especial, “a aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”. Em seguida, o autor conclui que “essa tese pode ser sintetizada em três palavras: *intimidação, correção e inocuização*”.⁴⁹

A teoria da prevenção especial é alvo de algumas críticas. Quanto à reeducação, entende-se que a mesma não pode ser imposta ao apenado, uma vez que, consoante sustenta Juarez Cirino dos Santos, os “programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitados a casos individuais *voluntários*”. Para o autor, “o Estado não tem o direito de *melhorar pessoas* segundo critérios morais próprios.”⁵⁰ Nesse mesmo sentido

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 20.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: RT, 1993, p. 122.

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 458.

posiciona-se Roxin ao questionar “o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos?”⁵¹

Roxin afirma, também, que a prevenção especial não limita o poder punitivo estatal, assim como possibilita a não aplicação da pena a um crime grave se se demonstrar que o indivíduo não mais voltará a delinquir.

A prevenção especial, em seus dois aspectos, almeja, diretamente, evitar a reincidência. No caso da prevenção especial positiva, considera-se que a ressocialização do apenado teria o condão de impedir que o mesmo, após o cumprimento da pena, volte a praticar crimes. Por outro lado, na hipótese da prevenção especial negativa, a segregação do indivíduo no cárcere, ou seja, através da aplicação de uma pena privativa de liberdade, impediria a reiteração delituosa no período da execução da pena.

Cumprir destacar que a prevenção especial foi defendida pela Escola Positiva, cujos principais expoentes foram Lombroso, Ferri e Garofalo. As teses positivistas sempre estiveram atreladas à noção de periculosidade. O indivíduo considerado perigoso deveria receber tratamento para que não mais voltasse a delinquir. Nesse contexto, os positivistas idealizaram a medida de segurança como forma de conferir ao delinqüente um tratamento por tempo indeterminado. Nesse diapasão, Bettiol assinala que:

Os tipos de delinqüentes esquematizados pelos positivistas são tipos naturalistas-preventivos, visto que existem em função das medidas preventivas que a sociedade deve tomar, a seu respeito, para sua defesa eficaz.⁵²

O reincidente, assim, sempre foi considerado um sujeito de alta periculosidade. No Código Penal de 1940, o reincidente em crime doloso tinha a sua periculosidade presumida e, por essa razão, poderia ser submetido à pena e à medida de segurança, eis que vigia, nessa época, o sistema do duplo binário. Uma das teorias apresentadas para justificar a agravante da reincidência é, justamente, como se demonstrará adiante, a maior periculosidade do reincidente. A teoria da prevenção especial apenas justificaria a exacerbação da pena do reincidente caso

⁵¹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004, p. 22.

⁵² BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 12. V.1.

se entendesse que esse aumento é necessário para a neutralização ou para a ressocialização do apenado.

Com relação à neutralização, não se pode olvidar que a segregação do indivíduo no cárcere, embora dificulte, não impede que o mesmo pratique delitos. Diante da precariedade e da crise vivenciada pelo sistema penitenciário brasileiro, os presos conseguem, seja por conta da corrupção dos funcionários, seja através das visitas, acesso a celulares e outros aparelhos de comunicação, por meio dos quais praticam uma série de crimes, tais como extorsão, tráfico de drogas e homicídios. Com relativa frequência, a mídia apresenta casos de presos que continuam comandando organizações criminosas e determinando, na condição de autores intelectuais, a prática de diversos delitos. Dentro desse cenário fático, a mídia costuma apontar, como exemplos paradigmáticos, as situações que envolveram os presos “Marcola” e “Fernandinho Beira-Mar”. Nessa mesma linha, vale conferir o trecho de uma notícia recentemente veiculada pelo sistema midiático da Bahia:

[...] Na segunda-feira (2), a polícia encontrou na cela do traficante, no pavilhão 4, R\$ 280 mil, duas pistolas, geladeira bem abastecida, TV de plasma, DVD, seis celulares, além de equipamento de ginástica e uma lista com o nome de pessoas que deveriam ser executadas. A Penitenciária Lemos Brito foi o foco principal da Operação Big Bang das polícias Civil e Militar e do Ministério Público. Segundo a polícia, Genilson comandava, de dentro da penitenciária, uma organização criminosa envolvida com tráfico de drogas, assaltos e assassinatos.⁵³

Então, percebe-se não ter o cárcere o poder de impedir a prática de crimes no período de cumprimento da pena privativa de liberdade. O apenado, muitas vezes, encontra no cárcere um ambiente propício para a prática de crimes. Os delitos são praticados tanto dentro quanto fora das dependências do presídio, sendo que, nesse último caso, haverá, na maioria das vezes, concurso eventual ou necessário de pessoas.

A outro giro, entendemos que a agravante da reincidência também não se sustenta numa suposta maior efetividade da ressocialização. Basta analisar o sistema carcerário atual para se perceber que é falaciosa qualquer alegação de ressocialização. Na realidade, a permanência no cárcere termina estimulando a prática de crimes e contribuindo para recrudescer a própria reincidência criminal.

Nesse sentido, vale conferir as lições de Raul Cervini:

⁵³ Notícia veiculada em 03 de junho de 2008. Disponível em: <http://ibahia.globo.com/batv/materias_texto.asp?modulo=2912&codigo=178117>. Acesso em: 27 jul. 2008.

O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloqüentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.⁵⁴

Nessa mesma linha, Paulo Queiroz assevera que “a prevenção especial é um mito, uma vez que a prisão (...) não ressocializa nem redime o criminoso, antes o dessocializa, embrutece, estigmatiza”.⁵⁵

O ideal de ressocialização é facilmente desmitificado pelo “labelling approach”, haja vista que a aplicação e o cumprimento da pena, em vez de facilitar, dificultam ou impedem a ressocialização e a integração social, acarretando o desvio secundário e a inserção do condenado nas carreiras criminais. Nesse sentido, Alessandro Baratta anota que:

[...] a teoria do *labeling approach* se coloca criticamente em face do princípio da prevenção ou do fim, e em particular em relação à ideologia oficial do sistema penitenciário atual: a ideologia da ressocialização. De fato, ao recorrer à diferença entre desvio primário e desvio secundário, as teorias da criminalidade baseadas no *labeling approach* contribuíram para a crítica dos sistemas de tratamento, com um princípio teórico fundamental para esta crítica, que lança luz sobre os efeitos criminógenos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência.⁵⁶

Diante do fracasso da ressocialização, já há doutrinadores sustentando que a reincidência deveria ser circunstância atenuante, justamente com base no argumento de que o tempo no cárcere, em vez de ressocializar, estimula a prática de novos delitos. Assim, seria razoável considerar que o réu faz jus a uma redução de pena pelo fato de ser reincidente. Nesse sentido, leciona Juarez Cirino dos Santos que a passagem pelo sistema penitenciário acarreta deformação e embrutecimento pessoal e, por isso, “de lege ferenda”, deveria a reincidência real ser considerada uma circunstância atenuante. Quanto à reincidência ficta, o autor deixa claro que deveria ser um indiferente penal, não servindo para agravar e nem

⁵⁴ RAUL CERVINI apud GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 151

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 86.

⁵⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p.114.

para atenuar a pena, haja vista que, nesses casos, não houve efetivo cumprimento de pena.⁵⁷

Em verdade, aqueles que entendem ter a pena, notadamente a privativa de liberdade, o poder de ressocializar deveriam ser os primeiros a rechaçar a agravante da reincidência. Ora, se o cárcere, efetivamente, consegue reeducar o apenado, como explicar a prática de um novo crime? Quem acredita na possibilidade de ressocialização deveria, por razões lógicas, defender que a reincidência funcione como circunstância atenuante, haja vista que, de algum modo, o Estado falhou na sua missão ressocializadora.

No futuro, se um dia forem desenvolvidos meios eficazes que assegurem a ressocialização, a agravante da reincidência poderia ser teoricamente sustentada. Não obstante, não se pode olvidar que, ainda nessas condições, esse tipo de prevenção não seria o mais adequado, uma vez que, no dizer de Antônio Garcia-Pablos de Molina, “sob o ponto de vista ‘etiológico’, o conceito de prevenção não pode se desvincular da gênese do fenômeno criminal”, ou seja, “reclama uma intervenção dinâmica e positiva que neutralize suas raízes, suas ‘causas’”.⁵⁸

Com efeito, a prevenção pode ser primária, secundária ou terciária. Na prevenção primária, a intenção é solucionar o problema da criminalidade na sua origem e, segundo Antônio Garcia-Pablos de Molina, “educação e socialização, casa, trabalho, bem-estar social e qualidade de vida são os âmbitos essenciais para uma prevenção primária”⁵⁹.

A prevenção secundária, por sua vez, “atua mais tarde em termos etiológicos: não quando – nem onde – o conflito criminal se produz ou é gerado, senão quando e onde se manifesta ou se exterioriza”. Antônio Garcia-Pablos de Molina acrescenta, ainda, como exemplos de prevenção secundária, “programas de prevenção policial, de controle dos meios de comunicação, de ordenação urbana e

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, p. 570.

⁵⁸ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução da primeira parte: Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 312.

⁵⁹ MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução da primeira parte: Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 312

utilização do desenho arquitetônico com instrumentos de auto-proteção, desenvolvidos em bairros de classes menos favorecidas”.⁶⁰

Por fim, a prevenção terciária é aquela que se confunde com a própria idéia de prevenção especial, eis que atua sobre o apenado, a fim de impedir a reincidência. Trata-se, segundo Gamil Föppel, de “postura mais voltada para modelos que se atêm mais à repressão que à prevenção”.⁶¹

Em verdade, ainda que um dia, no futuro, o sistema penitenciário brasileiro se revele capaz de ressocializar e reeducar o preso (uma missão bastante utópica), não se pode olvidar que as três modalidades de prevenção devem ser aplicadas conjuntamente, sendo preciso priorizar a prevenção primária, a qual, no fundo, é a que tem melhores condições de cercear a criminalidade e, conseqüentemente, a reincidência criminal.

Na conjuntura atual, todavia, não justifica agravar a pena do réu reincidente, sob o pretexto de que uma pena maior poderá melhor ressocializá-lo ou neutralizá-lo. Ao que tudo indica, esse aumento de pena decorrente da agravante da reincidência seria um incentivo maior para a prática de novos delitos, eis que a vida no cárcere é, inegavelmente, uma verdadeira “escola do crime”.

2.2.3 Teorias mistas

As teorias mistas, também chamadas de ecléticas ou unificadoras, são aquelas que defendem a utilização da pena com propósitos retributivos e preventivos. Nestas teorias, portanto, coexistem as finalidades da pena sustentadas tanto pelas teorias absolutas quanto pelas teorias relativas. O nosso Código Penal adotou uma teoria mista, conforme se depreende da expressão “repressão e prevenção do crime”, contida no *caput* do art. 59.

Conforme observa Paulo Queiroz, “sob a rubrica de *unitárias* se reúnem, todavia, formulações das mais diversas tendências e matizes, mais ou menos conservadoras, mais ou menos liberais”⁶². As teorias unitárias, de acordo com parte da doutrina, melhor se harmonizam com o Estado democrático, eis que conseguem

⁶⁰ Ibidem, p. 312.

⁶¹ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.

⁶² QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

limitar mais adequadamente o poder punitivo estatal⁶³. Por outro lado, há autores que criticam as teorias unitárias, sob o fundamento de que a combinação de finalidades não faz desaparecer os vícios apontados em cada teoria. Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, assinala que “as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares”.⁶⁴

No que cinge à agravante da reincidência, consideramos que as conclusões obtidas para as teorias absolutas e relativas são, perfeitamente, extensíveis às teorias mistas.

CONCLUSÃO

Assim, diante dos aspectos abordados para deslegitimar a agravante da reincidência à luz das teorias da pena, chegou-se às seguintes conclusões:

1. A agravante da reincidência pode ser combatida com base nos argumentos sustentados pelas teorias deslegitimadoras da pena (correntes abolicionistas e minimalistas). Com efeito, o sistema penal, diante do seu caráter seletivo e criminógeno, contribui para que o apenado volte a delinquir, razão pela qual não se mostra razoável elevar a pena do reincidente.

2. Nesse mesmo sentido, as lições do “labelling approach” podem ser invocadas para criticar a agravante. A condição de reincidente é uma verdadeira etiqueta, que enseja um desvio secundário e insere o sujeito dentro das carreiras criminais.

3. A incidência da agravante da reincidência não encontra respaldo nas teorias absolutas ou retribucionistas da pena, à medida que se fundamenta em um fato pretérito já devidamente retribuído. Ademais, o mal causado não se torna maior em virtude de o delito ter sido praticado por um reincidente.

4. As teorias relativas também não respaldam a agravante da reincidência também. No tocante à teoria da prevenção geral, demonstrou-se que não se pode estabelecer, com precisão, qual é a quantidade de pena necessária para intimidar o corpo social ou para resguardar o respeito ao direito vigente. Assim, diante da

⁶³ Nesse sentido, por todos: PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.566.

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, p. 485.

duvidosa efetividade da prevenção geral (positiva e negativa), torna-se extremamente complicado fundamentar a exacerbação da pena do reincidente nessas teorias.

5. Quanto à teoria da prevenção especial negativa, destacou-se que, no período de cumprimento de pena no cárcere, o condenado pode perfeitamente praticar delitos, tanto dentro quanto fora das dependências da penitenciária, sendo que, nesse último caso, o crime é cometido por concurso eventual ou necessário de pessoas. Deste modo, não justifica aumentar a pena do reincidente ao argumento de que a neutralização será mais eficaz.

6. No que se refere à teoria da prevenção especial positiva, salientou-se que o discurso ressocializador é falacioso, tendo em vista que o cumprimento de uma pena, sobretudo a privativa de liberdade, termina corrompendo ainda mais o apenado e estimulando a prática de novos delitos. Outrossim, não se pode olvidar que a reincidência é um dado que comprova ter o Estado falhado na sua missão ressocializadora. Assim, também não justifica aplicar a agravante da reincidência ao argumento de que um maior tempo de pena enseja uma ressocialização mais adequada.

Com essas considerações, verificou-se que a agravante da reincidência não atende às finalidades da pena, eis que não se presta para retribuir ou prevenir delitos.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. V.1.
- BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes criminais à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1975.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2008.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad.: Maria Lúcia Karam. 2.ed. Niterói: Luam, 1997.
- JAKOBS, Gunther. **¿Qué protege el derecho penal**: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução aos seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais. Tradução da primeira parte: Luiz Flávio Gomes e Davi Tangerino. 5.ed. São Paulo: RT, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

A ESTRUTURA JURÍDICA NO BRASIL COLONIAL - CRIAÇÃO, ORDENAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO

Leandro Fazollo Cezario⁶⁵

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ESTRUTURA JURÍDICA DO IMPÉRIO PORTUGUÊS. 3 INÍCIO DA JUSTIÇA NO BRASIL COLÔNIA. 3.1 ESTRUTURA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL COLÔNIA. 3.1.1 PRIMEIROS TRIBUNAIS NO BRASIL COLÔNIA. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O período historicamente denominado Brasil Colônia – em que o Brasil esteve sob domínio de Portugal – compreende os anos de 1500 até 1822.

Procuraremos esmiuçar toda a complexidade estrutural do sistema judicial brasileiro neste período colonial, desde a sua criação, suas influências, a sua implementação e a sua consolidação, que reflete no modelo vigente nos dias atuais.

Para destrincharmos e compreendermos a estrutura judicial no Brasil Colônia é preciso, de antemão, conhecermos um pouco do que foi a estrutura jurídica portuguesa à época.

2 ESTRUTURA JURÍDICA DO IMPÉRIO PORTUGUÊS

Cabia ao rei a administração da justiça. Em muitos documentos e leis, a justiça é considerada a primeira responsabilidade do rei.

O ordenamento e toda a estrutura jurídica portuguesa estavam reunidos nas Ordenações.

Três grandes compilações formavam a estrutura jurídica portuguesa. O primeiro a ordenar uma codificação foi D. João I, que reinou de 1385 a 1433. A elaboração atravessou o reinado de D. Duarte, a regência de D. Leonor, sendo promulgadas pelo recém-coroadado Afonso V, que, apesar de nada ter contribuído para a obra, deu-lhe nome: Ordenações Afonsinas, que vigoraram de 1446 a 1521, ano em que D. Manoel promulgou a que levou seu nome: Ordenações Manoelinas, fruto da revisão das Afonsinas e da recompilação das leis extravagantes⁶⁶. Depois das Manoelinas, Duarte Nunes de Leão recompilou novas leis extravagantes, até 1569, publicação muito conhecida por Código Sebastião, apesar de não ter havido participação ativa de D. Sebastião. Uma nova revisão das Ordenações foi encomendada pelo rei Filipe II a grupo de juristas chefiado por Damião de Aguiar, que as apresentou e obteve aprovação, em 1595, somente impressa e entrada em vigor em 1605 com o nome de Ordenações Filipinas.⁶⁷⁻⁶⁸

⁶⁵ Acadêmico do curso de Direito no Centro Universitário Vila Velha - UVV. Vila Velha, ES

⁶⁶ Leis acessórias ao código.

⁶⁷ CARRILLO, Carlos Alberto. Memória da Justiça Brasileira. Salvador: Tribunal de Justiça, 1997, p. 37-38.

As Ordenações abrangiam juridicamente não só a sede do império, mas também suas colônias, porém, nem todas as leis eram de fácil aplicação no Brasil (assim como em outras colônias, onde muitas leis precisaram ser adaptadas), devido às peculiaridades culturais ou à falta de condições (de aplicação).

3 INÍCIO DA JUSTIÇA NO BRASIL COLÔNIA

Em 1530 chega ao Brasil a primeira expedição colonizadora, chefiada por Martim Afonso de Sousa. Foi-lhe concedido plenos poderes, tanto judiciais quanto policiais; assim como aos donatários das capitanias hereditárias, que também gozavam dos mesmos poderes.

Devido a abusos nas funções judiciais que alguns cometiam, houve uma estruturação do judiciário (que iniciou-se em 1549, com a instalação do Governo-Geral, por Tomé de Sousa).

Junto com o Governador-Geral veio o Desembargador Pero Borges, que desempenhou a função de administrador da Justiça, no cargo de Ouvidor-Geral.

Cada capitania tinha um Ouvidor da Comarca, que solucionava as pendengas jurídicas nas vilas.

Caso alguém se sentisse prejudicado com alguma decisão do Ouvidor da Comarca, poderia recorrer ao Ouvidor-Geral, que ficava na Bahia.

Devido à complexidade e especificidades das funções judiciais da época (as funções judiciais confundiam-se com as funções administrativas e também com as funções policiais) haviam outros responsáveis pela efetivação das atividades jurisdicionais nas comarcas: chanceleres, contadores e vereadores, que formavam os Conselhos ou Câmaras Municipais.

Na Bahia surgiram os Juízes do Povo, que eram eleitos pela população.⁶⁹ Também houve os almotacés⁷⁰, que tinham jurisdição restrita (assim como os Juízes do Povo). Os almotacés julgavam as causas relacionadas a obras e construções; e de suas decisões cabiam recursos para os ouvidores da comarca.

Com o tempo o Corregedor passou a ter mais poderes sobre os ouvidores e juízes, tornando-se a autoridade judiciária superior nas Comarcas.

3.1 ESTRUTURA DO JUDICIÁRIO NO BRASIL COLÔNIA

Com a chegada da corte real ao Brasil, vieram, também, os juízes, que eram chamados de ouvidores do cível e ouvidores do crime (o nome variava conforme a especialidade que julgavam). Estes juízes formaram o que denominou-se Casa da Justiça da Corte.

Além das Ordenações, as fontes normativas utilizadas pelo judiciário da época eram:

⁶⁸ As Ordenações foram expressamente revogadas pelo atual Código Civil, no artigo 1807.

⁶⁹ Existiram de 1644 até 1713.

⁷⁰ Foram extintos por Lei de 26 de agosto de 1830.

“Lex Romana Wisigothorum – direito comum dos povos germânicos;

Privilégios – direitos assegurados aos nobres pelos reis;

Forais – leis particulares locais, asseguradas pelos reis.”⁷¹

Com a expansão do reino pela reconquista do território da península ibérica aos mouros, e a uniformização das normas legais, consolidadas nas Ordenações do Reino (Afonso de 1480, Manoelinas de 1520 e Filipinas de 1603), foram surgindo outras figuras para exercerem a função judicante e aplicarem as diversas formas normativas:

Juízes da Terra (ou juízes ordinários) – eleitos pela comunidade, não sendo letrados, que apreciavam as causas em que se aplicavam os forais, isto é, o direito local, e cuja jurisdição era simbolizada pelo bastão vermelho que empunhavam (2 por cidade).

Juízes de Fora (figura criada em 1352) – nomeados pelo rei dentre bacharéis letrados, com a finalidade de serem o suporte do rei nas localidades, garantindo a aplicação das ordenações gerais do Reino.

Juízes de Órfãos – com a função de serem guardiões dos órfãos e das heranças, solucionando as questões sucessórias a eles ligados.

Provedores – colocados acima dos juízes de órfãos, para o cuidado geral dos órfãos, instituições de caridade (hospitais e irmandades) e legitimação de testamentos (feitos, naquela época, verbalmente, o que gerava muitos problemas).

Corregedores – nomeados pelo rei, com função primordialmente investigatória e recursal, inspecionando, em visitas às cidades e vilas que integravam sua comarca, como se dava a administração da Justiça, julgando as causas em que os próprios juízes estivessem implicados.

Desembargadores - magistrados de 2ª instância, que apreciavam as apelações e os recursos de suplicação (para obter a clemência real). Recebiam tal nome porque despachavam (“desembargavam”) diretamente com o rei as petições formuladas pelos particulares em questões de graça e de justiça, preparando e executando as decisões régias. Aos poucos, os reis foram lhes conferindo autoridade para tomar, em seu nome, as decisões sobre tais matérias, passando a constituir o Desembargo do Paço.⁷²

A Casa da Justiça da Corte passou, então, a se chamar Casa da Suplicação, mudando também sua função, constituindo-se um tribunal de apelação.

A Casa da Suplicação era formada por duas mesas, uma cível (do Cível) e uma criminal (do Crime), também conhecida como “casinha” e formalmente chamada de Desembargo do Paço (julgava as apelações criminais onde a pena imputada fosse a pena de morte, podendo ser agraciada, ou não, com a concessão da clemência real.

Em 1521 o Desembargo do Paço transformou-se em corte independente e especial.

⁷¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 22 de nov. de 2009. Acesso em 22 de novembro de 2009.

⁷² Idem.

Em 1532 foi criada a Mesa de Consciência e Ordens para resolver os casos jurídicos e administrativos que contavam com foro privilegiado, que eram os que referiam-se às ordens militar-religiosas: Ordem de Cristo, Ordem de Avis e Ordem de Santiago. Com o tempo a Mesa de Consciência e Ordens excedeu suas funções e passou a julgar as causas eclesiásticas que envolviam os clérigos do reino.

Com a instituição dos Tribunais de Relação⁷³ como cortes de 2ª instância, a Casa da Suplicação passou a ser a Corte Suprema para Portugal e as Colônias.

“Assim, a Casa da Suplicação passou a ser o intérprete máximo do direito português, constituindo suas decisões assentos que deveriam ser acolhidos pelas instâncias inferiores como jurisprudência vinculante.”⁷⁴

O Corregedor ou o Provedor é quem decidia o que podia ser considerado como instância última (a indicação das instâncias recursais variava pelo valor da causa) e, conforme o valor, a apelação poderia ser direta para o Tribunal de Relação.

“Essa é a origem do instituto da alçada como limite valorativo para revisão de determinada decisão.”⁷⁵

3.1.1 PRIMEIROS TRIBUNAIS NO BRASIL COLÔNIA

Em 1587, Filipe II criou um Tribunal de Relação no Brasil: o Tribunal de Relação da Bahia.⁷⁶ Com a criação desse órgão colegiado, houve um declínio nos poderes dos ouvidores.

Sob pressão dos Governadores-Gerais (que controlavam os ouvidores⁷⁷), o tribunal de Relação da Bahia foi extinto em 1626, voltando a ser reinstalado em 1652, desta vez como Corte Superior Brasileira.

Em 1734 foi criado o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro⁷⁸ (para desafogar o excesso de processos que comprometiam o bom funcionamento do Tribunal de Relação da Bahia).

O Tribunal de Relação do Rio de Janeiro era formado por 10 Desembargadores (divididos em 4 Câmaras de 2 ou 3 juízes).

Uma missa era celebrada antes das sessões “para que as decisões a serem tomadas fossem presididas pelo ideal de Justiça.”⁷⁹

⁷³ Subsequentemente foram criadas as Relações do Porto, para Portugal; da Bahia, para o Brasil; e de Goa, para a Índia.

⁷⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira. Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 22 de nov. de 2009. Acesso em 22 de novembro de 2009.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ O Tribunal de Relação da Bahia foi efetivamente instalado somente em 1609.

⁷⁷ Em 24 de março de 1708 foi expedido um Alvará versando que “os ouvidores das capitanias eram juízes da coroa e não dos donatários”.

⁷⁸ O Tribunal de Relação do Rio de Janeiro foi efetivamente instalado somente em 1751.

⁷⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira. Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 22 de nov. de 2009. Acesso em 22 de novembro de 2009.

Em 1758 foi criada a Junta de Justiça do Pará, que era um órgão recursal colegiado de nível inferior aos Tribunais de Relações. Era presidida pelo Governador da província e formada por 1 ouvidor, 1 intendente, 1 Juiz de Fora e 3 vereadores. Adotavam uma forma processual sumária.

A partir de 1765 foram criadas outras juntas semelhantes, abrangendo localidades distantes. “Assim (...) foi se estruturando a Justiça no Brasil, através da criação de Cortes de Justiça responsáveis pela revisão das sentenças dos magistrados singulares de 1º grau.”⁸⁰

A partir do século XVII começam a funcionar tribunais e juizados especializados: Juntas Militares e Conselhos de Guerra (para julgar os crimes militares e crimes conexos); Juntas da Fazenda (para apreciar as questões alfandegárias, tributárias e fiscais); Juntas do Comércio (para apreciar as questões econômicas, envolvendo também a agricultura, navegação, indústria e comércio).⁸¹

Já no fim do período colonial, o Brasil possuía seus tribunais e magistrados próprios, porém as instâncias recursais superiores encontravam-se em Portugal.

A estrutura da Justiça brasileira, no fim do período colonial era a seguinte:

1ª Instância

Juiz de Vintena (Juiz de paz para os lugares com mais de 20 famílias, decidindo verbalmente pequenas causas cíveis, sem direito a apelação ou agravo (nomeado por um ano pela Câmara Municipal).

Juiz Ordinário (eleito na localidade, para as causas comuns);

Juiz de fora (substituía o ouvidor da comarca).

2ª Instância

Relação da Bahia (de 1609 a 1758, teve 168 Desembargadores);

Relação do Rio de Janeiro.

3ª Instância

Casa da Suplicação;

Desembargo do Paço;

Mesa da Consciência e Ordens.⁸²

Com a vinda da família real ao Brasil em 1808, a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa da Suplicação para todo o Reino, com 23 desembargadores (Alvará de 10 de maio de 1808), criando-se, então, as Relações do Maranhão, em 1812, e de Pernambuco, em 1821.

Como órgãos superiores das jurisdições especializadas, foram instituídos nessa época:

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

Conselho Supremo Militar (Alvará de 1 de abril de 1808);

Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens (Alvará de 22 de abril de 1808);

Juiz Conservador da Nação Britânica (Decreto de 4 de maio de 1808), como garantia de foro privilegiado para os súditos ingleses, sendo exercido por um juiz brasileiro, mas eleito pelos ingleses residentes no Brasil e aprovado pelo embaixador britânico (foi mantido após a independência brasileira, como parte do tratado de reconhecimento da independência pela Inglaterra, sendo extinto pela Lei de 7 de dezembro de 1831);

Intendente Geral de Polícia (Alvará de 10 de maio de 1808), com jurisdição sobre os juízes criminais, que recorriam para ele, podendo prender e soltar presos para investigação;

Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas, Navegação do Estado e Domínios Ultramarinos (Decreto de 23 de agosto de 1808).⁸³

4 CONCLUSÃO

É de se notar – e impossível deixar que passe despercebido aos olhos mais atentos – que a burocracia está no âmago da Justiça brasileira desde o seu nascimento, desde a sua criação. O sistema judicial e o sistema jurídico (com diferenças entre ambos, no que tange à semântica) herdaram uma estruturação altamente burocrática e, talvez, por isso, devido aos vários postos e cargos que engendram a máquina judiciária – no passado e hodiernamente – temos uma Justiça arcaica e lenta.

Também não podemos deixar de frisar o papel que o sistema jurídico teve nos primeiros séculos, onde serviu tão somente como instrumento de manutenção do poder imperial português; onde não havia uma justiça plena e igualitária como a “conhecemos” nos dias modernos (ou pelos menos como pretendemos que ela seja).

Segundo Wolkmer, durante o período colonial, os bacharéis brasileiros eram preparados e treinados para servir aos interesses da administração colonial. A arrogância profissional, o isolamento elitista e a própria acumulação do trabalho desses magistrados (...) motivaram as forças liberais para desencadear a luta por reformas institucionais, sobretudo, para alguns, no âmbito do sistema de justiça.⁸⁴

Não atentemos somente às críticas negativas, pois também é louvável a evolução que o sistema jurídico brasileiro experimentou neste período, com uma estrutura complexa (um sinal positivo, por que não?), pois é na complexidade que as várias formas de pensar se encontram e interagem, formando – ou ao menos tentando formar – e experimentando, um Direito moderno e evolutivo por natureza.

⁸³ Idem.

⁸⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Estados, Elites e Construção do Direito Nacional. IN: **Historia do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRILLO, Carlos Alberto. **Memória da Justiça Brasileira**. Salvador: Tribunal de Justiça, 1997.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução Histórica da Estrutura Judiciária Brasileira. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm>. Acesso em 22 de nov. de 2009.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do Direito . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>>. Acesso em: 21 dez. 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Historia do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

As ilegais restrições a candidatos casados e maiores de 24 anos nos concursos das Forças Armadas.

Jair Soares Júnior

(Defensor Público Federal, chefe da DPU/MS, pós-graduado em Direito das Relações Sociais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/MS e pós-graduado em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco/RJ).

É comum nos concursos de admissão no estágio de adaptação de graduação a Sargentos das Forças Armadas a presença de cláusulas editalícias contendo, dentre outras, as seguintes exigências para a inscrição:

- *não possuir menos de 17 (dezesete) anos de idade na data da matrícula e nem vir a completar 24 (vinte e quatro) até a data de matrícula.*
- *estar na condição de solteiro.*

As exigências acima apontadas podem configurar ato abusivo e ilegal, impedindo a inscrição de candidatos em condições de assumir o cargo público, razão pela qual, na maior parte das vezes, se faz necessária a prestação da tutela jurisdicional no sentido de se impedir o indeferimento da inscrição no concurso público sob o fundamento de não estarem os candidatos dentro do limite de idade previsto ou na “condição” de solteiro.

A Carta Política de 1988 previu o Regime Jurídico dos Militares, dispondo, em seu art. 142, inciso X, acrescentado pela EC nº 18/98, as seguintes determinações, *verbis*:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

(...).

X – a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra (Grifou-se).

Como se pode observar, o comando constitucional é bastante claro **ao condicionar qualquer limitação ao ingresso nas Forças Armadas à reserva absoluta de lei.**

Impende destacar, nesse diapasão, que não há, nem poderia haver, na legislação militar, qualquer limitação quanto ao ingresso de pessoas que sejam casadas ou que tenham completado 24 (vinte e quatro) anos de idade no momento da matrícula nas Escolas Oficiais Especializadas das Forças Armadas, não podendo o edital ou qualquer outra norma infralegal, por tal razão, restringir o acesso a cargos públicos sem base legal, por violar não apenas o **princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos**, como, também, os **princípios da legalidade estrita, da isonomia e da razoabilidade**, a que se encontra inexoravelmente vinculado o Administrador Público, quer seja ele civil, quer seja militar.

A jurisprudência de nossos Areópagos é firme ao se posicionar pela inconstitucionalidade da previsão, em cláusulas editalícias, de requisitos de ingresso a cargos públicos não previstos expressamente na lei, assim como quando a limitação não atenda aos ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, consoante se pode constatar pelos acórdãos ora colacionados:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. LIMITE DE IDADE. POSSIBILIDADE.

O c. Supremo Tribunal Federal e esta Corte tem se manifestado pela legalidade de disposição editalícia na qual são previstos limites de idade mínimo e máximo para o ingresso nas carreiras militares, em razão da atividade peculiar por eles exercida, desde que tal limitação, também esteja prevista em legislação específica. Precedentes. Recurso desprovido. (RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 18925; Órgão Julgador: QUINTA

TURMA – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Rel Min. FELIX FISCHER DJ DATA:01/07/2005 PÁGINA:569). Grifou-se.

.....

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TUTELA CAUTELAR. CONCURSO PÚBLICO DE ADMISSÃO AO CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTO DA AERONÁUTICA. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE.

I - Assegurar a participação de candidato em concurso público, afigura-se medida cautelar adequada a garantir o resultado útil da demanda, onde se discute sobre a legitimidade da limitação de idade prevista no edital que rege o certame.

II - Se a Constituição Federal reservou para a lei ordinária a disciplina do limite de idade para ingresso nas Forças Armadas, somente por lei esse limite poderá ser estabelecido, em obediência ao princípio da reserva legal, hipótese essa não demonstrada nos autos, posto que os dispositivos legais com que a União Federal procura demonstrar sua pretensão (Lei nº 6.880/80, artigos 10 e 11, e Lei nº 9.786/99, art. 17, inciso VII), não delegam competência ao Sr. Ministro de Estado da Defesa, para o estabelecimento do limite de idade em referência.

III - Agravo de instrumento desprovido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200501000202741; Órgão Julgador: SEXTA TURMA TRF - PRIMEIRA REGIÃO; Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE DJ DATA: 30/1/2006 PAGINA: 74). Grifou-se.

.....

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO DE ADMISSÃO AO ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO DE SARGENTO DA AERONÁUTICA. LIMITE DE IDADE DIFERENTE PARA CIVIS E MILITARES.

1. O ato coator foi aquele que impediu a impetrante de se inscrever para o concurso, praticado pelo Comandante da Escola de Especialistas da Aeronáutica. Uma vez admitida a sua inscrição, ainda que por força de determinação judicial, obtendo êxito no certame e concluindo o curso, a promoção a terceiro sargento é um

direito seu, não lhe podendo ser negada sob a afirmativa de não ter aquela autoridade competência para tal desiderato.

2. A Constituição Federal de 1988 dispõe que a limitação de idade ao ingresso a cargo público deve ser justificada pela natureza da função, além de ser estabelecida em lei.

3. Inexistindo lei que regulamente os limites de idade na carreira militar, deve se afastar a possibilidade de limitação infralegal.

4. Ademais, ofende o princípio da razoabilidade estabelecer limites distintos para candidatos civis e militares, não tendo correlação lógica permitir a inscrição de militar com idade até 38 anos e de civil até 26.

5. *Apelação e remessa oficial improvidas.* (APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 215878; Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA; TRF - TERCEIRA REGIÃO; Rel. JUIZA CECILIA MARCONDES; DJU DATA:20/09/2006 PÁGINA: 514). Grifou-se.

.....

.....

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. CONCURSO DE ADMISSÃO AO ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO DE SARGENTO. LIMITE DE IDADE. AUSÊNCIA DE LEI EM SENTIDO ESTRITO. LIMITAÇÃO NECESSÁRIA AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. As limitações à acessibilidade aos cargos públicos militares em função da idade são admissíveis desde que, previstas em lei em sentido estrito, possam justificar-se pelas exigências e características das atribuições daqueles cargos.

2. O edital do Concurso de Admissão ao Estágio de Adaptação à graduação de Sargento da Aeronáutica que estabelece idade máxima de 24 anos para a inscrição, sobre ofender o princípio da legalidade não contempla limitação justificável.

3. *Apelação e remessa oficial improvidas.* (APELAÇÃO CÍVEL; Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA TRF - QUARTA REGIÃO; Rel. MARIA HELENA RAU DE SOUZA; DJU DATA:01/09/2004 PÁGINA: 669). Grifou-se

Como se não bastasse, mesmo que norma legal houvesse que impusesse restrição ao ingresso de pessoas que sejam casadas e que tenham completado 24 (vinte e quatro) anos de idade na data da matrícula para os concursos públicos de admissão no estágio de adaptação de graduação a Sargentos das Forças Armadas, esta norma não se enquadraria no *conteúdo jurídico constitucional do princípio da razoabilidade*.

Com efeito, o *princípio da razoabilidade*, conforme já sedimentado na doutrina pátria, exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração Pública e os fins que ela visa alcançar.

A proporcionalidade deve ser aferida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundos padrões comuns na sociedade em que se vive e não pode ser medida nos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.

Embora uma norma deixe espaço livre para decisões administrativas, segundo critérios de oportunidade e de conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução.

Destarte, se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração Pública terá exorbitado os limites da discricionariedade e o Poder Judiciário não apenas poderá como **deverá** corrigir a ilegalidade.

Não é outra a conclusão do invulgar Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁵, a saber:

“É claro que a lei não faculta a quem exercita atividade administrativa adotar providências ilógicas ou desarrazoadas. Outrossim, como os poderes administrativos são meramente instrumentais, isto é servientes de um dado escopo normativo, a validade de seu uso adscrive-se ao necessário para alcançá-lo. Toda demasia, todo excesso, toda providência que ultrapasse o que seria requerido para – à face dos motivos que a suscitaram – atender o fim legal, será uma extralimitação da competência e, pois, uma invalidade, revelada na desproporção entre os motivos e o comportamento que nele se queira apoiar.

85 *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, editora Malheiros, 2ª edição, 7ª tiragem, p. 96.

A razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, assujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável.”

O fato da lei conferir ao administrador certa liberdade significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, contudo, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu desejo, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração Pública para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada.

Noutra vertente, ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar.

E é nessa visão de respeito e necessária observância ao princípio da razoabilidade que se constata que a exclusão de candidato em concurso público, pelo simples fato de ter ser casado ou de ter completado 24 (vinte e quatro) anos de idade no momento da matrícula, padece do vício de inconstitucionalidade, não devendo, por tal motivo, ser utilizado para impedir a inscrição no certame.

Ademais, pergunta-se: qual a evidência de inexistência de condições para o exercício do cargo pretendido caso não atendidas as exigências acima apontadas?

A criação de exigências desarrazoadas para inscrição em concurso público, infelizmente, não é de rara ocorrência e os Tribunais de Segunda Instância e as Cortes Superiores Pátrias, sempre que são chamadas a se manifestarem sobre o assunto, não têm pestanejado em afastá-las, como se pode depreender das seguintes ementas trazidas à colação:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO - REQUISITOS - LIMITAÇÃO – IDADE MÍNIMA - IMPOSSIBILIDADE.

1 - Uniforme e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça sobre não se poder limitar o acesso a cargos públicos impondo-se limite de idade. Aplicação, pela Administração, do princípio da razoabilidade dos atos públicos, levando-se em consideração a natureza do cargo pretendido.

2 - A exigência de idade mínima em concurso público deve ser aferida no momento da posse, por ser tal requisito relativo à atuação da função e, não na ocasião da inscrição para o provimento do cargo.

3 - Precedentes do STF (RE nº 156.404/BA) e STJ (RMS nº 1.511/CE e 14.156/PE).

4 - Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a ordem e determinar que seja feita a inscrição definitiva do impetrante no referido certame público. Custas ex lege. Sem honorários advocatícios, a teor das Súmulas 105/STJ e 512/STF. (RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 13902; STJ QUINTA TURMA; Rel Min. JORGE SCARTEZZINI; DJ DATA:17/02/2003 PÁGINA:307).

.....
 .
AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. TESTE FÍSICO.

1. Estando presentes os requisitos da plausibilidade jurídica do pedido, fundada no princípio da razoabilidade, bem como o perigo de dano irreparável, em virtude da não-participação nas demais fases do certame, cumpre assegurar ao candidato o prosseguimento no concurso para ingresso no curso preparatório de Cadetes do Ar enquanto discute sua eliminação no teste físico (Lei 1.533/51, art. 7º, II).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200501000042692; TRF - PRIMEIRA REGIÃO; SEXTA TURMA; Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES; DJ DATA: 2/10/2006 PAGINA: 132).

Vale ressaltar que a aptidão física para suportar os esforços necessários para o exercício da função deverá ser aferida em inspeção de saúde, etapa própria

do certame, quando os candidatos de todas as idades serão avaliados quanto às suas condições físicas.

Não resta dúvida de que viola o princípio da razoabilidade a exigência dos candidatos ao posto de Sargento das Forças Armadas não possuírem idade superior a 24 (vinte e quatro) anos ou estarem na “condição” de solteiro, uma vez que não guarda qualquer proporcionalidade com os fins perseguidos pela Administração Pública, ou seja, a escolha do melhor candidato, violando, assim, a súmula 683 do Supremo Tribunal Federal⁸⁶.

Ademais, a exigência editalícia de que o candidato não ostente a “condição” de casado viola frontalmente o princípio da isonomia, uma vez que dá tratamento jurídico diferente a pessoas que se encontram na mesma situação.

Com efeito, o princípio da isonomia, pilar central em que se sustenta o nosso Estado Democrático de Direito, impõe uma série de exigências, dentre as quais se destaca a impossibilidade de se impor regimes jurídicos distintos a certas pessoas ou grupos de pessoas, com base em situações ou circunstâncias não prestigiadas pelos interesses protegidos pela Constituição da República.

Nesse diapasão, não basta que haja pertinência lógica entre o discrimen e o motivo elencado para atribuir tratamento jurídico diferente, é necessário que o fundamento lógico usado para justificar a desequiparação de tratamento tenha arrimo na própria Constituição.

Vale trazer à baila, mais uma vez, as elucidativas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello que, em sua clássica obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*⁸⁷, assevera a violação à isonomia quando usado critério diferenciador não amparado pelos preceitos protegidos pelo Poder Constituinte, *verbis*:

“À guisa de conclusão deste tópico, fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se oriente na linha

86 Súmula 683 do STF: O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

87 Editora Malheiros, 3ª edição, 11ª tiragem, 2003, p. 43

de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.”

Nesse contexto, não há como se negar que o discrimen motivador da desequiparação de regimes, qual seja, a existência de ser *candidato solteiro* vilipendia frontalmente os mais comezinhos preceitos protegidos para Carta Magna, que dispõe, com todas as letras, que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado* (art. 226 da CF).

Ora, injustificável a exigência de que o candidato ao cargo de Sargento das Forças Armadas não seja casado, até porque o fato de ser casado não prejudica essa atividade e nada impede que o candidato solteiro se case logo após a aprovação no concurso público.

Dessa forma, concluímos serem violadoras dos princípios constitucionais da ampla acessibilidade aos cargos públicos, da estrita legalidade, da isonomia e da razoabilidade as exigências, nos editais de concursos públicos de admissão no estágio de adaptação de graduação a Sargentos das Forças Armadas, que condicionem a inscrição apenas a candidatos que não tenham completado 24 (vinte e quatro) anos de idade no momento da matrícula ou que não ostentem a “condição” de casados, devendo ser extirpadas dos futuros editais dos concursos públicos tais limitações à inscrição dos candidatos, uma vez que não são compatíveis com os preceitos dispostos na Constituição da República.

A Interrupção do Fornecimento dos Serviços Públicos Essenciais pelo Inadimplemento do Usuário em Relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Flávia Silva Vaz Rodrigues e
Manuela de Vasconcelos Zanin¹

CASO:

José da Silva, sua esposa e dois filhos pequenos, de 3 e 5 anos de idade viviam na cidade de São Paulo.

José, trabalhador de uma indústria metalúrgica há mais de 10 anos, perdeu o emprego, pois a indústria empregadora, num corte de gasto, mandou embora dezenas de trabalhadores.

Despedido, José passou a viver com a quantia do seguro desemprego. Porém, após 3 meses, esses valores se esgotaram, pois usaram-no para o pagamento dos aluguéis da casa onde moram, já que infelizmente não possuem imóvel próprio.

Com dificuldades para manter a subsistência própria e de sua família, José deixou de pagar as contas de água e energia elétrica, ressaltando que sempre foram pagos em seus vencimentos, mas devido à situação mencionada estas não foram quitadas no prazo previsto no boleto bancário.

Devido ao inadimplemento de José, a Concessionária responsável pela prestação desses serviços públicos essenciais, suspendeu o seu fornecimento, deixando a família sem água e energia elétrica.

Diante do caso acima exposto, pergunta-se:

Será esta a melhor maneira da concessionária cobrar pelo inadimplemento de José?

¹ Acadêmicas do 6º período do Curso de Direito da Faculdade Barretos – FB.

² Agrv. nº. 1.216.127-3 – São Carlos - Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Atualmente, há divergências quanto à possibilidade da suspensão dos serviços públicos essenciais pelo inadimplemento do usuário. Questiona-se, se é ou não um ato abusivo dos fornecedores ao utilizar desse meio como sendo a única forma de obrigar o usuário a pagar suas tarifas.

Primeiramente, o art. 22 da Lei 8.078/90 (CDC), dispõe que os órgãos públicos direta ou indiretamente, por meio de seus delegados “*são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*”. Já o art. 42, do mesmo diploma legal, não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dispositivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.²

Estas disposições entram em conflito com a regra da Lei nº. 8987/95, no art. 6º, § 3º, II, no qual autoriza a suspensão do serviço essencial pelo inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade e dispondo que, por este motivo, não caracteriza descontinuidade do serviço.

Também pode ser observado na Lei nº. 8987/95 em seu art. 7º, VI, que o consumidor dos serviços essenciais deve contribuir para o bom funcionamento do mesmo, devendo ser garantido o interesse da coletividade e não o individual, esta através das tarifas que as concessionárias cobram pela prestação serviço, para poder prestar um serviço de qualidade para toda a população

“Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.”

Com isto é obrigação do consumidor contribuir com tal pagamento para o fornecimento, não podem deixar de serem pagas devidamente, pois se deixarem de fazer o pagamento desta tarifa, o serviço mesmo sendo considerado essencial poderá ser cancelado. Pois tal procedimento está estipulado no contrato, que a concessionária e o consumidor fazem para garantir a boa prestação do serviço.

Existem situações em que estes serviços não podem de jeito algum ser cancelados, que é o caso dos hospitais e se em uma residência existir algum enfermo que não pode de ficar sem estes serviços, com, por exemplo, uma pessoa que precise ficar em um balão de oxigênio para que possa se manter vivo.

Podendo ser observado, que nestes casos, em se tratando de serviços públicos, deve ser visto o interesse coletivo, e salvo situação de necessidade o interesse individual, pois a população paga por um serviço de qualidade, e se as concessionárias nunca fizerem o corte quando o indivíduo esta em inadimplemento, a qualidade do serviço não será de qualidade para a população.

Diante disto, surge o problema, como acima mencionado, se a suspensão dos serviços públicos essenciais é prática abusiva por parte dos fornecedores, e se os mesmos violam o princípio da continuidade, além dos princípios fundamentais da pessoa humana protegidos pela Constituição Federal.

O art. 175, da CF dispõe que cabe ao Poder Público, na forma da lei, direta ou indiretamente por seus delegados a prestação de serviços públicos e em seu inciso IV, a obrigação de mantê-lo adequado.

Serviço Público no entendimento de Hely Lopes Meirelles “*é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundária da coletividade ou simples conveniência do Estado.*” (MEIRELLES, 2009, p. 332).

Para Celso Antonio Bandeira de Mello “*serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo*”. (MELLO; 2008, p. 665).

Quanto ao inciso IV do dispositivo supra, impõe-se ao Poder Público a obrigação de manter a prestação de serviços públicos adequados. O art. 6º e seus §§ da Lei 8.987/95 dizem que serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modalidade das tarifas, “*explicitando como se deve entender cada uma dessas condições e como elas se caracterizam. Faltando qualquer desses requisitos ou condições em um serviço público ou de utilidade pública, é dever da Administração intervir para restabelecer seu regular funcionamento ou retomar sua prestação*”. (MEIRELLES, 2009, p. 337-338).

Ainda estabelece o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que os serviços públicos devem ser adequados e também, contínuos. Deste modo, é imprescindível a presença

do princípio da continuidade nas prestações de tais serviços, pois com sua interrupção, os prejuízos podem ser irreparáveis.

O art. 10, da Lei n.º. 7783/89 elenca quais são os serviços públicos essenciais.

Assim:

“Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária”.

Também No Código de Defesa do Consumidor, o usuário tem o seu direito de receber o serviço, nos termos do artigo 6º, onde são direitos básicos do consumidor a prestação adequada e eficaz dos serviços públicos em geral. *In verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] X- a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal, versa sobre princípios aos quais a administração pública deve obedecer para que se concretize a adequação e eficiência dos serviços públicos. Veja:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”[...]

Com efeito, a Lei nº. 8078/90 (CDC) obedece a vários princípios constitucionais, sendo os da intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da garantia à segurança e à vida (*caput* do art. 5º), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225) e da qual decorre o direito necessário à saúde (*caput*, do art. 6º), que segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes, “*não é possível garantir segurança, vida sadia, num meio ambiente equilibrado, tudo a respeitar a dignidade humana, se os serviços públicos essenciais urgentes não forem contínuos.*” (NUNES, 2009, p.109).

Todavia, ao suspender o fornecimento serviço público pelo inadimplemento do usuário, a concessionária ou empresa pública, estará violando princípios constitucionais e princípios administrativos, dentre eles o princípio da boa-fé objetiva, o da proporcionalidade, o da razoabilidade, o da dignidade da pessoa humana, o da continuidade e o da legalidade.

Imagina-se, que com o corte de água e energia elétrica da família mencionada no início, além das perdas imediatas, tais como, comida se estragando na geladeira, problemas com a higiene íntima, entre outros, os direitos básicos dessas pessoas não serão supridos, podendo surgir um problema de saúde pública.

Inquestionável, portanto a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas relações entre os consumidores e os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento (arts. 3º, 22 c.c. o art. 6º, inciso X, e 42).³

³Apelação com Revisão nº 921.578-0/3 / 31ª Câmara de Direito Privado do TJSP.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Código de defesa do consumidor; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2008.

BRASIL. Lei nº. 7.783, de 28 jul. 1989. Dispõe sobre o exercício de direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Brasília: Senado, 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm. Acesso em 25 nov. 2009.

BRASIL. Lei nº. 8.987, de 13 de fev. 1995. Dispõe sobre o regime das concessões e permissões de serviços públicos: Brasília: Senado, 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm. Acesso em 25 nov. 2009.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de set. 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Brasília: Senado, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 23 nov. 2009.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Do Inquérito Policial e a Inconstitucionalidade do Ministério Público Investigar no Inquérito Policial.

Gustavo de Falchi ⁸⁸.

Do Inquérito Policial

O inquérito Policial, sem dúvida, é a principal prova do processo penal. Podemos conceituá-lo como um procedimento administrativo presidido por Delegado de Polícia de carreira, que visa carrear peça de informação sobre determinado delito, suficiente a conferir justa causa à deflagração de futura ação penal, art. 4 do CPP (Código de Processo penal), deve ser ele, feito de forma escrita, sigilosa e inquisitiva.

O Inquérito Policial tem como requisito fundamental o princípio da verdade real dos fatos.

A seu respeito bem assinalou José Frederico Marques:

“No direito brasileiro, tomou o inquérito policial feições peculiares, porque não temos juizado de instrução. Cumpre, por isso, aos agentes da policia judiciária não só colher os primeiros dados e elementos sobre a infração penal (função investigatória), como também produzir as primeiras provas a esta relativas, algumas com caráter de instrução provisória ou informativa, e outras com caráter definitivo, salvo quando possam ser em juízo repetidas: é o que se dá principalmente com a perícia e o auto de corpo de delito”.⁸⁹

Da Inconstitucionalidade do Ministério Público Investigar e exercer controle no Inquérito Policial.

Necessário demonstrar que a investigação feita diretamente pelo Ministério Público causaria um grande prejuízo ao sistema jurídico acusatório.

⁸⁸ - O autor é aluno do 4º ano do curso de Direito da FB - Faculdade Barretos.

⁸⁹ - MARQUES, F. Apud – in Justitia, v. 84, p. 273. In PAULA, P N. A.de. Direito Processual Penal, p. 25, v.1, São Paulo: Edições Trabalhistas.

A função Constitucional do promotor é exercer o controle externo da atividade policial, notadamente, se o Ministério Público atuar na fase inquisitória ficaria este, a mercê de qualquer fiscalização, fragilizando assim, todo o sistema político criminal, uma vez, que qualquer arbitrariedade ocorrida ficaria a desejar, pois, o Inquérito não tem contraditório e ampla defesa.

Fica evidente pela leitura do artigo 144 da Constituição Federal, faz ver de forma clara e insofismável que a função de investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário é prerrogativa da polícia federal e civil, daí o nome de polícia judiciária, por isso entendemos ser inviável, ilegal e inconstitucional o Ministério Público produzir e conduzir sozinho o inquérito policial e/ou a investigação.

Insta trazer a baila, que ao Representante do Ministério Público foi reservada à titularidade da ação penal, uma vez que, o Ministério Público ao querer fazer o papel da Polícia administrativa e judiciária, enfraquece o sistema de freios e contra-pesos, pois a este fora atribuído o controle externo da atividade policial, não podendo ser aplicado dois pesos e duas medidas.

Assim foi o entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso em Hábeas Corpus nº 81326 (RHC 81326) e no (RE 233.072)⁹⁰.

“Ao Ministério Público, em princípio, não compete a abertura e condução, com colheita de provas do inquérito policial, mas, apenas, a teor da norma constitucional do inc. VIII, do art. 129, ‘requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de sua manifestação’. Nesse sentido, precedente do STF – RE 205.473-9.” (STJ – RHC 10.947-0 – Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES – 6ª T. – J. 19.2.2002 – Um.) (BSTJ n. 4, mar./2002, p. 66).

Destarte, o processo penal passa a ser um instrumento que visa assegurar a máxima eficácia das garantias fundamentais, e não um mero instrumento a serviço do poder punitivo estatal⁹¹. Portanto, vir o órgão do Ministério Público exercer esses poderes na fase inquisitória fere incontestavelmente o Estado Democrático de Direito consagrado em nossa Carta Magna.

Com felicidade o Advogado Geral da União (AGU) José Antonio Dias Toffoli, enviou ao STF (Supremo Tribunal Federal) um parecer sustentando que o Ministério Público não tem poderes para realizar investigações criminais, em seu parecer, Toffoli cita decisão anterior da 2ª Turma do STF que, em 2003, acompanhou voto do então ministro Nelson Jobim, ao decidir que a Constituição "dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial", mas "não contemplou a possibilidade de o Ministério Público realizar e presidir inquérito policial".

O AGU Toffoli cita manifestações na mesma linha de vários juristas, como Inocêncio Mártires Coelho, Luis Roberto Barroso e José Afonso da Silva, além de memoriais da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), da Associação Internacional de Direito Penal, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, entre outras entidades.

⁹⁰ - Decisão do STF sobre a incompetência do Ministério Público presidir o Inquérito Policial. (disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/5232/Ministerio-Publico-nao-pode-fazer-investigacao-criminal>>. Acesso em 05 de outubro de 2009.

⁹¹ - LOPES JR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: desconstituindo o discurso autoritário. In BONATO, Gilson (org). Processo Penal: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.44, 2003.

O entendimento do advogado-geral da União é aceito por vários magistrados. "Dentro do sistema processual penal brasileiro, o Ministério Público não tem legitimidade para proceder investigações criminais", sentenciou o juiz paulista Marcelo Semer, ex-presidente da Associação Juízes para a Democracia, ao rejeitar denúncia numa ação penal porque o Ministério Público não havia requisitado a instauração de inquérito policial⁹².

Mas, como já mencionamos acima, a nossa Constituição Federal, no seu art. 144, confere expressamente as polícias, e só a estas, a apuração de infrações penais. Portanto, não se sustenta, assim, juridicamente, o entendimento em favor do Ministério Público, mas sim, exercer o controle externo da atividade policial, uma vez que, faz parte das funções do Ministério Público, segundo nossa Constituição Federal.

Nesse sentido vem sendo o entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) de nº 3836, para contestar a legalidade da Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), sob o fundamento de que o dispositivo, ao legislar sobre matéria processual penal, afronta a Constituição Federal, uma vez que é de competência privativa da União, conforme prevê o artigo 22, inciso I da Constituição Federal.

De fato, ao atribuir para o Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal, a nossa Constituição Federal, implicitamente, concedeu-lhe os meios necessários para alcançar seu objetivo, sob pena de, crime, o Promotor de Justiça deve estar absolutamente certo do que está fazendo, sendo possível quando ele tem controle da investigação policial, prova que vai fundamentar sua acusação.

Podemos citar como exemplo, a Lei Complementar Federal de nº 75, que organiza o Ministério Público da União, que atribui ao órgão o poder de apresentar provas na fase inquisitória. Consubstancialmente quer dizer que, a lei autoriza o Ministério Público de uma investigação, a conclusão só pode ser a de que a lei autoriza o Promotor de Justiça a praticar atos autônomos de investigação antes de propor a ação penal.

No entanto, isso não quer dizer que o Ministério Público possa realizar ou presidir inquéritos policiais, pois seria uma conclusão errônea. Uma vez que o inquérito policial é ato privado da Polícia, como podemos ver que o próprio nome indica "Policial".

Entendemos que, a função acusatória, estaria irremediavelmente comprometida, se o Ministério Público exercer tanto a investigação criminal, bem como o controle do Inquérito Policial, seria um processo parcial, o que não é buscado em nosso sistema Político Criminal, nesse sentido Aury Lopes Junior, assevera os perigos de atribuir à pessoa do *Parquet* a investigação preliminar⁹³:

“Na prática, o promotor atua de forma parcial e não vê mais que uma direção. Ao se transformar a investigação preliminar numa via de mão única, está-se acentuando a desigualdade das futuras partes com graves prejuízos para o sujeito passivo. É converte-la em uma simples e unilateral

⁹² - Parecer do Advogado Geral da União sobre a incompetência do Ministério Público presidir o Inquérito Policial. (Disponível em: <<http://forum.portaldovt.com.br/forum/index.php?showtopic=101834&mode=threaded&pid=2387052>>. Acesso em 05 de outubro de 2009.

⁹³ - - LOPES JR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: desconstituindo o discurso autoritário. In BONATO, Gilson (org). Processo Penal: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.97, 2003.

preparação para a acusação, uma atividade minimista e reprovável, com inequívocos prejuízos para a defesa.”

Destarte, a investigação e a colheita preliminar das provas a fim de que, posteriormente, possa o órgão da acusação (Promotor Público na ação pública e o Querelante na ação privada) propor a devida ação penal de forma Imparcial, conforme prescreve nosso Código de Processo Penal e Nossa Carta Magna, é de competência da Polícia.

De todo acima exposto, podemos concluir que o Ministério Público deve tão-somente atuar no exercício do controle externo, ou seja, fiscalizar, como forma de preservar a sistemática de nossa Constituição Federal, logo, não se sustenta, assim, juridicamente, o entendimento em favor do Ministério Público, mas sim, o mesmo exercer o controle externo da atividade policial, segundo nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

TOURINHO FILHO, F. C., Manual De Processo Penal, 12. Ed. São Paulo: SARAIVA, 2009.

NUCCI, G. De S., Código De Processo Penal Comentado, 8. Ed. São Paulo, Revista Dos Tribunais, 2008.

AMARO, M, Código De Processo Penal Na Expressão Dos Tribunais, São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES JR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: desconstituindo o discurso autoritário. In BONATO, Gilson (org). Processo Penal: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.97, 2003.

FRANCO, P. A., Prisão em Flagrante, Preventiva e Temporária, Ed. São Paulo: LEMOS E CRUZ, 2003.

Revista Consulex, reportagem de capa: Poder investigatório do Ministério Público ed. nº 47, PODER INVESTIGATÓRIO DO MP, Correio Brasiliense, Direito e Justiça, 23/02/2004 - Os poderes investigatórios do Ministério Público (O caso Banestado), CARLOS FERNANDO DOS SANTOS LIMA E VLADIMIR ARAS, Ministério Público e poder investigatório criminal - Rômulo de Andrade Moreira.