



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

RÔMULO FERNANDO NOVAIS FONTES

A LEGITIMIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

*Uma perspectiva sobre a integridade das decisões judiciais com
fundamento em Ronald Dworkin*

JUIZ DE FORA
2012

RÔMULO FERNANDO NOVAIS FONTES

A LEGITIMIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

*Uma perspectiva sobre a integridade das decisões judiciais com
fundamento em Ronald Dworkin*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu, em Direito, da Universidade Presidente
Antônio Carlos, como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Hermenêutica e Direitos
Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Lúcio Antônio Chamon Junior.

**JUIZ DE FORA
2012**

RÔMULO FERNANDO NOVAIS FONTES

A LEGITIMIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

*Uma perspectiva sobre a integridade das decisões judiciais com fundamento em Ronald
Dworkin*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, em Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Lúcio Antônio Chamon Junior.
Orientador

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Profa. Dra. Cintia Garabini Lages

Dedico o presente trabalho acadêmico à minha
família, em especial minha esposa, filhos, pai
(*in memoriam*) e minha mãe!

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a DEUS, por tudo que ELE significa e faz em minha vida. Por cada benção, por cada vitória, pela luz que ilumina meus caminhos a cada dia, pela força e perseverança.

Agradeço a minha família, a começar pela minha querida esposa Danielle, que sempre esteve ao meu lado, principalmente nos momentos mais difíceis. Que teve a paciência de suportar a impaciência e que com amor e dedicação foi meu braço forte para chegar ao final dessa jornada. Aos meus pequeninos filhos Júlia e Pedro, que de mais importante tenho em minha vida, não deixo apenas meus agradecimentos, mas um pedido de desculpas por cada dia que os sacrifiquei, por cada vez que não pude a eles dar colo, atenção, carinho, amor, enfim, por não ter-lhes dado tudo que realmente merecem. A minha mãe Lourdes pelo amor, afeto e carinho. Pessoa maravilhosa e sempre disposta a ajudar. Ao meu pai Antônio (*in memoriam*) que me fez crescer homem e que onde estiver, tenho a certeza que está direcionando seu olhar para mim.

Agradeço imensamente ao meu professor e orientador Dr. Lúcio Antônio Chamon Junior pelas orientações, ensinamentos, paciência e por me ajudar a chegar até aqui. Também ao professor Dr. Nuno Morgadinho e todos os outros professores que compõem esse competente quadro de docentes do Mestrado da Unipac – Juiz de Fora.

Aos professores Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Dra. Cintia Garabini Lages, componentes da banca examinadora, pela disponibilidade e pelas importantes observações apresentadas.

Agradeço aos professores Hebert Mendes Reis, Rozirene Emetério Leite e Vitor Dorneli pela amizade e principalmente pelas críticas que me fazem crescer a cada dia.

E por último e não menos importantes, aos meus colegas de mestrado Leandro e Waidd, pela amizade, companheirismo e por cada momento de alegria vivido.

“O bem que praticares em algum lugar é teu
advogado em toda a parte”

Chico Xavier

RESUMO

Tem-se observado no mundo jurídico diversas situações em que há o conflito entre os interesses da coletividade e do indivíduo. Em grande parte dessas ocasiões presenciamos a invocação de argumentos políticos para o afastamento de qualquer medida que consista na garantia da vontade de um indivíduo. Nessa esteira, o presente trabalho acadêmico trará uma reflexão sobre a legitimidade das decisões judiciais que se apoiam em argumentos políticos bem como a legitimidade das decisões que se apoiam em argumentos jurídicos. Discutir-se-á o atual sistema de decisões judiciais no nosso ordenamento jurídico a partir da reconstrução de três sentenças, onde duas apresenta argumentos jurídicos e outra, argumentos políticos, identificando e fornecendo subsídios ao exercício interpretativo do direito através da própria Teoria do Direito, reconstruindo o sentido moderno de Constituição e compreendendo o Direito como sistema de princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Integridade. Argumentos políticos. Argumentos jurídicos. Princípios. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

It has been noted in the legal world there are many situations in which the conflict between the interests of the collectivity and the individual. In most of these occasions witnessed the invocation of the political arguments for the removal of any measure that consists in ensuring the will of an individual. On this track, this scholarship will reflect on the legitimacy of judicial decisions that rely on political arguments and the legitimacy of decisions that rely on legal arguments. Will discuss whether the current system of judicial decisions in our legal system from the reconstruction of three sentences, where a legal claim and the other, political arguments, identifying and providing subsidies to the interpretive exercise of the right through the very theory of law , reconstructing the modern sense of understanding the Constitution and law as a system of principles.

KEYWORDS: Integrity. Political arguments. Legal arguments. Principles. Human dignity.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	10
1 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	14
1.1 O direito como sistema de regras.....	15
1.1.1 A impossibilidade de operação de um poder discricionário judicial frente a um Estado Democrático de Direito.....	19
1.1.2 A validade da norma jurídica na visão de Hans Kelsen: é possível sustenta a legitimidade de uma decisão judicial através de um sistema de regras?.....	22
1.2 O direito como sistema de princípios: uma visão geral acerca da aceitabilidade da aplicação do Direito através de princípios.....	25
1.2.1 O direito como sistema de princípios na acepção de Robert Alexy: o método argumentativo e sua aplicação ao caso concreto na busca pela legitimidade das decisões judiciais.....	27
1.2.1.1 O discurso jurídico como caso especial do discurso em geral.....	29
1.2.1.2 A teoria da ponderação de princípios: a proposta apresentada por Robert Alexy é adequada para justificar a legitimidade das decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito?.....	31
1.2.2 A crítica de Habermas à legitimidade do Direito proposta por Robert Alexy.....	37
1.2.3 O direito como sistema de princípios na acepção de Ronald Dworkin.....	39
1.2.3.1 Teoria dos princípios de Ronald Dworkin: regras, princípios e diretrizes políticas.....	41
1.2.4 Distinções relevantes entre as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin ...	48
2 A RECONSTRUÇÃO DO SENTIDO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO.....	51
2.1 Breves considerações acerca do constitucionalismo.....	51
2.2 A legitimidade na jurisdição.....	56
2.3 O processo legislativo e o discurso de justificação.....	58
2.4. O processo de jurisdição: discurso de aplicação.....	60
2.5 A distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação.....	62

3 RECONSTRUÇÕES DE DECISÕES E SEUS ARGUMENTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS.....	65
3.1 O significado de garantia dos direitos fundamentais aos condenados: a interpretação jurídica e o direito como integridade.....	65
3.2 Reconstrução das decisões exaradas pelo juiz Livingsthon José Machado na Vara de Execução Criminal da Comarca de Contagem/MG.....	75
3.3 Reconstrução do acórdão exarado pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que aplica o princípio da insignificância.....	83
3.4 Respostas às questões levantadas nos capítulos anteriores.....	88
3.4.1 Decisões proferidas em consequência de resultado do controle das políticas públicas.....	88
3.4.2 Comentários à sentença de interdição.....	94
3.4.3 Comentário ao termo de audiência.....	103
 4 CONCLUSÃO.....	 110
 5 REFEFÊNCIAS.....	 114
 6 ANEXOS.....	 117

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta uma discussão acerca da legitimidade das decisões judiciais e de sua fundamentação, tomando como marco a teoria da integridade proposta por Ronald Dworkin. A partir de dois casos concretos, procura-se saber se realmente existe uma resposta certa para toda pretensão jurídica e em quais argumentos os juízes devem pautar suas decisões, de modo a assegurar o direito de um indivíduo ou de um grupo.

Nesse contexto, será analisado ainda, de forma pormenorizada, se as decisões judiciais abordam argumentos jurídicos ou argumentos políticos em sua estrutura, o cenário predominante nos tribunais, bem como se o judiciário tem legitimidade para decidir politicamente.

Para isso, se faz necessário contrapor a teoria da integridade de Ronald Dworkin face às outras concepções de Direito por ele criticadas, assim como seu debate frente ao positivismo jurídico, a teoria da argumentação proposta por Robert Alexy, dentre outras.

Existem diversos temas e subtemas na obra de Dworkin passíveis de estudo e aprofundamento. Optou-se, no entanto, pelo estudo de seus pontos principais, tendo em mente que uma visão de sua Filosofia do Direito como um todo pode propiciar uma perspectiva interpretativa-pragmática do Direito. Esta perspectiva parte de uma concepção dos direitos individuais como princípio político-jurídico fundamental e se utiliza de uma visão interdisciplinar, estreitando as ligações entre o Direito, a filosofia e a política, sem perder o foco no Direito como objeto-chave de sua análise.

Espera-se então, no decorrer deste trabalho, poder oferecer novas alternativas de respostas, quanto à interpretação do Direito no tocante a prevalência de decisões judiciais que envolvem argumentos políticos em detrimento dos argumentos jurídicos para assim demonstrar a legitimidade das decisões judiciais como base na teoria da integridade de Ronald Dworkin.

Justificativa e importância

Ao longo do tempo, o que se percebe é uma tendência de as decisões judiciais trazerem em sua estrutura argumentos jurídicos ou argumentos políticos, com certa tendência em privilegiar os argumentos políticos. Porém, na literatura, encontram-se

autores que apontam uma forte ligação das decisões judiciais com os argumentos jurídicos, como Jürgen Habermas, Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Sob essa ótica, o presente estudo buscará descortinar se na prática realmente há ou não a tendência nas decisões judiciais de serem tomadas com base em argumentos políticos e se tais argumentos têm ido em desencontro com princípios básicos inerentes aos direitos, liberdades e prerrogativas dos cidadãos, bem como se é cabível ao Direito ser interpretado e assentado em argumentos jurídicos. O que será levado em consideração é se o intérprete tem-se desviado do verdadeiro sentido da Norma.

Assim e diante do exposto, o estudo se justifica, pois se tornam de grande relevância a análise de diferentes teorias e estudos pragmáticos de grandes investigadores que permitem, por meio de suas teorias, questionar a validade de certas interpretações confirmando-as ou contestando-as. A pesquisa torna-se consistente, na medida em que busca referências político-filosóficas para o exercício interpretativo das decisões judiciais, com a pretensa de suscitar como o Direito pode ser interpretado e assentado em argumentos jurídicos, ou mais especificamente, levantar a importância dos argumentos de princípios destinados a estabelecer um direito individual, ao contrário dos argumentos de política, que são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo.

Problema de pesquisa

Repensar o Direito como instrumento de evolução da sociedade, é repensar a própria evolução humana, é revisitar sempre o Direito como agente de transformação, que pode trazer certa justiça social. Nesse sentido, surgem argumentos e princípios que asseguram a todo cidadão ser possuidor de direitos e estes devem ser protegidos pelo Estado, pois disto depende a democracia e o próprio Estado de Direito. Mas, só isso não é o fundamental. É também preciso construir não só uma democracia formal, mas uma democracia legítima, justa, verdadeira, onde o Direito não se confundirá, nesta medida, com uma ação de poder - imposição de escolha fundada na força e baseada na ideia de uma política a atender as metas sociais.

Com intuito de clarear os argumentos relacionados às decisões judiciais com base em julgamento que parte do pressuposto, que não se deve dar ênfase a decisões políticas que tendem a privilegiar o coletivo em detrimento ao particular, serão abordadas ao longo da investigação, diferentes teorias, passando pelas origens do

positivismo jurídico, o Direito como sistema de princípios, dentre outros. Com a pretensão de dialogar e, ao mesmo tempo, contrapor diferentes teorias, surgem autores como Alexy (2005), Kelsen (2009) Dworkin (2006) e muitos outros. Optou-se, no entanto, para a sustentação teórica desse estudo a Teoria da Integridade de Ronald Dworkin (2010), por compreender-se a sua possível contribuição no Direito contemporâneo.

Para tanto será realizado um estudo comparativo entre esta teoria com as dos autores acima citados. Como meio de enriquecimento e análise da teoria dworkiana, será apresentada a reconstrução de três decisões de caráter argumentativo decisório diverso. As duas primeiras, proferidas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem-MG, Livingsthon José Machado e a terceira um acórdão exarado pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais cuja legitimidade se faz sustentar através de um suposto “princípio” da insignificância.

Diante dessas colocações, surge então o problema, objeto de discussão, para o qual se intenta encontrar respostas no decorrer da presente pesquisa.

Levando-se em consideração que, à luz da Constituição Federal de 1988, as decisões judiciais baseadas em argumentos de política são inadequadas, em que medida a Teoria da Integridade de Ronald Dworkin pode ser aplicada em decisões judiciais baseadas em argumentos jurídicos como forma de legitimá-las e quais as possíveis contribuições desta teoria na busca por um resultado mais acertado na interpretação do Direito sem que haja privilégios políticos?

Objetivo geral

Apontar quais as possíveis contribuições da Teoria da Integridade de Ronald Dworkin na busca por um resultado mais acertado e legítimo nas decisões judiciais.

Objetivos específicos

- Analisar o atual sistema de decisões judiciais no ordenamento jurídico a partir da reconstrução de duas sentenças, onde uma apresenta argumentos jurídicos e outra argumentos políticos.
- Compreender o Direito como sistema de princípios de modo que contemple uma correta interpretação do ordenamento jurídico.

- Analisar a Teoria da Integridade como meio de comprovar que sua aplicabilidade em um caso concreto pode permitir uma decisão correta e legítima.

Pressuposto

Partindo da premissa de que a dignidade da pessoa humana como condição de valor e princípio normativo fundamental, deve ser pensada como objetivo inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, quaisquer construções políticas, jurídicas e sociológicas devem pautar-se por essa qualidade da própria condição humana. O Direito, como base da justiça social e como instrumento da evolução humana, deve ser apresentado racionalmente, de modo que as decisões judiciais se apresentem fundadas nos fatos do caso concreto e no ordenamento jurídico. Assim, a decisão deve-se formar adequada para o caso concreto à luz do ordenamento jurídico e não simplesmente qualquer decisão nele contida. A decisão deve ser válida e não meramente aceita.

Estrutura da dissertação

No primeiro capítulo far-se-á a interpretação do Direito e de forma pormenorizada será tratado o Direito como sistema de regras e princípios bem como a análise de determinadas teorias e suas contribuições para verificação da legitimidade das decisões judiciais. Em seguida, no segundo capítulo, será apresentado ideias básicas à respeito do sentido moderno de Constituição do século XVIII até a contemporaneidade, correlacionando seus tópicos com os tópicos que tratam do Processo Legislativo e a Teoria do Discurso de Justificação e Aplicação do Direito.

Por fim, como meio de contribuição e ainda que de forma tímida, o presente estudo buscará, no terceiro capítulo, reconstruir três decisões judiciais, analisando os argumentos levantados pelas respectivas autoridades decidentes e a forma como sustentam a legitimidade de tais decisões.

1 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Sustentar o Direito como um sistema de regras, faz com que as lacunas no ordenamento jurídico se tornem comuns, deixadas intencionalmente ou não pelos legisladores, haja vista não ser possível prever abstratamente todas as situações concretas e futuras. De acordo com Kelsen “a indeterminação pode ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma” ou “simplesmente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão” (KELSEN, 2009, p. 389).

Quando se verifica uma lacuna, como já dito, é porque as regras do sistema e a solução sistemática a priori não serviram para a resolução do conflito posto. Assim, quando falta a regra é que as questões de legitimidade das decisões judiciais surgem com mais força.

Importante também se faz lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro encontram-se alguns preceitos como “dignidade da pessoa humana”, “Brasília é a capital do País”, “liberdade”, “segurança pública”¹, “mulher honesta”, etc., que também levantam a questão sobre a legitimidade de uma decisão quando de sua aplicação, visto que, como se pode observar, alguns desses preceitos, por serem mais determinados, são de fácil interpretação, como, por exemplo, “Brasília é a capital do País”. Por outro lado, alguns preceitos, por possuírem maior grau de indeterminação, são de difícil interpretação, como, por exemplo, “dignidade da pessoa humana”, “liberdade”, “segurança pública” e “mulher honesta”, tornando a questão sobre a legitimidade das decisões judiciais mais latente. Para essas regras de direito não claras a que são submetidas as ações judiciais, Dworkin chama de “casos difíceis” (DWORKIN, 2010, p. 127).

Nesse sentido é que, uma vez que se adota o Direito como um sistema de regras, tem-se que sempre será constatada a existência dessas lacunas, o que resulta, juntamente com a presença desses preceitos possuidores de um maior grau de indeterminação, na necessidade da interpretação do Direito para sua aplicação. Por isso é tão importante tentar buscar entender, como se pretende no presente trabalho

¹ Segurança pública será tratado no presente trabalho como sendo um conjunto de políticas institucionais na prevenção, combate e persecução de crimes, ou seja, sob uma perspectiva política.

acadêmico, o direito como um sistema de princípios. Afinal, entender o direito como um sistema de princípios é aceitar o Direito livre de lacunas e buscar critérios que sirvam e contribuam para verificação da legitimidade das decisões judiciais.

Assim, no presente capítulo serão demonstradas as bases do direito assumido como um sistema de regras e como um sistema de princípios, a teoria do direito como integridade, perpassando pela crítica de Ronald Dworkin à discricionariedade judicial, o Direito concebido como um conjunto de regras e princípios, as fundamentações pautadas em argumentos políticos e a teoria argumentativa de Robert Alexy. Afinal, por mais que seja a teoria da integridade de Ronald Dworkin o marco teórico a ser tratado no presente trabalho acadêmico, não se pode negar a contribuição para o Direito das demais teorias aqui apresentadas.

1.1 O direito como sistema de regras

Para que seja possível a fundamentação e justificação do direito como um sistema de princípios, como se pretende realizar ao longo deste capítulo, urge trazer à baila, ainda que sucintamente, algumas considerações sobre o positivismo jurídico, pretendendo com tal prática contrapor ambos os sistemas, a fim de dar azo àquele que fundamenta o direito de forma principiológica.

Pois bem, Kelsen é um dos maiores defensores do positivismo jurídico, justificando o sistema de direitos em um ordenamento jurídico escalonado, com fundamento em normas objetivamente válidas, ou seja, em regras.

Para esse eminente jurista, a produção de normas dentro do ordenamento jurídico ocorre por um sistema de validação. Explicitando melhor, a norma emanada somente será considerada válida quando fundamentada em outra norma pré-existente.

Kelsen defendia que a mera emanção de uma ordem criava uma norma no “mundo do ser”, entretanto, sua validade estava condicionada à transição ao mundo do “dever ser positivado”, que nada mais era que um discurso de justificação em uma norma já existente no ordenamento jurídico.

Assim, as normas dentro do ordenamento jurídico têm sua validade predisposta à conformidade, consonância com uma norma prévia, já existente no ordenamento.

Nesse sentido, Chamon Junior:

Para Kelsen, o simples fato de alguém ordenar algo, v.g., uma autoridade, inserir-se-ia, para a Teoria Pura, no “mundo do ser”. Dita ordem só seria considerada juridicamente válida se pudesse ser fundamentada em uma outra norma. Disto, podemos entender que o fundamento de uma norma positiva, isto é, fruto de um ato de vontade, só pode ser outra norma. O dever-ser teria que buscar a fundamentação de sua validade em outra norma mediante um processo silogístico a marcar aquilo que o autor outrora se referiu como dinâmica jurídica.

A premissa maior seria uma norma considerada objetivamente válida. A premissa menor seria um ato de X que, v.g. “ordena algo”, sendo, assim, dotada de sentido subjetivo: seria, pois, um ato de vontade de X. se da premissa maior (norma objetivamente válida) pudermos alcançar que se poderia obedecer a ordem de (premissa menor), então a conclusão é que a ordem de X seria, também, objetivamente válida para o ordenamento jurídico – e não tão somente subjetivamente referida à sua vontade. A norma que fundamenta, enfim, confere validade a uma outra norma, é que nos permitiria pensar o sentido subjetivo de certos atos (um ato de vontade) como dotado também de sentido objetivo, no sentido de normas objetivamente válidas e não subjetivamente existentes. A mera ordem subjetivamente enfocada adquiriria status objetivo – equivale dizer, seria juridicamente válida. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 40).

Justamente por meio desse silogismo, apresentado pelo autor, que se pode diferenciar as normas objetivamente válidas das normas subjetivamente existentes, posto que estas não passaram pelo processo de fundamentação em uma norma pré-existente, estando, ainda, no “mundo do ser”, ao passo que àquelas já foram submetidas a esse procedimento de validade, encontrando-se em conformidade com a norma considerada premissa maior.

Nesse cenário surge a noção de ordenamento jurídico escalonado, com normas hierarquicamente superiores e inferiores, sendo que no topo da pirâmide encontra-se a Constituição, norma fundante dos Estados e do próprio ordenamento jurídico.

Importante salientar ainda, que a Constituição, para Kelsen não possui parâmetro de validade, posto que exerce uma função diametralmente oposta, se valendo de premissa maior no silogismo.

Entretanto, o fundamento da Constituição não pode ser considerado subjetivo, posto que se tomada como uma norma subjetivamente existente, necessariamente precisa passar pelo processo de validação, se fundando em outra norma objetivamente pré-existente.

Desta feita, nas precisas lições do eminente jurista Lúcio Antônio Chamon Junior: “a norma fundamental (*Grundnorm*) teria que ser pressuposta. Seria, então, um preceito lógico-transcendental: libertaria o homem de qualquer conceito metajurídico (Deus, natureza, etc.) na compreensão do direito” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 41).

Oportuno ressaltar que Kelsen fomenta uma diferenciação entre validade e eficácia da norma positivamente imposta. A validade, como exposto alhures, se dará por meio desse silogismo, ou seja, a fundamentação de norma criada em uma norma pré-existente. Em contrapartida, a eficácia de uma norma está condicionada à sua aceitabilidade social, sendo perfeitamente possível que uma norma seja válida sem adquirir eficácia social.

Por outro lado, Kelsen traça contornos sobre a interpretação jurídica, responsável pela própria aplicação do direito, tendo em vista que o intérprete realiza uma exegese do ordenamento jurídico, desde o topo da pirâmide até sua base, analisando todas as normas que compõem tal ordenamento.

Consoante se afere de seus estudos, a produção de normas por meio do silogismo (norma integrada ao ordenamento jurídico pela análise de compatibilidade com a premissa maior) não exaure o próprio ordenamento jurídico, ou seja, não determina um ordenamento jurídico fechado e completo, fazendo com que naturalmente existam pequenas lacunas, a serem preenchidas justamente pela interpretação jurídica.

Assim, o ordenamento jurídico traça um contorno de normas válidas, sendo que dentro desse contorno, que o próprio Kelsen denominou de “moldura”, existem determinados espaços vazios (leia-se lacunas) que devem ser preenchidos pela interpretação jurídica.

Ocorre que, para o mencionado autor, há duas formas de interpretação que não se confundem, justamente pelos efeitos diversos causados no próprio ordenamento jurídico.

Explicitando melhor, a interpretação jurídica realizada pelo magistrado se diferencia da interpretação realizada pelos demais cientistas jurídicos. Em primeiro lugar porque o intérprete ordinário (comum) não pode se valer de elementos externos ao próprio Direito, ao passo que o intérprete magistrado, necessariamente, faz uso de elementos estrógenos ao conjunto de normas positivadas como, por exemplo, a moral, a ética, a justiça e assim sucessivamente.

Por outro lado, o magistrado ao interpretar o direito cria normas jurídicas válidas, ao passo que o cientista jurídico fica limitado à exegese do direito. Sobre essa diferenciação de interpretação, Kelsen cria os conceitos de interpretação do ato de conhecimento (realizada pelo intérprete comum) e interpretação como ato de vontade (realizada pelo magistrado), justamente porque esta última integra o ordenamento jurídico.

Sobre a temática, necessário se faz, novamente, a transcrição das lições do eminente jurista Chamon Junior, o qual sintetiza com maestria a tese apresentada por Kelsen acerca da dualidade da interpretação jurídica:

No texto de 1934, Kelsen implicitamente deixa bem claro que a interpretação levada a cabo pelo juiz se difere da do cientista do direito. Uma vez fixada a moldura constituída de possíveis leituras da norma, a escolha da leitura “correta” seria feita pelo juiz baseando-se em elementos para além do Direito positivo, a saber: normas de moral, de justiça, juízos sociais de valor etc. No que se refere a esse ato de vontade, de escolha, o julgador seria livre para agir de acordo com o seu entendimento e convicções. Enquanto isto, à Ciência do Direito caberia a revelação do quadro de leituras.

Também em 1953, Kelsen, em sua *Théorie Pure du Droit*, reafirma e estabelece melhor a distinção entre a atividade de aplicação e a de conhecimento científico do Direito. Chama de “interpretação autêntica” aquela levada a cabo pelo órgão aplicador e criador do Direito. A interpretação é autêntica quando o órgão aplicador (Legislativo, Executivo ou Judiciário) “dá à norma superior uma interpretação que tem força de lei”. Ao determinar qual norma é obrigatória, o órgão aplicador realizaria não um simples ato de cognição, mas um ato de vontade, cujo sentido subjetivo seria uma norma válida se de acordo estivesse com uma das interpretações possíveis que comporia a moldura. Como já dissemos, a escolha da leitura ‘possível’ envolveria elementos alheios ao Direito positivo e, assim também, à Ciência do Direito que pretende ser pura. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 43).

Dentro desse raciocínio, a diferenciação entre a interpretação do ato de cognição e ato de vontade guarda grande relevo com o presente trabalho acadêmico, motivo pelo qual se teceu, ainda que sucintamente, esses delineamentos iniciais.

Ainda acerca do positivismo jurídico, interessante ressaltar que Dworkin, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, sintetiza seus principais pontos:

a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

b) O conjunto dessas regras é coextensivo com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, ‘exercendo seu discernimento pessoal’, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

c) Dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas tem obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricionariedade, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria. (DWORKIN, 2010, p. 27-28).

Assim, pelo esqueleto apresentado por Dworkin vislumbra-se que o mesmo sintetiza sobremaneira o formalismo existente no positivismo jurídico que culminou em inúmeras críticas do jus filósofos posteriores, como Alexy, Canotilho, dentre outros como o próprio Dworkin.

1.1.1 A impossibilidade de operação de um poder discricionário judicial frente a um Estado Democrático de Direito

Os positivistas entendem que existem casos aos quais nenhuma regra pode ser aplicada, chamados comumente de “lacunas do direito”, onde o juiz, fazendo uso da moral, da justiça, de juízos sociais de valores, etc., decide de acordo com suas próprias convicções, ou seja, possui discricionariedade para estabelecer uma nova regra e aplicá-la ao caso concreto. Expressando claramente esse entendimento, Kelsen afirma que:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. [...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (KELSEN, 2009, p. 393).

Nesse âmbito, novamente Dworkin tece nítidas críticas ao positivismo jurídico, que entende que o poder discricionário do magistrado é capaz de criar normas jurídicas válidas, quando da ausência de regras positivadas, conforme se depreende dos ensinamentos do eminente jurista Chamon Junior:

Poderíamos, para facilitar a exposição, indagar aos positivistas: já que ao juiz é dada a discricionariedade para formular uma sentença baseando-se em elementos que estão mais além do Direito, porque devemos, então, obedecê-los se o que se aplica não é “Direito”? De outra forma, em uma leitura Kelsiana: se a norma individual não é válida por uma outra hierarquicamente superior, por que é aquela válida? Tão-somente pela inquestionabilidade sistemicamente gerada? (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 50).

Pois bem, nesse contexto vislumbra-se que Dworkin também trabalha com a ideia de discricionariedade do julgador, embora em uma perspectiva diametralmente oposta aos positivistas. Dworkin adverte que se pode falar em diferentes graus de discricionariedade, e que cabe esclarecer em qual sentido operam os juízes pelas teorias positivistas.

O supracitado jurista, em um primeiro momento, pondera a discricionariedade do magistrado em dois graus distintos, quais sejam, o sentido forte deste poderio e seu sentido fraco.

Sobre o poder discricionário assevera Dworkin:

Em primeiro lugar, dizemos que um homem tem o poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes.

Em segundo lugar, dizemos que um homem possui poder discricionário se sua decisão for definitiva, no sentido de que nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar essa decisão.

Em terceiro lugar, dizemos que um homem tem poder discricionário quando algum conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica. (DWORKIN, 2010, p.108-109)

O sentido fraco do poder discricionário, na realidade, se justifica pela ausência de autonomia completa na escolha do magistrado. Explicitando melhor, na realidade, as eleições do magistrado estão pré-condicionadas as outras opções, motivo pelo qual este, de certa maneira, fica vinculado no exercício de seu poder discricionário, o que, em um primeiro momento pode se apresentar tautológico.

Em contrapartida, o sentido forte do poder discricionário encontra fomento e justificação justamente na completa autonomia do magistrado quando da interpretação e aplicação do direito, inexistindo qualquer pré-condição para a aplicação deste.

Nas precisas lições de Dworkin, a verdadeira discricionariedade encontra fomento justamente na acepção forte do poder discricionário do magistrado, sendo o sentido fraco, na realidade, uma falácia.

As vezes usamos ‘poder discricionário’ não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.

[...]

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. (DWORKIN, 2010, p. 52-53).

O autor ainda reforça que:

Um juiz pode ter o poder discricionário tanto no primeiro como no segundo sentido e não obstante isso considerar, com razão, que sua decisão coloca a questão de qual é o seu dever enquanto juiz, questão que ele deve decidir refletindo sobre o que dele exigem as diferentes considerações que ele acredita serem pertinentes a essa matéria. Se for assim, esse juiz não tem o poder discricionário no terceiro sentido, aquele que um positivista precisa provar para mostrar que o dever judicial é definido exclusivamente por uma regra social de última instância ou por um conjunto de regras sociais. (DWORKIN, 2010, p.108-109)

Importante apontar, ainda sobre a temática, que na concepção de Dworkin o exercício do poder discricionário do magistrado possibilita a reconstrução, a interpretação do direito, mas não tem o viés de criar o direito, como os positivistas apregoavam.

Acerca desse entendimento o ilustre constitucionalista mineiro Fernandes expõe que:

Logo, ninguém – e principalmente os magistrados – seriam livres para decidir casos concretos levados ao Judiciário (ou seja, ele nega a existência da discricionariedade na solução de um caso *sub judice*), nem poderia subordinar suas decisões à persecução de metas coletivas (que beneficiam apenas uma parcela da sociedade em detrimento de outra parcela) se direitos individuais (corporificados pelos princípios jurídicos) estivessem em discussão, pois – assim como curingas em um jogo de cartas – detêm primazia sobre as primeiras (metas coletivas), dado o seu caráter de universalidade – como já dito, são válidos para todos os membros dessa sociedade. (FERNANDES, 2010, p. 179, grifo do autor)

Ao juiz não é permitido criar direito novo, como entendem os positivistas. Apesar da tentativa, ao criar uma regra nova sobre uma obrigação já existente em face da discricionariedade, o juiz legisla retroativamente, o que é inadmissível em um Estado de Direito. Em resposta a essa ideia sustentada pelos positivistas, Fernandes esclarece que,

para Dworkin, o direito deve lido de forma a compartilhar de um mesmo conjunto de princípios e o reconhecimento de iguais direitos e liberdades subjetivas a todos os seus membros.

Para o jurista e filósofo norte-americano, o direito deve ser lido como parte de um empreendimento coletivo e compartilhado por toda a sociedade. Os direitos, assim, seriam frutos da história e da moralidade, no sentido de que observam uma construção histórico-institucional a partir do compartilhamento em uma mesma sociedade de um mesmo conjunto de princípios e o reconhecimento de iguais direitos e liberdades subjetivas a todos os seus membros. (FERNANDES, 2010, p. 178).

Assim, um modelo de regras, positivista, fechado, no qual os juízes tenham que decidir discricionariamente (forte), não tem lugar nos atuais sistemas. A decisão judicial discricionária é uma decisão que desrespeita o sistema jurídico, a partir do momento que se cria um Direito e o aplica retroativamente ao caso concreto.

1.1.2 A validade da norma jurídica na visão de Hans Kelsen: é possível sustentar a legitimidade de uma decisão judicial através de um sistema de regras?

A estrutura do positivismo jurídico acabou por criar um sistema de regras engessado, falho, que sufocava a produção do direito e, de certa forma não atendia aos anseios de aplicação do direito.

O positivismo Kelsiano leva, ao final, a um modelo de regras sufocante: o que é juridicamente válido não só o é na medida em que tem sua validade oriunda da norma superior e condicionada ao fato de sua eficácia, mas também em razão de os tribunais poderem determinar, em última hipótese, sua vontade como objetivamente válida desde que também minimamente eficazes. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 47).

Justamente nesse viés crítico ao positivismo jurídico é que surge, como será demonstrada à frente, a ideia de ordenamento jurídico formado tanto por regras quanto por princípios, tornando a exegese jurídica mais maleável.

Foi a partir do século XVIII que o Direito, depois de um longo período em que sua legitimidade estava atrelada à religião, moral e ética é que merece destaque o positivismo pregado por Hans Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito*.

Assim, como já sustentado no presente capítulo, Hans Kelsen (2009, p. 215) fundamenta a legitimidade de normas jurídicas na existência de uma norma superior.

Segundo o autor, o pressuposto de validade jurídica de uma determinada norma, é necessariamente a validade de outra norma hierarquicamente superior. A propósito:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de Deus, Jeová, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no Sermão da Montanha. (KELSEN, 2009, p. 215-216).

Propõe o autor (2009, p. 216) um “sistema de normas” em que todas as normas inferiores se validam em uma norma fundamental superior, pois do contrário, sem existência de uma última norma mais elevada, a busca de validade se perderia em algo interminável. Assim, pela teoria Kelsiana, no ordenamento jurídico, a Constituição é a norma mais elevada e a que confere validade as demais normas. Neste sentido:

Tomando assim, esta perspectiva escalonada seria a Constituição, em nossa tradição o diploma legislativo de maior posto dentre as normas positivas, visto que a norma fundamental não pode ser nem querida e, portanto, nem positiva. Trata-se de um raciocínio necessário: se a norma fundamental fosse querida e possuidora de um sentido subjetivo – se fosse um ato de vontade –, deveria, portanto, ser positivada – fundamentada em outra norma – para ser válida. Mas a qual norma recorreríamos no sentido de se buscar a premissa maior do silogismo? Ou ainda de outra forma: a norma fundamental não poderia se posta por uma autoridade, porque a competência desta, para tanto, teria que se fundar em outra norma. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 41).

Várias são as críticas em torno da teoria da validade de normas proposta por Kelsen. Conforme observado por Chamon Junior (2006, p. 41), no decorrer de sua obra, especificamente ao discorrer sobre validade e eficácia, o próprio autor conclui que a existência de uma norma superior não garantiria a plena validade da norma inferior, já que sua validade também estaria atrelada à sua eficácia e aplicação. Assim, Kelsen conclui que:

[...] E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada *desuetudo*. A *desuetudo* é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como

um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da *desuetudo*. (KELSEN, 2009, p. 237-238)

As críticas em torno das teorias propostas por Hans Kelsen, não se limitam às questões de validade das normas. Ao concluir que os costumes podem derrogar o direito legislado e ao propor um sistema de interpretação baseado em uma “moldura”, o qual possui várias possibilidades de implementação das normas, inclusive, admitindo, a partir de 1960, a possibilidade de produzir uma norma – individual ou geral- que se situe totalmente fora da moldura, a partir do caso concreto, o autor é alvo de inúmeras críticas.

Para Cattoni de Oliveira (2001, p. 54), a posição adotada por Kelsen a partir de 1960, permitindo uma interpretação fora dos limites da moldura, é uma total inversão da pirâmide normativa inicialmente proposta ao deixar a critério de Tribunais Superiores e do legislador infraconstitucional a decisão do que seja o Direito. Nesse sentido, colaciona-se seus ensinamentos:

Simplesmente, tal teoria da interpretação autêntica, presente em 1960, é incompatível com a teoria do ordenamento jurídico desenvolvido até então por Kelsen, a menos que se admitisse que ele tenha assumido uma posição tão realista no sentido de acabar, em última análise, por considerar o Direito como um sistema escalonado de autorizações em branco que nada garantiria quanto à coerência formal e material das decisões em face de si mesmo, o que seria, mais uma vez, uma ruptura com os postulados juspositivistas e uma abertura fatal ao realismo jurídico, em que a questão acerca da eficácia do Direito, numa confusão entre ‘ser’ e ‘dever-ser’ (CATTONI, 2001, p. 55).

Chamon Junior (2006, p. 45-56), além de aderir às críticas propostas por Cattoni de Oliveira, aduz que a tarefa proposta por Kelsen, de descobrimento das possíveis significações da norma – quadro de molduras possíveis – é de impossível aplicação.

Isso porque para o mencionado autor, não há como alcançar todos os significados de uma determinada norma em confronto com as demais normas do ordenamento jurídico, que também devem ser analisadas em todos os seus sentidos:

Ora, a impossibilidade do estabelecimento ‘do quadro de leituras possíveis’ é patente. É hermenêuticamente impossível alcançar todos os sentidos de uma certa norma em confronto com todas as normas do ordenamento jurídico que também, por sua vez, devem ser entendidas em todos os seus significados. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 45).

Ainda como bem lembrado por Chamon Junior (2006, p. 114) “Kelsen se esquece de que, em abstrato, e sem o alicerce fornecido pelo caso concreto, é impossível estabelecer o sentido atribuível a determinada norma, isto é, interpretá-la”.

Pode-se inferir que Kelsen não consegue justificar a legitimidade da aplicabilidade das normas jurídica – entendimento este considerando as bases do Estado Democrático de Direito. A teoria proposta deixa margem a diversos questionamentos e dúvidas a respeito de sua eficácia e validade, especialmente quando propõe a análise das diversas interpretações possíveis da norma a ser aplicada em face das várias possibilidades de interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

O controle de validade de Kelsen, tendo como pressuposto a existência de norma hierarquicamente superior, é falho, pois as normas fundamentais, no caso as normas constitucionais, não são capazes de prever todas as situações possíveis a fim de conceder validade às normas inferiores.

Por outro lado, ao afirmar que os costumes podem derogar normas vigentes que não são observadas e eficazes, e que é possível a criação de normas a partir de um caso concreto, a teoria de Kelsen põe em risco a segurança jurídica deixando à critério da discricionariedade de Juízes a criação do Direito das partes envolvidas em litígio.

Conforme todo o discorrido, Kelsen se propôs a justificar a legitimidade e a validade das normas jurídicas a partir da existência de um “sistema de regras”. Contudo sua teoria positivista acaba a levar a incertezas pela inconsistência da ideia apresentada quanto à validade e eficácia da norma e também em razão da presença constante da discricionariedade como forma de aplicação do direito sendo insuficiente para legitimar uma decisão judicial.

1.2 O direito como sistema de princípios: uma visão geral acerca da aceitabilidade da aplicação do Direito através de princípios

Após se afirmar no tópico anterior que o Direito, aplicado somente partindo do pressuposto de um sistema de regras se torna engessado, falho e insuficiente, o desafio agora é demonstrar como o Direito pode e deve ser aplicado através de um sistema principiológico. O jurista português Canotilho é um dos que defende a eficácia normativa dos princípios, diferenciando-os das regras em relação ao grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentabilidade do sistema e natureza normogenética.

Em relação ao grau de abstração, os princípios detêm maior abstração que as regras, o que, por conseguinte, tornariam os princípios menos determinantes que aquela, tratando-se de uma relação inversamente proporcional.

Tal abstratividade se justifica porque os princípios são pilares axiológicos do ordenamento jurídico, se subdividindo em subprincípios, tratando-se de fundamentos ético-valorativos, inclusive, das regras, o que lhe assegura sua natureza normogenética. Em síntese, os princípios, para Canotilho, como expõe Chamon Junior, são a *ratio* das regras:

Os princípios, assim, seriam dotados de um caráter bem mais “abstrato” e que, por ‘influírem’ na construção das regras, seriam peças fundamentais no sentido de supostamente serem fundamentos valorativos do Direito. Como asseverou Bandeira de Mello, seriam alicerces que fariam com que seu conteúdo fosse irradiado por toda a ordem jurídica. Seriam fundamentos ético-valorativos do sistema jurídico e também das ‘regras’. Nesse sentido é que se poderia falar que os princípios teriam uma ‘natureza normogenética’: “constituem a *ratio* das regras jurídicas”. As características acerca do grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentabilidade do sistema e natureza normogenética são as utilizadas por Canotilho para diferenciar os princípios das regras – numa perspectiva não somente semântica, mas que também vem a assumir os princípios como atrelados a uma ordem concreta de valores e pretensamente fundamentar o sistema jurídico. (CHAMON JUNIOR, 2006. p. 74).

Feita tais considerações, dúvidas inexistem acerca da normatividade dos princípios, tratando-se o direito de um sistema de regras e princípios, sendo que o primeiro, inclusive, encontra fundamento de validade e existência no segundo.

O direito é um sistema de princípios, os princípios são, sim, encarados como normas, dotados, pois, de força normativa. O direito é principiológico e exatamente por isso não há como determinar todas as hipóteses de sua aplicação. Isso não significa que a autoridade jurisdicional vá, caso a caso, inventar a decisão, muito antes pelo contrário, há que se fazer um esforço para, em face das ambições do Direito para si mesmo, e em face da história institucional do direito, aplicar o Direito de maneira adequada, e não meramente possível, perante aquele caso. E isso somente é passível de ocorrer na medida em que compreendemos o Direito como um sistema de princípios, jamais capazes de serem convencioneados e descritos abstratamente em todos seus matizes”. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 97).

O autor ainda complementa seu raciocínio da seguinte forma:

A partir do momento em que compreendemos o Direito como um sistema de princípio, não quer se pretender qualquer situação como carente de ‘regulamentação’ legislativa a justificar, pois, o emprego de uma analogia para solucionar o problema. Antes o que dever ser compreendido é que todo e qualquer caso é sempre possível construir uma solução correta, à luz dos

argumentos apresentados pelas partes e à luz do Direito como integridade assumindo em face de seu projeto jurídico moderno”. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 105).

Não entender o direito como um sistema de princípios é trabalhar numa perspectiva eminentemente positivista, a qual, conforme exposto ao longo do tópico anterior, restou evidenciada sua falência, posto que se trata de um sistema falho, engessado, incoerente e incapaz de propiciar prestação jurisdicional com eficiência. Mais a frente, será trabalhada de forma pormenorizada a teoria dos princípios de Robert Alexy e de Ronald Dworkin. Afinal não se pode negar a contribuição de Robert Alexy na compreensão de um sistema principiológico e assim sua contribuição para o presente trabalho, inclusive na medida de contraposição com a teoria de Ronald Dworkin.

1.2.1 O direito como sistema de princípios na acepção de Robert Alexy: o método argumentativo e sua aplicação ao caso concreto na busca pela legitimidade das decisões judiciais

Importante se faz também demonstrar, mesmo que não seja o foco principal do trabalho, mas devido às suas contribuições, como Robert Alexy, chamado de pós - positivista, desenvolve sua teoria se afastando das proposições de uma interpretação normativa que oferece uma resposta jurídica predeterminada, defendendo a ideia de uma argumentação jurídica racional, que segue critérios de elaboração, e por isso possui status de racional.

Dentro dessa perspectiva de racionalidade, Alexy (2005) propõe as regras e formas do discurso prático em geral. Essas regras são separadas em grupos, cuja validade é condição de possibilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou correção:

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se; (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita; (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes; (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. (ALEXY, 2005, p. 191).

O primeiro item remete às regras do pensamento lógico, aplicadas às proposições normativas, onde estas serão avaliadas como verdadeiras ou falsas dentro

de uma construção semântica, consistindo também na proibição de se contradizer, ou seja, na incompatibilidade deontológica. (ALEXY, 2005, p.192).

O segundo item trata da verdade da discussão, a sinceridade que deve reger as discussões racionais, e é constitutiva para toda comunicação linguística (ALEXY, 2005, p.192).

O terceiro item exige a coerência do discurso do falante, assim, todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos seus pontos relevantes (ALEXY, 2005, p. 193).

O quarto item remete a ideia de uso comum da linguagem no discurso de análise da linguagem, propondo a manutenção da fala com clareza e sentido (ALEXY, 2005, p.193).

Segundo o Autor, as regras propostas no primeiro e no quarto item são as “regras fundamentais”, por serem elementares na construção do discurso prático.

Os discursos práticos exigem fundamentações, para que restem demonstrada a veracidade dos argumentos e a crença do locutor naquele discurso. A não fundamentação também exigirá fundamentação de negativa, e daí surgirá à seguinte regra: “(2) – Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que se possam dar razões que justifiquem negar uma fundamentação” (ALEXY, 2005, p.194).

Segundo Robert Alexy:

Quem fundamenta algo pretende ao menos no que se refere a um processo de fundamentação, aceitar o outro como parte na fundamentação, com os mesmos direitos, e não exercer coerção nem se apoiar na coerção exercida por outros. Também pretende assegurar sua asserção não só perante seu interlocutor, mas perante qualquer um. Os jogos de linguagem, que não pretendam cumprir pelo menos esta exigência, não podem considerar-se fundamentação. As exigências de igualdade de direitos, universalidade e não coerção pode formular-se com três regras. Essas regras correspondem às condições da situação ideal de fala elaboradas por Habermas na versão fraca e aceita anteriormente, cujo conteúdo é o seguinte:

(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso; (2.2) (a) todos podem problematizar qualquer asserção; (b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (c) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; (2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em 2.1 e 2.2, mediante coerção interna e externa ao discurso. (ALEXY, 2005, p.194-195).

Assim, tem-se que todo falante deve justificar suas assertivas, bem como permitir a participação no discurso, aceitando a problematização de qualquer asserção, a introdução de novas asserções, e opiniões, sem que haja qualquer tipo de coerção.

Logo, os enunciados normativos ao passarem pelo discurso ideal, se sujeitam ao instrumento de crítica, o que levam a sua correção, pelas regras da racionalidade.

As regras da razão, bem como as formas de argumentos viabilizam o acordo racional nas questões práticas, no entanto, não garantem seu caráter definitivo e irrevogável, considerando que todo discurso tem de partir de concepções normativas historicamente dadas e, por isso, mutáveis (ALEXY, 2005, p.207).

Devido a estas limitações do discurso prático em geral, que se fundamenta a necessidade das regras jurídicas (ALEXY, 2005, p.208).

1.2.1.1 O discurso jurídico como caso especial do discurso em geral

Segundo Alexy, a argumentação do discurso jurídico se diferencia da argumentação prática em geral, pois, obrigatoriamente, a primeira sempre estará vinculada ao Direito. Em âmbito jurídico, não haverá uma discussão de todas as questões, haverá uma limitação. Nas palavras do autor:

A amplitude e os tipos de limitações são muito diferentes nas diversas formas. A mais livre é a discussão da Ciência do Direito. No processo se dão as maiores limitações.

[...]

O processo de argumentação é limitado temporalmente, sendo regulamentado por regras processuais. As partes podem orientar-se segundo seus interesses. Com frequência, talvez como regra, as partes não buscam a sentença correta ou justa, mas a que lhe é vantajosa. As outras formas podem situar-se, no que diz respeito a extensão das diferentes limitações, entre esses dois extremos. (ALEXY, 2005. p. 210).

Sendo assim, o discurso jurídico é considerado um caso especial do discurso geral fundamentando-se em dois pontos: “(1) na referência das discussões jurídicas a questões práticas, isto é, a questão sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) na discussão dessas questões sob o prisma da pretensão de correção” (ALEXY, 2005, p.211).

No discurso jurídico, mesmo que as pessoas busquem as decisões que lhe são mais favoráveis e não tentem convencer a todos, o que se espera nesse discurso é que toda pessoa racional esteja de acordo com o locutor, se submetidos a condições ideais.

As condições ideais, aqui mencionadas, referem-se às condições ideais de discurso, pressupondo assim um discurso racional, não no sentido de inexistência de coerções e limitações, mas no sentido em que nas discussões jurídicas e seus debates ocorram sob a pretensão de correção, e por isso fala-se em condições ideais (ALEXY, 2005, p. 216).

Essa correção buscada no discurso jurídico não se refere à racionalidade das proposições normativas, e sim das fundamentações do ordenamento jurídico.

Sob a ótica do Autor (ALEXY, 2005), as decisões jurídicas são justificação de um caso especial de proposições normativas. Assim, os operadores do direito, denominados pelo autor como cânones do direito, justificam suas decisões mediante processos interpretativos. Essa justificação das decisões jurídicas possui dois aspectos: a justificação interna e a justificação externa.

A justificação interna é a regra geral do silogismo lógico, e se constrói, segundo os métodos gerais da lógica deôntica. Essa justificação relaciona-se com a coerência na construção da fundamentação e argumentação.

A justificação externa consiste na fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Tais premissas podem ser regras do direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não sejam nem um nem outro (ALEXY, 2005, p. 226).

Fundamentar uma regra de direito, consiste em mostrar sua validade no ordenamento jurídico vigente. As premissas empíricas fundamentam-se em uma escala de formas de proceder. Já as premissas que não são empíricas e nem regras do direito são fundamentadas com a argumentação jurídica.

Tais fundamentações da justificação externa dividem-se em regras e formas de argumentos, classificados em seis grupos, sendo eles:

Regras e formas (1) de interpretação, (2) da argumentação da ciência do direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática geral e (5) da argumentação empírica, assim como (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Para designar esses grupos com uma só palavra, pode-se eleger as palavras: (1) lei, (2) ciência do direito, (3) precedente, (4) razão, (5) empiria, (6) formas especiais de argumentos jurídicos. (ALEXY, 2005, p. 226).

Logo, a justificação externa busca realizar uma análise lógica das argumentações extraídas desses grupos. Mediante esta análise será possível concluir que essas argumentações, trazidas por cada grupo, podem e necessitam se vincular. Essa

vinculação existente entre tais argumentações elucidarão o papel da argumentação empírica e da argumentação prática geral no discurso jurídico (ALEXY, 2005, p.228).

A argumentação prática em geral já foi apresentada, no entanto, cabe agora elucidar o que vem a ser uma argumentação empírica. Essa consiste naqueles argumentos que se fundamentam pelas regras que regem de fato, aquelas convicções normativas que são realmente seguidas, e que são consideradas racionais por aceitação mútua de um grupo. E também considerado um caso especial de um dever ser a partir de um ser (ALEXY, 2005, p. 186).

1.2.1.2 A teoria da ponderação de princípios: a proposta apresentada por Robert Alexy é adequada para justificar a legitimidade das decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito?

Após essa noção de racionalidade que se encontra subjacente ao pensamento de Alexy, se faz necessário ainda levantar que, como visto anteriormente, o positivismo jurídico trabalha a ideia de poder discricionário, ou seja, capacidade da autoridade judicial escolher, dentre as várias possibilidades existentes dentro de uma moldura e de acordo com suas convicções, a resposta que entender como sendo a correta. Isto porque, de acordo com tal teoria “a tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica a tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas)” (KELSEN, 2009, p. 393).

Contrariando o sistema de regras apresentado pelo positivismo, Robert Alexy também reconhece o caráter normativo dos princípios.

Tanto regras quanto princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, por que ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente (ALEXY, 2008, p. 87).

Acontece que, de acordo com Chamon Junior (2007, p. 71) Robert Alexy ainda se mantém preso a uma certa compreensão positivista do Direito.

Complementando as críticas a Robert Alexy, Chamon Junior (2006, p. 55) aduz que, embora Alexy não seja positivista, adota a estrutura de Kelsen acerca da existência

de uma norma fundamental, sob argumento de que “[...] é necessária para explicar a passagem do plano do ser para o âmbito do dever-ser – o que, definitivamente, vem a marcar a falta de uma adequada compreensão da tensão entre real/ideal”.

Segundo o autor, embora Alexy pregue a força normativa dos princípios, também entende que a pertinência destes em nada impede a existência da norma fundamental. Ao contrário do que propôs Kelsen, Alexy afirma que a norma fundamental não pode ser neutra, sob pena de padecer de vícios de legitimidade.

Neste sentido, colacionam-se seus ensinamentos citados por Chamon Junior:

Si una Constitución há sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces sí, y en la medida en que, las normas de esta Constitución no son extremadamente injustas, está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución tal como corresponde a la pretensión de corrección. (ALEXY apud CHAMON JUNIOR, 2006, p. 56).

Para Alexy, a prevalência de uma norma fundamental neutra, meramente formal, não permite uma real compreensão acerca da validade do Direito. Para que tenha eficácia, a norma fundamental deve ser o fundamento que atribuirá legitimidade às demais normas, de forma a permitir que não haja questionamentos acerca de sua aplicabilidade.

A estrutura da norma fundamental proposta por Alexy, conforme afirmado por Chamon Junior estaria atrelada a uma noção de legitimidade moral e teria como tarefa:

[...] a) transformar uma categoria do ser – o socialmente eficaz – em um dever-ser – o juridicamente válido; b) determinar quais são os critérios daquilo que se entende por Direito; c) e também criar uma ideia de unidade do sistema, já que todas as normas teriam sua validade uma última instância na norma fundamental. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 56-57).

Assim, para superar esta perspectiva positivista presa a um sistema rígido de regras, Robert Alexy traça sua teoria de princípios e regras. Para o autor, é de extrema relevância distinguir os princípios das regras, inclusive, para uma melhor concepção da legitimidade e validade das normas.

Entretanto, o faz com grandes críticas ao modelo apresentado por Dworkin, realizando a diferenciação entre princípios e regras de forma peculiar.

Para Alexy (2008, p. 89), o traço diferenciador entre as regras e os princípios podem se resumir em três aspectos: em primeiro lugar os princípios são mais abertos, genéricos e abstratos do que as regras; em segundo lugar os princípios são aplicados à

luz do caso concreto, mediante uma ponderação e pesagem de valores, ao contrário das regras que se aplicam em um sistema de tudo ou nada, conforme Dworkin já havia especificado. Em terceiro lugar, Alexy assegura que os princípios se diferenciam das regras porque se constituem em mandamentos de otimização, não se tratando de obrigações definitivas, característica esta inerente às regras.

Esta última diferença é, de acordo com o autor, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentre das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 90-91, grifo do autor).

Para Robert Alexy, os princípios e regras se distinguem em razão de sua aplicabilidade. Segundo o autor, os princípios são “mandamentos de otimização”, isto é, normas que ordenam que algo deve ser cumprido da melhor forma possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Alexy assinala que os princípios possuem como principal característica a especificidade de poderem ser cumpridos em menor ou maior grau, dependendo sua efetividade das condições fáticas e jurídicas de cada caso.

Por outro lado, as regras possuem características de cumprimento pleno e definitivo, não comportando cumprimento em diferentes graus, como os princípios. Nesse aspecto, novamente se vale dos ensinamentos de Chamon Junior, explicando Alexy:

As regras, por sua vez, não seriam mandatos de otimização, mas uma norma que exigiria *cumprimento pleno e na medida por ela prescrita*: as regras poderiam tão somente ser cumpridas, ou não. Os princípios, todavia poderiam ser mais ou menos satisfeitos, permitindo, portanto a verificação de *variados graus de cumprimento*. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 58, grifo do autor).

Ainda no entendimento de Chamon Junior, para Alexy o Direito é um conjunto de princípios, regras e, também, procedimentos:

Destarte, entende que o sistema é composto de regras e de princípios. Mas além destes inclui os *procedimentos*, pois as normas por si sós, não regulam sua própria aplicação, sendo necessária a consideração do procedimento de que, em termos de razão prática, permitiria que o fosse alcançada e assegurada a racionalidade de aplicação do Direito. Um modelo assim, em três níveis, seria, segundo o autor, preferível a qualquer outro, já que, segundo Alexy, por questões de razão prática não se pode renunciar à presença nem de princípios, nem vê valores no ordenamento. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 56-57, grifo do autor)

Entende-se pela teoria Alexyana, cuja aplicação dos princípios se dá através dos variados graus de cumprimento e pelo caráter definitivo das regras, que a técnica de ponderação somente poderá ser aplicada em relação aos princípios, na medida em que as regras não possuem flexibilidade de aplicabilidade, ou seja, serão aplicadas ou não.

[...] Somente assim, entende ALEXY, é que se poderia explicar porque a ponderação seria então sempre, relacionada à aplicação dos princípios – o que abre a perspectiva argumentativa de ALEXY a uma interpretação da legitimidade de aplicação do Direito por aproximação, já que se poderia satisfazer com o grau mais alto possível de aplicação normativa. (CHAMON JUNIOR, 2006, p.58).

Nesta extensão, no campo da aplicação, havendo conflito entre regras uma seria declarada válida em detrimento à outra. Por outro lado, no caso de colisão de princípios não haverá declaração de invalidade de um em detrimento ao outro. Neste caso, através da ponderação e da análise do caso concreto se realizará o sopesamento do princípio que melhor se aplica, ou seja, aquele que é preferível à luz do caso concreto.

O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto* (ALEXY, 2008, p. 95, grifo do autor).

Nesse sentido, Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, apresenta a Lei de Colisão para solucionar a colisão de princípios utilizando um julgado do tribunal constitucional, que diz respeito à não realização da audiência oral tendo em vista a saúde delicada do acusado que sofre risco de infarto. Neste caso, há uma colisão entre o princípio da aplicação do direito penal (P1 — que obriga a audiência oral) com o

princípio de proteção do direito à vida e integridade do acusado (P2 — que proíbe a audiência oral) (ALEXY, 2008, p. 94-99). A partir de então é que Robert Alexy passa a adentrar em sua teoria, apoiando-se, essencialmente, no postulado da proporcionalidade.

Tal ferramenta de ponderação busca solucionar o conflito sem que haja desrespeito a nenhuma das normas, mas fazendo com que uma seja mais valorada do que a outra em determinado caso concreto, procurando da melhor forma possível preservar a harmonia das normas.

Segundo Chamon Junior (2007, p. 74), em busca pela otimização, Alexy vai compreender a estrutura de balanceamento através do princípio da proporcionalidade que é formado por três importantes subprincípios: adequação, ou seja, a verificação se o meio escolhido é apto para atingir o fim pretendido; necessidade, que irá estabelecer se há outro meio mais eficaz e menos danoso para atingir o resultado; e proporcionalidade em sentido estrito que reflete a condição de verificar se o meio escolhido traz mais benefícios do que ônus. Nas palavras de Chamon Junior:

O princípio da adequação, em uma lógica instrumental, é interpretado no sentido de que a adoção de um *meio* não se pode dar sem que haja a promoção de qualquer finalidade em razão da qual, ou para a qual, teria sido adotado. Por este princípio, exige-se que o meio então pretendido seja capaz de, factualmente, alcançar, quando de sua adoção, uma finalidade determinada.

Já o *princípio da necessidade* vem estabelecer, também em face das circunstâncias fáticas, que se duas estratégias, que servissem como *meio* de satisfação de P1, fossem, em princípio ‘igualmente adequadas’, haveria que ser escolhida aquela estratégia que menos intensamente viesse, pois, a causar restrição a outros.

[...] Mas se uma terceira *finalidade* vem a ser afetada negativamente pela adoção de estratégia que viria a interferir menos em P2, abre-se como necessária a tomada em conta do balanceamento, da aplicação do *princípio da proporcionalidade* vez que, então, referido à possibilidades jurídicas (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 74, grifo do autor).

Pois bem, adotando este critério de sopesamento e preferibilidade propostos por Alexy questiona-se até que ponto um processo decisório com base nestes critérios é correto e consistente, bem como é dotado de legitimidade e positividade dentro do paradigma² do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, a proposta de Alexy, não nos leva a uma resposta segura. Chamon Junior afirma que:

² O termo paradigma será utilizado durante todo o presente trabalho acadêmico com sendo um modelo, ou seja, um padrão a ser seguido.

[...] ALEXY busca uma fundamentação racional para alcançar essas noções de preferibilidade, e as razões para justificar essa hierarquização de princípios perante o caso concreto, em campos como a intenção do legislador, as consequências que dita medida traria para a sociedade, opiniões de especialistas, etc. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 59).

Tem-se, assim, que para realizar o sopesamento de princípios, Robert Alexy propõe a aplicabilidade de critérios de valores sobre cada caso. Embora reconheça a distinção entre tais institutos – princípios e valores – na argumentação dos critérios de preferibilidade acaba por igualá-los estruturalmente, o que, inquestionavelmente é alvo de várias críticas.

A principal crítica que se faz a teoria de valores de Alexy, é que sua aplicabilidade nos leva a uma hierarquização dos valores e, consequentemente, à discricionariedade na aplicação do Direito em que as decisões judiciais seriam desprovidas de fundamentos, racionalidade e transparência.

Embora Alexy refute veementemente a possibilidade da hierarquização de valores – por não ser possível estipular todos os valores e alocar ordem em cada um deles -, bem como a impossibilidade de subjetivismo e decisionismo judicial, arguindo que seu modelo é fundamentado e racional, se fazem justas as críticas propostas.

Outra importante constatação negativa na teoria de Robert Alexy é que, mesmo através de uma ponderação de princípios que se dá pelo critério da proporcionalidade não se teria como chegar a uma resposta certa, mas no máximo aproximada. Nesses termos, ter-se-ia apenas soluções discursivamente aceitáveis como se pode observar das considerações de Fernandes:

Nesse mesmo diapasão, temos ainda que, para **Alexy**, a ponderação ainda que justificada de forma racional pelo critério da proporcionalidade não teria como chegar a uma única solução correta para cada caso (FERNANDES, 2010, p. 201, grifo do autor).

Este é o raciocínio inerente à chamada lei de ponderação, ou seja, não haveria que se falar em uma única resposta correta para o caso concreto, o que faz da teoria da argumentação de Alexy insuficiente para determinar a legitimidade de uma decisão judicial.

Para finalizar, entende Alexy que a resposta a um caso apresentado tem que passar pelas regras do discurso para que *um mínimo* de racionalidade esteja presente. Entretanto, uma série daquelas regras discursivas é *realizável tão-somente de maneira aproximada* – por entender que, da tensão entre ideal e

real, a realidade poderia somente se *aproximar*, ainda que em um grau *ótimo*, da idealidade (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 60, grifo do autor).

Por fim, entender a aplicabilidade do Direito a partir de um sistema de preferência de princípios não traduz as bases de um Estado Democrático. Uma norma jurídica é ou não é válida, ela é ou não é aplicada. Não há como prevalecer uma aplicação “mais ou menos”, ou seja, gradual sem que se tenham decisões infundadas, desprovidas de racionalidade e totalmente subjetivas com preferências a determinados interesses.

Nesta linha argumentativa, a teoria de Robert Alexy, traduz um ordenamento jurídico em que impera a incerteza e insegurança jurídica com clara distorção da ideia de direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição.

1.2.2 A crítica de Habermas à legitimidade do Direito proposta por Robert Alexy

Faz-se necessário ainda, discorrer sobre a proposta de Jürgem Habermas que, a partir do pensamento de Dworkin – que será melhor explicitado a diante – em crítica à teoria proposta por Alexy, traz um discurso jurídico de aplicação do Direito a partir de uma proposta democrático-interpretativa.

Habermas propõe, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, uma teoria de argumentação pautada em procedimentos. Assim, segundo Chamon Junior (2006, p. 68), “a *legitimidade* passa pela racionalidade discursiva quando se tem assegurado um sistema de direitos”.

O autor defende que o Direito possui um código binário – as normas se aplicam ou não se aplicam – e não um código gradual. Neste sentido afirma Habermas, citado por Cattoni que:

Normas e valores, portanto, diferem-se entre si, primeiramente, por suas referências, respectivamente, ou a ações obrigatórias ou a noções teleológicas; em segundo lugar, os códigos ou binários ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro, por seu caráter ou absoluto ou relativo; e, quarto, pelos critérios que os sistemas de normas e os sistemas de valores devem satisfazer, respectivamente. O fato de que normas e valores diferem em suas propriedades lógicas produz diferenças significativas para sua respectiva aplicação. (HABERMAS apud CATTONI, 2001, p. 150-151).

Sustenta o autor que, ao contrário dos valores, os direitos não são comandos que permitem negociar sua legitimidade e aplicação. O direito é algo devido e que deve

ser aplicado e não simplesmente algo atrativo que pode ter aplicação gradual ou aproximada.

Neste sentido, é importante citar as conclusões de Günther que são compartilhadas por Habermas:

O critério de acordo com o qual nós nos orientamos quando sopesamos normas colidentes não pode ter, por sua parte, um conteúdo material predeterminado como qual se dê prioridade a certos pontos de vista normativos sobre outros. O conceito alexyano de princípios como comandos otimizáveis desde já desperta nossa atenção para o perigo que pode surgir quando, nesse momento um modelo de valores é projetado numa teoria da estrutura normativa. A decisão acerca da norma adequada é então reduzida a se decidir acerca de um estado de coisas relativamente melhor, o qual é ainda o ótimo numa situação particular. O problema aludido no perigo da já introdução de critérios materiais quando da determinação da estrutura da argumentação, critérios os quais deveriam, eles mesmos, ser sujeitos a uma argumentação de adequabilidade. Um conceito procedimental de adequabilidade, ou uma aplicação procedimental de normas teria que evitar o uso de tais critérios materiais implícitos. Se adequabilidade consiste em se considerar todos os elementos de uma situação, então método de consideração não pode ser, por sua parte, determinado por critérios materiais. (GÜNTHER apud CATTONI, 2001, p. 152-153).

Inquestionavelmente, Habermas se opõe à concepção da jurisprudência de valores proposta por Robert Alexy e a existência de uma teoria material da Constituição, pois:

Qualquer um que pretenda equacionar a Constituição com uma ordem concreta de valores engana-se quanto ao caráter especificamente jurídico da primeira: os direitos fundamentais, enquanto normas jurídicas são constituídos, como as normas morais, segundo o modelo das normas de ação obrigatória – e não consoante o dos bens atrativos. (HABERMAS apud CATTONI, 2001, p. 153).

Conforme destaca Cattoni (2001, p. 157), a tensão interna entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, é tratada em termos de jurisdição como um problema de cunho decisório que seja ao mesmo tempo consistente e correto.

Para Jürgen Habermas³, a legitimidade das leis e normas é garantida, em uma democracia, por processos de validação discursiva, ou seja, a validade das normas está atrelada à validade de sua construção, que se realiza sob condições da comunicação.

³ Nas palavras de Jürgen Habermas: Ao tratarmos da fundamentação do sistema de direitos, descobriremos que a autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa. Sob condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes só

Nas palavras de Habermas:

O predicado ‘válidas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por “normas de ação” expectativas de comportamento generalizadas temporal social e objetivamente. Para mim, “atingido” é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E “discurso racional” é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações locucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundados discursivamente (HABERMAS, 1997. p.142).

Assim, para Habermas, as decisões estão condicionadas ao seu discurso de validação que deve ser construído observando critérios racionais. Dela se extrai regras com validade objetiva e universal, viabilizando, assim, uma aplicação imparcial do Direito.

Em síntese, para Habermas a questão da legitimidade e validade das normas jurídicas está atrelada à participação dos destinatários das normas no processo legislativo de construção destas. Na perspectiva do Estado Democrático de Direito somente um discurso de justificação, que será mais bem trabalhado à frente, com plena participação dos destinatários das normas, ou seja, com uma efetiva democracia participativa com os cidadãos na condição de co-autores das normas, é que conferirá validade e legalidade ao direito.

1.2.3 O direito como sistema de princípios na acepção de Ronald Dworkin

Iniciando a defesa de “[...] uma teoria liberal do direito [...]”, Dworkin (2010, p.7) constrói uma tese baseada numa argumentação contraposta ao que chamou de “[...] teoria dominante do direito [...]” (DWORKIN, 2010, p. 7). O autor explica que esta “teoria dominante” se divide em duas partes. A primeira parte, chamada teoria do positivismo jurídico, baseada no questionamento de “o que é o direito?”, trata das

podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de processos de participação democrática, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. Uma autonomia privada assegurada serve como garantia para emergência da privada. Esse complexo circular se manifesta também na gênese do direito vigente. (1997, p.147).

condições de veracidade de uma proposição jurídica. A segunda parte foi chamada de teoria do utilitarismo, e busca compreender “o que deve ser o direito?”, e ensina que a função do direito e de suas instituições seria servir ao bem-estar geral (DWORKIN, 2010, p. 7-8).

Entre as diversas críticas a respeito da “teoria dominante do direito”, o jurista norte-americano faz uma observação especialmente relevante ao tema do presente estudo ao afirmar que “[...] a teoria dominante é falha porque rejeita a ideia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados, através de legislação explícita⁴. [...]” (DWORKIN, 2010, p. 13). Neste sentido, defende a existência de “trunfos políticos” a serem invocados pelos indivíduos quando um direito lhes é negado com base em justificativa de objetivo comum que não seja suficientemente forte. Tais trunfos seriam os direitos individuais. (DWORKIN, 2010, p. 15).

A partir daí e para melhor compreensão de suas ideias, necessário se mostra que Dworkin propõe a provar que o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, divergindo do pensar positivista.

O Direito positivo composto por regras e princípios assegura, mediante uma jurisprudência discursiva, a integridade das condições de reconhecimento que garantem o igual respeito e consideração para todos os membros de uma comunidade jurídica. (REPOLÊS, 2008, p. 329).

Nesse ideal, explicando a existência de princípios e regras integrantes do ordenamento jurídico, bem como suas características distintas, Chamon Junior expõe que:

A partir das diferenças entre regras e princípios, Dworkin se propõe a provar que estes são integrantes do ordenamento jurídico muito diversamente do pensar positivista. Para isso, desenvolve aprofundadamente a ideia de integridade em seu livro *Law's Empire*, juntamente com uma superação de uma distinção semântica entre regras/princípios – apesar de ter afirmado antes ser uma distinção meramente lógica. Os princípios integram o Direito, assim como as regras: é a tese inicial de Dworkin. (CHAMON JUNIOR, 2006, p.50).

⁴ Essa afirmação demonstra clara crítica a teoria positivista - refutada pelo autor no transcorrer de suas obras - na medida em que nega que o direito é proveniente exclusivamente de regras, práticas e decisões explícitas.

Tornando clara sua argumentação, Dworkin utiliza exemplos de casos práticos julgados pelas Cortes Norte-Americanas, nos quais mostra a aplicabilidade e plausibilidade de suas ideias.

A compreensão destas ideias exige o conhecimento prévio de alguns pontos frisados pelo autor, conforme tratados a frente.

1.2.3.1 Teoria dos princípios de Ronald Dworkin: regras, princípios e diretrizes políticas

De antemão deve-se conceber que, para Dworkin, princípios são padrões diferenciados, com operatividade jurídica diversa das regras. Assim como os princípios, podem existir outros padrões, cada qual com peculiar operatividade jurídica.

Nesse contexto, frequentemente o autor se utiliza do termo “princípio” para se referir a todo um conjunto de padrões que não são regras e, eventualmente, utiliza o termo em sentido estrito. Contudo, é importante saber o real sentido da utilização do termo para exata compreensão das ideias dworkianas:

Com muita frequência, utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. (DWORKIN, 2010, p. 36).

O termo “princípio”, em sentido amplo, é dividido em duas espécies: a palavra “princípio” utilizada em seu sentido estrito, e as chamadas “diretrizes políticas”. O termo “princípio”, em sentido estrito, refere-se a um padrão que reflete uma exigência de justiça, equidade ou algo relativo à moralidade.

Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas) (DWORKIN, 2010, p. 36).

Neste sentido, “[...] argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante direitos individuais ou de um grupo”. (DWORKIN, 2010, p. 36).

O termo “política” refere-se a um tipo de padrão que estabelece objetivos gerais de melhoria para a comunidade (sejam esses objetivos negativos ou positivos). Assim, “[...] argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.” (DWORKIN, 2010, p. 129).

São os ensinamentos de Chamon Junior:

Os princípios ainda se diferem das diretrizes políticas. Enquanto estas pretendem estabelecer uma meta coletiva, um objetivo a ser alcançado, como alguma melhora no campo político ou econômico, por exemplo, os princípios podem justificar uma decisão política não por envolver uma meta, mas por garantir e assegurar um direito individual. (CHAMON JUNIOR, 2006, p.50).

A título de ilustração tem-se a passagem de Ronald Dworkin que fornece exemplos das duas espécies.

[...] Parece natural dizer, por exemplo, que a liberdade de expressão é um direito e não um objetivo, pois os cidadãos têm direitos a essa liberdade por uma questão de moralidade política, e que o aumento de produção de material bélico é um objetivo e não um direito, pois contribui para o bem-estar coletivo, mas nenhum fabricante específico tem uma prerrogativa a um contrato governamental (DWORKIN, 2010, p. 129).

Com vista ao trecho transcrito infere-se que, ao falar de liberdade de expressão, faz-se referência a um princípio; lado outro, a produção de material bélico encontra-se na seara da política.

Outro ponto crucial da teoria dos princípios sob a perspectiva dworkiana reside na dimensão de sua diferenciação frente às regras. A distinção entre os chamados “Standards” do ordenamento jurídico se dá em dimensão lógica (SIQUEIRA, 2003), a qual se passa a explicar:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem (DWORKIN, 2010, p. 39).

Outra distinção importante, decorrente da primeira diferença apresentada, e que deve ser destacada provém do fato de Dworkin entender que os princípios possuem uma dimensão de peso e importância.

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. (DWORKIN, 2010, p. 42).

Apoiado nesse entendimento, Dworkin argumenta que a diferença entre regras e princípios jurídicos reside no fato de que as primeiras são aplicáveis em forma de tudo-ou-nada, enquanto os últimos não o são. A aplicabilidade da regra cinge-se ao quesito da validade na medida em que, sendo válida é aplicável e aponta solução determinada. Sendo inválida, é simplesmente inaplicável. Então esta divergência apresentada pelo mencionado jurista diz respeito à natureza jurídica das regras e princípios, sendo que, a primeira é aplicada em um sistema de validade que mutuamente se auto exclui. Ou seja, a incidência de uma regra ocorre pela lógica do tudo-ou-nada.

A incidência de uma regra válida exclui por completo a existência e aplicabilidade de outra norma de conteúdo diametralmente oposto. Ou seja, havendo duas regras para regularem o mesmo fato, a aplicabilidade de uma exclui a validade da outra, justamente por essa lógica de tudo ou nada.

Prosseguindo, às regras, não haveria outra forma de descobrir qual – dentre as conflitantes - é aplicável, senão a já citada questão da validade, que determina sua aplicação ou não. A análise da validade ou não de determinada regra pode, conforme Dworkin, ser estabelecida através de outras regras constantes do sistema jurídico que venham a determinar as hipóteses de preponderância e sobreposição de umas sobre as outras, mediante requisitos temporais, de generalidade ou conforme a autoridade que lhes originou, entre outros.⁵

Já os princípios não estão ligados à questão da validade. Eles possuem a característica de não apresentarem consequências jurídicas determinadas previamente, dando apenas direção ao argumento, e sempre necessitam da utilização de uma habilidade julgadora (DWORKIN, 2010, p. 39-41).

Para o autor, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância. Assim, haveria princípios de diferentes pesos, ou seja, alguns teriam maior força que

⁵ Pode-se citar, por exemplo, a norma posterior que revoga a anterior, a regra especial que prevalece perante a regra geral etc.

outros em cada caso concreto. O autor aponta “é preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros” (DWORKIN, 2010, p. 40). O que determinaria qual o princípio a ser aplicado em cada caso seria a ponderação entre aqueles em conflito, de forma a aferir qual possui maior força relativa. Porém, após o sopesamento entre princípios conflitantes para a escolha daquele aplicável ao caso concreto, não haveria a exclusão do princípio afastado, permanecendo este como parte do ordenamento jurídico, podendo ser invocado em outro caso concreto ao qual sua aplicabilidade seja adequada.

“[...] são argumentos jurídicos que levantam pretensões de validade não específica e por isso carente de interpretação. Eles não provocam o problema de colisão das regras. A primazia de um princípio sobre o outro no caso concreto não implica na invalidade, é apenas uma questão de adequação” (REPOLÊS, 2008, p. 328)

A solução apresentada por Dworkin para um conflito entre princípios é a seguinte:

“[...] entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão, vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como ‘válido’” (DWORKIN, 2010, p. 114).

Outra característica importante é que as regras, por imporem resultados específicos, permitem a enumeração de suas exceções. Os princípios, em razão da ausência de uma hipótese de incidência⁶, não possuem a possibilidade de previsão de exceções. Desta forma, havendo a subsunção do fato à regra válida, esta indicará o resultado preciso. Contudo, sendo necessária a utilização de algum princípio no caso concreto, não haverá a determinação da decisão a ser tomada, mas apenas indicação do rumo para o qual o raciocínio do julgador deve pender. Neste sentido, em relação aos princípios, Dworkin afirma que “[...] mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas [...]” (DWORKIN, 2010, p. 40).

⁶ Entende-se por hipótese de incidência o conjunto de características factuais necessárias para aplicação de determinada norma, ou seja, é preciso que determinado fato ocorra para que a norma correlata possa ser aplicada. Como exemplo cita-se as normas referentes à reparação de dano, que somente são aplicáveis quando a hipótese de incidência – o dano – ocorre.

Contudo importa frisar uma questão levantada pelo autor. É que por diversas vezes a própria regra tem sua aplicabilidade condicionada à utilização de princípios. Isto se dá quando da utilização de termos subjetivos que carecem de julgamento quanto a seu significado. Apesar de a utilização desses termos aproximar a regra a um princípio, deve-se ter em mente que tal semelhança não chega ao ponto de transformá-la princípio (DWORKIN, 2010, p. 45). Isso porque a subjetividade que necessita de significação se concentra no termo ou expressão específica. Assim, esclarecido seu sentido por meio de habilidades de interpretação (muitas vezes doutrinária ou realizada por meio de diplomas infra legais), a regra está apta à aplicação, trazendo consequência predeterminada por ocasião da ocorrência de sua hipótese de incidência.

Importante ainda se faz esclarecer que na utilização das duas acepções do termo “princípio”, há argumentos de princípio e argumentos de política, guardando cada um as características peculiares às premissas que defendem.

Neste sentido, Dworkin acrescenta um importantíssimo aspecto relativo a essa bifurcação do termo “princípio”. O autor ensina que em hipótese alguma poderá o argumento de política se sobrepor ao argumento de princípio. Isso se dá em razão da já aludida questão de que os direitos individuais (que são argumentos de princípio) servirem como “trunfos” dos cidadãos frente a qualquer tentativa de sobrepujança de metas coletivas (argumentos de política) sobre os mesmos.

Nas decisões judiciais a primazia é dos argumentos de princípio porque esses são capazes de justificar a decisão política do legislador e mostrar que ela respeita o sistema de Direitos e conserva o nexos interno entre o caso concreto e o sistema jurídico como um todo. (REPOLÊS, 2008, p. 330).

Nesse sentido, o Direito pode e deve ser analisado através de um sistema de princípios e sistema este que se sustenta no entendimento de Ronald Dworkin. Corroborando com esse entendimento Fernandes colaciona:

Os princípios são **trunfos**, inclusive prevalecendo contra diretrizes políticas! E mais, dado o caráter flexível das diretrizes políticas, apenas o Poder Legislativo seria o órgão legitimado para estabelecer definições e programas de aplicação; ao Judiciário, caberia apenas a aplicação de regras e princípios conforme a dimensão de adequação do caso *sub judice*, uma vez que a eles está fechada a porta para criação de escolhas políticas, que só são disponíveis para um conjunto de parlamentares ou congressistas eleitos democraticamente (e, por isso mesmo, representantes de um povo em um Estado Democrático) (FERNANDES, 2010, p. 199, grifo do autor).

No ordenamento jurídico brasileiro, é inadmissível a sobreposição prévia de qualquer interesse ou meta coletiva sobre direitos individuais. Mormente em virtude de a Constituição da República (BRASIL, 1988) eleger, em seu preâmbulo, como um dos valores supremos, o exercício dos direitos sociais e individuais.

Dentro dessa linha de garantias, o texto constitucional se inicia elencando uma série de princípios e objetivos que buscam proteger o indivíduo, tais como a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Isso demonstra sua clara opção pela proteção do indivíduo, dada sua fragilidade frente às forças mais poderosas, tais como o Estado. Assim, a tarefa de proteção do indivíduo se perpetua por todo o texto constitucional, sendo as ressalvas expressamente elencadas e justificáveis. Esses princípios devem prevalecer sobre argumentos políticos conforme esclarece Dworkin ao afirmar que:

A atividade do juiz e a do legislador se diferencia, enquanto o legislador dá prevalência a argumentos de política, a decisão judicial dá prioridade a argumentos de princípios, e a justiça se coloca, portanto, como um fim atingido pela construção do nexo entre o caso e o sistema de princípios e regras. A integridade é o princípio operacional que submete os conflitos entre equidade e justiça na decisão judicial em busca de um fundamento de coerência. (REPOLÊS, 2008, p. 329)

Uma decisão fundamentada em argumentos de política resultaria injustiça para a parte que perdeu, não sendo justificável nem mesmo que fosse mais favorável à sociedade. Além disso, a decisão política não tem como obrigação o igual tratamento de todos, diferentemente das decisões baseadas em direitos.

Para explicar melhor a dinâmica de aplicação do direito, Ronald Dworkin desenvolve o que ele denomina de ideal de integridade, ou seja, considera que para uma construção e aplicação correta do direito se faz necessário que “a comunidade política compartilhe princípios comuns” (REPOLÊS, 2008, p. 330).

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado

princípios está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 2007, p. 274).

Os frutos do direito como integridade são que, diante de um caso concreto, o juiz poderá aplicar o direito de forma a apresentar a decisão mais correta sem ter que lançar mão de criar o direito e aplicá-lo ao caso retroativamente.

Logo, conflitos envolvendo princípios seriam solucionados por meio de uma análise cuidadosa e pormenorizada da leitura que a sociedade (e não exclusivamente o intérprete) faz da sua história jurídica. Nessa leitura, devemos nos esforçar, ainda, para construir um **esquema coerente** de princípios e de regras que estão inscritos em nossa **prática social**. Dworkin denomina, então, de “**integridade**” uma concepção do direito que se destaca por tentar agir assim. Como consequência, um direito que apresente **integridade** é capaz de sinalizar e nortear a aplicação dos princípios em face de cada caso concreto, que deve ser tratado como um **evento único e irrepetível** (FERNANDES, 2010, p. 199-200, grifo do autor).

Com o direito como integridade,

[...] cada decisão judicial preenche um momento de nossa **história institucional**, tentando revelar a *melhor* leitura que nossa sociedade faz de suas práticas sociais. Logo, o magistrado **não é uma figura criadora do direito**, mas antes disso, um **participante que argumenta com o restante da sociedade**, tentando convencê-la que sua leitura de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz. (FERNANDES, 2010, p. 201, grifo do autor).

Dworkin esclarece ainda que a integridade apresenta algumas exigências. Nesse sentido esclarece que “a política comum compartilha com a teoria política utópica certos ideais políticos, os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem” (DWORKIN, 2007, 199-200), as quais ele denomina de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

Em política, a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político da maneira mais adequada. Em termos gerais, isso atualmente remete – ao menos nos Estados Unidos e na Inglaterra – a procedimentos e práticas que atribuem a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam.

A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e

protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável.

O processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtudes, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violações como devem ser tratadas as pessoas em tal situação (DWORKIN, 2007, 200-201).

Pode-se dizer que a melhor compreensão é a que, através do uso do ideal de integridade, aplicado a cada caso concreto, o intérprete irá atingir a melhor decisão judicial. Assim, tem-se como certo que a integridade do sistema é necessária, ou seja, é preciso que todas as normas sejam coerentes entre si, com aplicação a todos os integrantes de uma sociedade indistintamente. O dever de obediência ao Direito é decorrente de obrigações morais, além do respeito às decisões democráticas da maioria e do ideal de integridade, não simplesmente de um contrato social ou apenas devido às sanções, que podem ser impostas em caso de descumprimento da norma.

1.2.4 Distinções relevantes entre as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin

De acordo com o apresentado nos tópicos anteriores, perceber-se diferenças pontuais entre as teorias sustentadas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Assim, dedica-se este tópico para tratar de tais diferenças, de modo a não restar dúvidas quanto à incompatibilidade de tais teorias. Assim, explicitando as diferenças existentes entre a teoria de Dworkin e Alexy, vaticina Fernandes:

A principal divergência se assenta no fato de que, em momento algum de seu percurso acadêmico, Dworkin afirma que regras e princípios podem ser diferenciados em razão de sua estrutura de aplicação ou por características morfológicas (de forma ou estrutura); ao contrário, para o autor norte-americano, princípios e regras apresentam uma distinção lógico-argumentativa, isto é, toma por base não uma construção semântica (dirigida a forma ou estruturas de cada espécie de normas jurídicas em tese e, por isso, longe do caso concreto), mas pragmática, já que a separação se dará de acordo com a argumentação e a apresentação de razões pelos envolvidos na discussão. Nessa perspectiva, é só pela análise das razões trazidas pelos participantes da discussão é que podemos compreender se a norma invocada funciona como um princípio ou como uma regra jurídica.

Outra distinção importante e que deve ser destacada provém do fato de Dworkin realizar não uma separação entre duas espécies de normas jurídicas mas sim entre três espécies de normas jurídicas: regras, princípios e diretrizes políticas. Esta última espécie simplesmente se encontra omissa nos estudos de Alexy, até mesmo quando comenta a separação dworkiana.

[...]

Nesse texto, o jurista norte-americano, de fato, coloca que regras são aplicadas de modo do tudo ou nada e princípios jurídicos, para serem aplicados, dependeriam de uma análise do caso concreto, para que se pudesse definir qual princípio teria o maior peso. Todavia, o uso, no texto dworkiano, dos termos “peso” e “ponderar” não recebe a mesma significação e aplicação na tradição norte-americana, na qual Dworkin se situa, que apresente nas obras de Alexy.

Seguindo a tradição norte-americana, ponderar é nada mais do que refletir sobre uma coisa, de modo que Dworkin se propõe a ‘ponderar sobre princípios’ (e não ponderar os princípios). (FERNANDES, 2010, p. 198-199).

Outro ponto relevante está no entendimento dado ao termo “ponderar”. Para a teoria de Ronald Dworkin, ponderar teria o significado de refletir sobre um princípio, pensar sobre um princípio e não deve ser visto ou tratado em compatibilidade com a ideia alexyana de ponderação. Para este realmente se pondera os princípios e não sobre os princípios.

[...] no texto dworkiano, dos termos ‘peso’ e ‘ponderar’ **não recebe a mesma significação e aplicação** na tradição norte-americana, na qual Dworkin se situa, que a presente nas obras de Alexy. [...] **ponderar** é nada mais do que **refletir** sobre uma coisa, de modo que Dworkin se propõe a ‘ponderar sobre princípios’ (e não ‘ponderar os princípios’). (FERNANDES, 2010, p. 199, grifo do autor).

Por fim, de relevo destacar, ainda, outra característica da teoria de Dworkin que a diferencia da teoria de Alexy. Para o primeiro é possível encontrar uma única resposta correta na ponderação de princípios, por meio da metodologia que o mencionado autor denominou de integridade. Em contrapartida, Alexy assegura que a ponderação de princípios, ainda que justificada de forma racional, não é capaz de chegar a uma única solução correta para o caso, mas apenas uma aproximação.

Novamente, utilizam-se dos ensinamentos de Fernandes para explicitar a temática, consoante se afere:

Nesse mesmo diapasão, temos ainda que, para Alexy, a ponderação ainda que justificada de forma racional pelo critério da proporcionalidade não teria como chegar a uma única solução correta para cada caso. Nesses termos, teríamos apenas soluções discursivamente aceitáveis, já para Dworkin, por meio de uma interpretação construtiva com base na teoria da integridade, há sim a possibilidade de uma única resposta correta a um caso concreto. (FERNANDES, 2010, p. 201).

Esta talvez seja a mais latente das diferenças entre tais teorias, ou seja, a proposta de integridade do direito de Ronald Dworkin exerce um papel central por meio

da única resposta correta para o caso concreto. Há que se considerar ainda que, para Dworkin a resposta correta também existe mesmo nos chamados “hard cases”, ou seja, deverá haver resposta correta nos casos nos quais as regras não determinem uma única resposta.

2 A RECONSTRUÇÃO DO SENTIDO MODERNO DE CONSTITUIÇÃO

Partindo da concepção de que o presente estudo tem como escopo, dentre outros, direitos fundamentais, importante se faz reconstruir o sentido moderno de constituição. Assim, constituição moderna pode ser definida como "...a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político" (CANOTILHO, 1997, 46). A partir da ótica moderna, a Constituição passou a significar a construção pelo homem de um projeto racional de organização social, ou melhor, a condensação das ideias básicas deste projeto racional em um pacto fundador. Neste pacto, enquanto ordenação sistemática e racional da comunidade se garantiram os direitos fundamentais e se organizou, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político (DORNELES, 2011).

Assim, conforme assinalado na introdução e no primeiro capítulo, o presente trabalho tem como objetivo dissertar acerca da legitimidade no processo de execução penal, sob uma perspectiva da integridade das decisões judiciais com fundamento na filosofia dworkiana do Direito.

Aprofundar-se-á a pesquisa no paradigma contemporâneo da evolução da teoria do direito constitucional a partir da exposição acima apresentada a respeito da evolução e distinção entre princípios e regras à luz de Ronald Dworkin, marco teórico do presente trabalho.

Contudo, não seria possível ainda trabalhar a evolução da teoria constitucional sem antes ter passado pelas teorias de Hans Kelsen, Robert Alexy e Jürgen Habermas, especialmente a partir da leitura e estudo das obras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Lúcio Antônio Chamon Junior, Adrian Sgarbi, dentre outros juristas renomados.

2.1 Breves considerações acerca do constitucionalismo

Inicialmente, faz-se necessário, mesmo que de forma tímida, evidenciar considerações acerca da origem do constitucionalismo e seus fundamentos, até mesmo porque, somente com o advento deste movimento é que se pode falar, efetivamente, em limitação de poder e asseguramento de Direitos e Garantias Fundamentais.

A noção de Constituição formal, como documento escrito dotado de supra legalidade, é fruto do movimento constitucionalista. Em síntese, esse movimento nada mais fez do que concentrar em um documento formal, leia-se Constituição, os Direitos e Garantias Fundamentais e as normas limitadoras do poderio Estatal.

É claro que não se pode falar em história dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou melhor, na própria história do movimento constitucionalista sem mencionar, ainda que timidamente, as dimensões de tais direitos.

Nas primeiras Constituições, tais como as de 1824 e 1891, era nítida a presença dos denominados direitos de primeira dimensão. São direitos pautados na liberdade individual, até mesmo para viabilizar a noção de limitação de poder estatal.

Neste momento histórico o que se verifica é que o Estado assume uma postura extremamente negativista, ou seja, de forte abstenção, possuindo, desta feita, precípu função de garantir os direitos individuais, intervindo da forma mais tímida possível nas relações privadas, ou seja, quando efetivamente fosse imprescindível.

Tal postura se mostra plenamente justificável se observarmos o momento histórico-social em que as primeiras Cartas Fundantes foram escritas, ou seja, no auge do liberalismo econômico e a formação dos novos Estados Modernos.

O que a própria sociedade pretendia, de certo, era efetivamente limitar, ao máximo, a ingerência do Estado na vida privada. Nesse sentido são os ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco, assim disposto:

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções Americana e Francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária das expansões do Poder. Daí esses direitos, traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 233).

Mas a postura negativista do Estado, prevista até então, acabou por se tornar ineficaz, já que a ausência de ingerência estatal na vida privada acabou por ocasionar atrocidades incontáveis, principalmente no que tange a exploração humana, o que não raras vezes inviabilizava direitos tão fundamentais quanto os direitos liberais. Foi nesse contexto de ineficácia da postura omissa do Estado que surgem os direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais.

O Estado deixa de ser absenteísta e assume uma postura de garantidor. Neste enfoque, se a própria sociedade não é capaz, *per si*, de viabilizar os tidos direitos liberais, ou de uma forma genérica, os Direitos Fundamentais, nada mais coerente do que o Estado assumir essa função, assegurando esses direitos por meio de uma série de posturas implementativas.

Ainda acerca da matéria, discorre Mendes, Branco e Coelho:

O descaso com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, impostando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. (MENDES, BRANCO E COELHO, 2008, p. 233).

Mas como não poderia deixar de ser, a ingerência indeterminada do Estado na vida privada, por óbvio, não traria somente repercussões positivas. O que se verificou é que o Estado garantista, embora pudesse resolver o problema da indiferença social acarretada pelo Estado Liberal, culminou na ocorrência de uma nova problemática, qual seja o Estado garantidor não viabilizava a democracia e, assim sendo, se tornava tão ineficaz quanto o Estado liberal.

Inobstante tenha sido sob a exige do Estado social que a tábua de Direitos Fundamentais tenha sofrido um grande alargamento, com o advento dos direitos sociais, tal situação nada mais fez do que propiciar o denominado clientelismo, ou seja, a sociedade se torna cliente das políticas públicas implementativas de Direitos Fundamentais, não participando de suas escolhas e gerência, fazendo com que tais medidas sejam impostas de cima para baixo, o que inviabilizava a própria noção de democracia. Foi nesse contexto, que um novo paradigma estatal surgiu, a fim de corrigir os erros ocasionados tanto pelo Estado liberal quanto pelo Estado social.

Surge, então, o Estado Democrático de Direito e com ele os direitos de terceira dimensão, tais como os direitos difusos dentre outros. Estabelecer com exatidão um conceito sobre Estado Democrático de Direito, seria arriscado, visto que o mesmo não possui núcleo ideológico fixo e ao mesmo tempo não é o objeto principal do presente trabalho. Porém, como o próprio nome está a sugerir e com a pretensa de clarear o

sentido de Estado Democrático de Direito e de como o mesmo deverá ser entendido neste estudo, pode-se dizer que seria um Estado que tem como fundamento o asseguramento de Direitos Fundamentais, sendo esse o seu núcleo ideológico constitutivo, sendo que toda a ingerência pública se dá com a participação da sociedade, de forma democrática nas mesmas condições de igualdade e liberdade.

Por óbvio, uma dimensão de direito, ou melhor, um paradigma estatal não supera, por completo, a geração ou modelo anterior. Não há uma completa substituição de um paradigma por outro. De certo, com o advento do Estado social, os direitos liberais não foram suprimidos, sendo que, houve no máximo uma nova releitura destes. Da mesma forma, o Estado Democrático de Direito não suprimiu os direitos liberais e sociais, dando-lhes uma nova modelagem.

Tanto é verdade que o constituinte de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, previu na Carta Magna, uma série de Direitos e Garantias Fundamentais, de cunho tanto liberal, social quanto difuso ou coletivo.

Quando se fala em políticas públicas, estar-se-ia diante de nítidos direitos sociais, uma vez que estes dependem de uma postura positiva do Estado, com o abandono da inércia.

Explicitando melhor, no que tange aos direitos liberais, ou de primeira dimensão, via de regra, o Estado não tem que tomar nenhuma postura ativa quanto a sua implementação.

O mesmo não acontece com os chamados direitos sociais, até mesmo porque, consoante já restou explanado, estes surgem para tirar o Estado da inércia e atribuir-lhe a prerrogativa interventiva.

Desta feita, tais direitos são, inclusive, historicamente vinculados a um fazer estatal, seja por meio do legislativo, seja por meio do executivo. Pode-se afirmar, inclusive, que ontologicamente, tais direitos não são de eficácia completa.

Nesse sentido Vaticina Bigolin:

Pela evolução histórica e pelas características originais, os direitos voltados ao valor liberdade foram inicialmente classificados como direitos negativos, na qualidade de limites constitucionais ao poder do Estado. Como corolário dessa visão, os direitos da liberdade seriam sempre eficazes, já que não dependeriam de regulamentação. Conquanto fosse admitida a regulação das liberdades, o gozo das mesmas decorreria da própria constituição, não do trabalho do legislador inferior. Por outro lado, os direitos sociais foram inicialmente reconhecidos como, via de regra, voltados não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação o que lhes dá a característica de positivos. (BIGOLIN, 2004).

Com tal afirmativa adentra-se na primeira problemática ligada ao tema. Existe diferenciação entre os Direitos e Garantias Fundamentais, ou melhor, seriam parte deles de eficácia plena e parte deles de eficácia contida ou limitada?

Como não poderia deixar de ser, parte dos juristas, dentre eles Paulo Bonavides e Canotilho, entende que pela própria natureza dos Direitos Fundamentais, ou seja, por existirem direitos liberais, sociais e difusos ou coletivos, não haveria de se falar em eficácia plena no que tange a todos eles, até mesmo porque, historicamente, os direitos sociais surgiram de uma política pró-ativa do Estado e, como tal, não perderam essa essência.

Entretanto, outros defendem não haver diferenças entre os Direitos e Garantias Fundamentais, argumentando que a divisão em dimensões proposta por Canotilho é eminentemente didática, pelo que todos são de aplicabilidade imediata.

Para elucidar a temática, são os ensinamentos de Bigolin:

Afortunadamente, no Brasil não há um regime jurídico diferenciado para os direitos fundamentais sociais, seja para os direitos de defesa ou para os direitos a prestações. Diante da expressa disposição lançada na Carta Magna, pode-se partir da premissa de que o artigo 5º, § 1º, abrange todas as normas de direitos fundamentais garantidos pela nossa Carta, sendo insustentável a tese defendida em outras ordens constitucionais - pelo menos por parcela significativa da doutrina e jurisprudência - de que os direitos sociais a prestações não têm eficácia plena e não são imediatamente aplicáveis, tal como ocorre em Portugal e na Espanha. (BIGOLIN, 2004).

Divergência à parte entende-se, por inteligência do artigo 5º, §1º da Constituição, não haver, como de fato não existe, diferenciação entre Direitos e Garantias Fundamentais, sendo todos, pois de eficácia plena e imediata.

O que se verifica, entretanto, é que o próprio constituinte cuidou de destinar ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, a implementação de determinados direitos, que por sua natureza são sociais.

Explicitando melhor, tais direitos são, como todos os demais, auto implementáveis, ou seja, não haveria a necessidade de qualquer ação específica para fazê-los cumprir e serem aplicados. O que o constituinte determinou é que a forma como essa implementação se daria ficaria a cargo do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Encarando desta forma, resta saber se o Poder Judiciário pode intervir na implementação de políticas públicas de forma a garantir direitos individuais abdicando dos direitos coletivos ou sociais. Essa indagação é uma das forças motrizes do presente trabalho.

2.2 A legitimidade na jurisdição

O discurso de fundamentação racional das decisões exigida, inclusive, constitucionalmente, propicia de certa maneira a legitimidade da jurisdição. Para Alexy, a legitimidade da ordem jurídica constitucional requer decisões fundamentadas de forma racional.

Segundo Robert Alexy, essa exigência de fundamentação das decisões judiciais, que deve dar-se através de uma argumentação racional, pode estender-se a todos os casos em que os juristas argumentam:

“a questão do que seja argumentação racional ou argumentação jurídica racional não é por conseguinte um problema que haja de interessar somente aos teóricos do Direito ou aos filósofos do Direito. Se o coloca com a mesma urgência ao jurista prático, e interessa ao cidadão que participa das coisas públicas. De que seja possível uma argumentação jurídica racional depende não só o caráter científico da jurisprudência, senão também a legitimidade das decisões judiciais. (ALEXY apud CATTONI, 2001, p. 141/142).

Habermas acrescenta um aspecto na legitimidade da jurisdição, ou seja, o ato de julgar que, para o eminente jurista, possui uma função dúplice: finalidade integradora da ordem jurídica e legitimadora do direito. Esta última há de ser ainda compreendida a partir de um processo enquanto garantidor dos direitos de participação.

A legitimidade da jurisdição se fundamenta em decisões consistentes com aceitabilidade racional.

A tarefa de julgar, para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito, deve simultaneamente cumprir as condições de uma decisão consistente e da aceitabilidade racional.

[...]

O problema da racionalidade consiste, pois, em como a aplicação de um direito contingencialmente emergente pode ser realizada de modo internamente consistente e externamente fundado de forma racional no sentido de garantir a certeza do Direito e a sua justiça, sua correção. (HABERMAS apud CATTONI, 2001, p.142-143).

Antes de pormenorizar a questão da legitimidade da jurisdição, urge tecer algumas considerações acerca da diferenciação entre direito constitucional processual e

direito processual constitucional, dualidade esta já superada pela ordem constitucional moderna.

Pois bem, o direito constitucional processual possui natureza jurídica de garantia e fundamento de princípio. Trata-se dos desdobramentos do devido processo legal com as garantias asseguradas as partes no decorrer do processo, como por exemplo, o contraditório, ampla defesa, direito de petição e, assim, sucessivamente.

Em contrapartida o direito processual constitucional diz respeito aos procedimentos e formalidades contidas na norma fundante, que instrumentalizam os direitos e garantias constitucionais, bem como propicia o controle de constitucionalidade, dentre outros.

Acerca da temática é o magistério de Cattoni, consoante se afere:

O direito constitucional processual seria formado a partir dos princípios basilares do “devido processo” e do “acesso a justiça”, e se desenvolveria através de princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc...

Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas processuais de organização de Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à “Garantia da Constituição” e à Garantia dos direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, Habeas Corpus, Amparo, Mandado de Segurança, Habeas Data, etc. (CATTONI, 2001, p. 211-212).

Ainda discorrendo sobre o assunto, o professor Cattoni desconstrói a necessidade dessa diferenciação, aduzindo que a mesma é falaciosa, na medida em que, se a Constituição é a norma que fundamenta todo o ordenamento jurídico, atribuindo-lhe, inclusive, validade, então, todo procedimento existente possui natureza de direito constitucional, posto que somente válido se em conformidade com a norma Fundante do Estado.

Isso porque a nenhum juiz é dada a discricionariedade de se recusar à verificação de compatibilidade com a Constituição, realizando um controle das normas que integram o ordenamento jurídico.

De mais a mais, por outro lado, inexistente qualquer processo que não possua um fundamento constitucional, motivo pelo qual toda jurisdição necessariamente é de cunho constitucional.

[...] em segundo lugar, dadas as especificidades dos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro não há processos que não deva ser constitucional, e não somente porque todo processo é estruturado por princípios constitucionais, mas também em razão de que em nosso ordenamento todo órgão judicial é competente para apreciar questões em matéria constitucional. Assim, cai por terra, no Brasil, uma teoria constitucional ou processual que pretenda absolutizar a distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional. Todo processo, e não somente os que estruturam as chamadas garantias constitucionais-processuais, ao criar as condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional, é processo que instrumentaliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, é processo constitucional. (CATTONI, 2001, p. 207).

2.3 O processo legislativo e o discurso de justificação

Considerando que a Constituição de 1988 proclama que todo poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes, pressupõe-se que o Estado Democrático de Direito está a favor do detentor do poder, portanto, as normas que regulam a convivência da sociedade também devem estar à medida que possa atender o interesse de todos.

Mas como pode um povo tão heterogêneo, formado por diversas classes sociais, com os mais diversos perfis socioeconômicos possuírem interesses tão comuns? Pode haver normas para atender a todos ainda que tais normas coexistentes sejam contrárias a si mesmas?

Uma vez em que se convive com uma grande diversidade cultural, faz-se necessário filtrar a vontade popular antes de transformá-la em lei, porque se torna inviável misturar texto legal, com valores éticos e morais. Não se pode a interesse do tráfico de drogas regular o comércio de *Cannabis sativa*, ou então sendo o Brasil um país declarado laico, tornar determinada religião como oficial. Têm-se aqui dois exemplos que, se viessem a se tornarem reais gerariam grande conflito social, porque ambos estariam ferindo princípios constitucionais.

Para isso que se vai ao encontro da teoria do Discurso de Justificação, para equilibrar as tensões entre a validade das normas frente à facticidade do cotidiano, para que o ordenamento dê segurança jurídica e ao mesmo tempo seja possível alcançar decisões corretas.

E para depreender este equilíbrio e obter normas a que todos atinjam, existe o devido processo legislativo, afinal, “todos os cidadãos hão que ser compreendidos não somente como destinatários das normas jurídicas, mas também como seus co-autores”

(CHAMON, 2006, p. 154). Para esclarecer ainda mais a problematização acima apresentada, aduz Chamon que

É claro que em um processo legislativo democrático todos temos reconhecidas, reciprocamente, na construção de uma esfera pública, iguais liberdades políticas de tomar partido, ou não, na própria discussão política, fazendo valerem nossos pontos de vista, seja através de manifestações públicas a mobilizar a opinião pública, seja mediante espaços institucionais, como o processo eleitoral, por exemplo. (CHAMON, 2006, p. 154).

É desta forma que as normas encontram legitimidade para ganhar aderência popular.

Nestes termos, têm-se ainda os ensinamentos de Silva:

Todavia, a influência pública só se transforma em poder político através do filtro dos processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, depois de transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se em uma legislação legítima, e antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção testada sob o ponto de vista da generalização de interesses e capaz de legitimar decisões políticas. Para gerar poder político, a influência da soberania do povo tem que abranger, também, as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada, consubstanciada em decisões formais.

Portanto, é crucial para a construção da democracia a configuração de uma esfera pública, ou seja, de uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões, onde os fluxos comunicacionais sejam filtrados e sintetizados, de modo a resultarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. A chamada esfera pública política, por sua vez, é aquela que se forma a partir dos contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas e cuja função consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo. De modo simplificado, pode-se dizer que a formação informal da opinião pública gera a ‘influência’; esta é transformada em ‘poder comunicativo’ por meio dos canais das eleições políticas; e o ‘poder comunicativo’ é, por sua vez, transformado em ‘poder administrativo’ por meio da legislação. (SILVA, 2008, p. 48-82).

Desta feita, aduzindo-se que são inerentes ao Estado Democrático de Direito a soberania popular, o pluralismo político, e o princípio parlamentar, dado o crescimento populacional e a divergência de interesses, não é mais possível assim como em Atenas reunir todos os cidadãos na praça para saber a opinião de cada um acerca dos conflitos sociais. É necessário delegar esta função a uma corporação que vá deliberar sobre assuntos de interesse da coletividade. E dessas deliberações observando-se as formalidades convencionadas pela lei, geram normas válidas para todos em geral.

Ainda, ensina Lúcio Antônio Chamon Junior sobre a validade do discurso de justificação: se as normas são compreendidas de forma deontológicas – e não

axiológicas estas têm um vínculo legítimo, pois haverá uma obrigação daquilo que é devido. (Ou como diria Kelsen, do “dever-ser”) (CHAMON JUNIOR, 2006). Para Chamon, não é possível tecer o texto legal fiando-se em valores, porque estes são parciais de acordo com interesse do bem em tela.

2.4 O processo de jurisdição: discurso de aplicação

Antes de se adentrar na discussão propriamente dita, urge trazer à baila algumas definições de suma relevância para a temática proposta, posto que a ausência de especificidade sobre determinados conceitos podem ocasionar certa confusão.

A primeira distinção a ser traçada nesse momento do trabalho acadêmico diz respeito à diferenciação entre os conceitos de processo e procedimento, viabilizando a incidência do discurso de aplicação no processo de jurisdição.

Pois bem, procedimento nada mais é que um conjunto de atos concatenados realizados *per si* e sucessivamente, com respeito às formalidades impostas pelo ordenamento jurídico, visando à obtenção de um provimento final.

Em contrapartida, o conceito de processo é mais abrangente, posto que engloba a própria noção de procedimento. Trata-se do procedimento agregado à garantia do contraditório.

Nesse aspecto o conceito de processo não se limita a elementos formais, mas é acrescido pela observância de uma garantia constitucional, leia-se o contraditório.

Ressalte-se que a concepção clássica de contraditório há muito se encontra ultrapassada, não podendo se resumir em “dizer o direito”. Sua concepção moderna é mais abrangente, tratando-se de uma garantia elevada ao *status* constitucional que propicia às partes a participação efetiva na construção do provimento jurisdicional final, permitindo o exercício da ampla defesa.

Discorrendo sobre a temática, têm-se os ensinamentos do eminente constitucionalista mineiro Fernandes, citando Fazzalari:

Preocupado com a questão da legitimidade dos atos estatais, notadamente do Judiciário, que Elio Fazzalari coloca a discussão em uma nova óptica. Primeiro irá partir de uma distinção satisfatória entre processo e procedimento. Deslocando o segundo do campo da teoria do processo para o seu devido lugar na teoria geral do direito, Fazzalari ressalta a necessidade, após o advento do Estado de Direito na modernidade, de produção de toda decisão estatal – seja qual for sua natureza: administrativa, legislativa, ou jurisdicional, se proveniente, respectivamente, do Executivo, do Legislativo

ou do Judiciário -, a partir de uma cadeia de atos necessariamente fixados previamente pela Constituição ou pela legislação constitucional (princípio da reserva legal).

[...]

O elemento, então, necessário para que o procedimento receba a qualidade de processo passa a ser a presença do contraditório. Todavia, o contraditório não pode mais ser compreendido como o direito a ser ouvido pelo juiz ou direito à bilateralidade da audiência, como querem as teorias tradicionais. Acontece que tais compreensões – derivadas da doutrina italiana – apenas vislumbram o contraditório em seu aspecto estático, ainda ligado à estrutura procedimental monológica e dirigida pela perspectiva do magistrado.

Hoje o contraditório é entendido como simétrica paridade das partes na preparação do provimento. (FERNANDES, 2010, p. 329-330).

Nesse cenário, as partes deixam de ser meros expectadores da atuação do magistrado no provimento jurisdicional, para assumirem uma postura ativa na própria construção da prestação jurisdicional.

Nessa esteira, têm-se os ensinamentos de Cattoni, citando Aroldo Plínio, conforme se verifica:

A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional.

[...]

Processo, portanto, é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada. Como afirma Aroldo Plínio Gonçalves:

A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: com a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos.

A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele compareçam, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade [...] a instrumentalidade técnica do processo, está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberam os efeitos. (AROLDO PLÍNIO apud CATTONI, 2001, p. 198-199).

Assim a presença do contraditório no procedimento jurisdicional fomenta a aplicabilidade de um discurso de aplicação do Direito.

Nesse contexto, o procedimento legislativo apresenta um discurso de justificação, ou seja, de validade da norma jurídica que está sendo inserida no ordenamento, por meio do princípio democrático. Em contrapartida, o procedimento jurisdicional fomenta um discurso de aplicação, com fundamento em um princípio de

adequação, objetivando a prestação jurisdicional mais acertada para o caso em específico.

Estamos diante de uma diferença qualitativa e não meramente quantitativa: enquanto os discursos legislativos de justificação normativa se referem à validade das normas, nos termos das condições institucionais exigidas pelo princípio democrático, os discursos jurisdicionais de aplicação normativa se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, através de visões paradigmáticos-jurídicas que cobram reflexividade. No processo constitucional, não se trata de justificar a validade das normas jurídicas legislativas, mas sim de averiguar a constitucionalidade e a regularidade do processo legislativo, aplicando a Constituição. Há uma diferença inafastável entre os processos legislativos e jurisdicional constitucional, quanto a seus modos e finalidades específicos. (CATTONI, 2001, p. 206).

É justamente dentro desse contexto que se pode também vislumbrar a participação do judiciário somente quando de um discurso de aplicação da norma e jamais em um discurso de justificação da norma visto que, como já sustentado, as autoridades judiciais não são eleitas, estando assim impossibilitadas de participar deste último discurso.

2.5 A distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação

De fundamental importância delinear-se um traço distintivo entre discurso de justificação e discurso de aplicação, mormente porque este último guarda íntima relação com a aplicabilidade do direito, conforme restará explanado.

O discurso de justificação encontra assento na validade das normas jurídicas, posto que tal discurso, com base em uma exegese que possui fundamento no princípio da democracia, leva em consideração a produção das normas jurídicas, em conformidade com um processo legislativo válido.

[...] as normas jurídicas somente podem pretender a confirmação discursiva de sua legitimidade na medida em que possam ser interpretadas como fruto de um processo democrático a, exatamente, garantir iguais espaços privados de construção de identidades e públicos de manifestação, o que não exclui, mas antes se interpreta co-dependente, a atividade jurisdicional de desdobramento do sistema de direitos fundamentais à luz, sempre, do próprio projeto moderno de reconhecimento recíproco e igual liberdades fundamentais (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 149).

De plano se pode afirmar que a legitimidade do Direito só deve ser considerada quando o direito segue normas pré-estabelecidas que disciplinem a sua elaboração, segundo a Constituição. Nesse mesmo sentido Chamon:

Da inexistência de uma hierarquia de valores sociais capazes de por todos e perante todos ser sustentada, isto definitivamente não nos permite concluir pela não-normatividade do Direito: esta se centra no fato de que legítimas são as normas também construídas num processo em que todos tiveram a possibilidade institucional, ou não, de nele igualmente participar. As normas jurídicas se justificam não em valores, mas num processo democrático de construção e reconstrução do Direito; as normas são aplicadas não com base em valores, mas mediante um juízo de adequabilidade que assume o Direito como um sistema idealmente coerente de normas *prima facie* aplicáveis (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 146).

Nesse momento, a importância do discurso encontra fundamento justamente na validade legítima da legislação produzida, em um processo discursivo democrático.

Nesse sentido, são os ensinamentos do constitucionalista Cattoni, fazendo remissão a Habermas:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático, assim caracterizado: [...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normalização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. (HABERMAS apud CATTONI, 2001, p. 146).

Por outro lado, o discurso de aplicação encontra assento na adequabilidade das normas, partindo-se do pressuposto que tais normas são validamente constitucionais. Pelo discurso de aplicação o que se pretende é averiguar qual norma possui uma aplicabilidade mais adequada a justificar a incidência sobre um determinado caso.

Nesse processo de exegese, o princípio da aplicação encontra fundamento no princípio da adequabilidade, ou seja, entre uma gama de normas juridicamente válidas - previamente analisadas no discurso de justificação - pretende-se aproximar-se daquela mais adequada a incidir em um determinado caso concreto.

Novamente, necessário se valer dos ensinamentos de Cattoni para explicitar a temática, com fundamento em Günther e Habermas, respectivamente:

Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade, sempre pressupondo um ‘pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas’:
[...] o critério formal de adequabilidade só pode ser a coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis na situação. (GÜNTHER apud CATTONI, 2001, p. 146).

Os discursos de aplicação não se referem à validade de uma norma, mas à adequabilidade de sua referência a uma situação. Já que cada norma registra somente aspectos específicos de um caso individual, situado no mundo da vida, o discurso de aplicação deve determinar quais são as descrições de fatos relevante para a interpretação da situação em um caso controverso, bem como determinar qual dentre as normas *prima facie* é a adequada, uma vez que todas as características significativas da situação tenham sido registradas de forma tão completa quanto possível. (HABERMAS apud CATTONI, 2001, p. 148).

Por outro lado, importante ressaltar que os discursos de justificação e aplicação estão relacionados ao próprio direito positivado e não a aplicações morais, éticas, conforme assinalado, novamente, por Cattoni.

Os discursos de justificação e de aplicação do Direito não têm de ser introduzidos como casos especiais dos discursos de justificação e de aplicação morais, e serem diferenciados desses últimos em termos lógico-extensivos, configurando casos de argumentação moral que, por se vincularem ao Direito vigente, limitam-se a um subconjunto de imperativos ou permissivos morais. Ao invés disso, segundo Habermas,
“[...] eles se referem desde o início ao direito positivado democraticamente e, na medida em que não se trata de um problema de reflexão doutrinária, são eles mesmos juridicamente institucionalizados. Isso significa que, em segundo lugar, discursos jurídicos não somente se referem a normas jurídicas mas, junto com suas formas institucionalizadas de comunicação, são eles mesmos envolvidos pelo sistema jurídico. Como procedimentos democráticos no âmbito da legislação, normas de Direito processual jurisdicional no âmbito da aplicação jurídica são significativos para compensar a falibilidade e a incerteza na decisão, que decorrem do fato de que os exigentes pressupostos comunicativos do discurso racional podem somente ser aproximadamente realizados. (HABERMAS apud CATTONI, 2001, p. 156-157).

Ainda sob esta esteira, importante entender que Dworkin exige a integridade tanto no processo de justificação da norma quanto no processo de aplicação, ou seja, “[...] só é possível uma aplicação correta do Direito se, antes se respeitar a própria integridade na criação desse Direito” (OMMATI, 2012, p. 68).

3 RECONSTRUÇÕES DE DECISÕES E SEUS ARGUMENTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS

O que aqui é proposto é uma discussão que segue a partir de um problema à tradição dogmático-penal no Brasil: uma decisão baseada em argumentos de princípios que, levando em consideração a ordem constitucional de 1988, pode ser considerada legítima? Pode ainda ser considerada legítima uma decisão proferida e fundada em um suposto “princípio” da insignificância cuja argumentação se dá como causa excludente da tipicidade material?

Assim, a partir de três decisões levantadas, sendo duas delas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem/MG, Livingsthon José Machado e uma pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pode-se levantar inúmeras questões que permitirão a condução à reconstrução teórica almejada. Importante informar que as decisões aqui trazidas têm como objetivo pontuar uma dada compreensão paradigmática quando da aplicação do Direito, visto que as duas primeiras decisões que serão reconstruídas se fundaram em argumentos jurídicos, princípios normativos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro e que foram em um contexto geral motivo de muitas críticas. Lado outro, em uma segunda reconstrução, será trazida à baila uma decisão fundada em argumentos políticos e principalmente no princípio da insignificância, que conforme sustentado no acórdão, não pode ser considerado um princípio, como se restará demonstrado ao longo dos próximos tópicos.

3.1 O significado de garantia dos direitos fundamentais aos condenados: a interpretação jurídica e o direito como integridade

A análise jurídica de casos concretos frequentemente traz ao julgador certa dificuldade. A situação se agrava quando o caso apresenta peculiaridades que causem certa dúvida ou discordância em relação a correta postura ou atitude a ser adotada. Esses casos que se destacam devido a fatores incomuns e de alta complexidade são chamados por Ronald Dworkin de “casos difíceis” (DWORKIN, 2010, p. 127).

Em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não pode o juiz se abster de sua função julgadora. Desta forma deve ser encontrado um método que, ainda que não torne fácil a solução do caso a torne ao menos possível. Nesse intuito Dworkin elaborou sua teoria da interpretação jurídica.

Considerando ser o direito uma “prática social” (SGARBI, 2009, p. 174) argumentativa, a teoria interpretativa de Dworkin pressupõe a existência de uma regularidade factual, uma certa coerência. Nesse sentido, analisa a prática sob dois aspectos fundamentais: a “interpretação construtiva” e a tese do “romance em cadeia”.

A interpretação construtiva exige a compreensão das ideias de “conceito” e de “concepção”, visto que, de acordo com Dworkin, se mostram distintivas uma da outra. Para Dworkin, “a distinção entre conceito e concepção, assim compreendida e criada com esses propósitos, é muito diferente da conhecida distinção entre o significado de uma palavra e sua extensão” (DWORKIN, 2007, p.87). O “conceito” consiste no núcleo do discurso (SGARBI, 2009, p. 175), é o objeto da discussão e deve ser um consenso entre aqueles que se dispõem a participar da mesma. A “concepção” se refere à percepção, o entendimento do sujeito perante o assunto em foco. Adrian Sgarbi, citando um exemplo do próprio Dworkin, contido na obra “Domínio da Vida”, demonstra de forma exata a diferença entre os termos:

[...] todos os debatedores que se pronunciam sobre a questão do aborto – sejam eles conservadores ou liberais – estão de acordo em um ponto importante: eles entendem que a vida humana é sagrada ou inviolável. [...] os conservadores moderados [...] acreditam que o aborto é moralmente permissível para pôr fim a uma gravidez decorrente de um estupro por sua vez os liberais acham que o aborto é permissível quando o nascimento de um feto resulta em um efeito deletério sobre a qualidade de vida (SGARBI, 2009, p.176).

Observar-se que a questão da inviolabilidade ou sacralidade da vida corresponde ao núcleo da discussão, havendo consenso sobre tal; logo trata-se do conceito. Já os entendimentos quanto à permissibilidade ou não do aborto, bem como seus motivos, dizem respeito à concepção. Daí pode-se chegar à primeira conclusão: o conceito, por ser um consenso, não será discutido. A divergência e, conseqüentemente, a discussão, se dão somente quanto às diversas concepções provindas de um mesmo conceito.

Ainda relativamente à interpretação construtiva, existem para Dworkin três tipos de interpretação: a) interpretação conversacional, que consiste na compreensão do que foi dito pela outra pessoa; b) interpretação científica, que visa explicar fatos naturais; e c) interpretação artística ou literária, que tem a seu lado a interpretação construtiva (SGARBI, 2009, p. 177).

A interpretação artística ou literária é admitida como um misto entre as interpretações conversacional e científica à medida que apresenta certa autonomia em relação ao autor da “obra” analisada - interpretação científica -, mas também a observa como um todo, não se atendo ao significado de expressões avulsas - interpretação conversacional (SGARBI, 2009, p. 178). Assim, essa interpretação construtiva busca uma análise ampla, “[...] que trata ‘de se impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam’ (DWORKIN, 2009, p.179).

Essa interpretação construtiva, segundo Dworkin, é dividida em três etapas. A primeira etapa é a pré-interpretativa, de cunho descritivo, na qual é feita a identificação do objeto (da prática) (SGARBI, 2009, p. 181). A segunda etapa é a interpretativa, na qual se atribui sentido aos dados colhidos no estágio anterior. Nessa etapa a prática definida é analisada sob o enfoque de finalidade no sentido de verificar se “[...] a teoria faz do objeto o melhor possível” (DWORKIN, 2006, p. 530). Na terceira etapa, denominada pós-interpretativa ou reformadora, se busca uma aplicação da melhor justificativa encontrada na etapa anterior. Esta interpretação deve ser coerente e limita-se ao alcance das possibilidades daquela justificação (SGARBI, 2009, p. 182).

Ultrapassada a fórmula teórica da interpretação construtiva, importante se faz adentrarmos na ideia do “romance em cadeia”, segundo pilar da compreensão do Direito como uma prática social interpretativa (SGARBI, 2009, p. 182). Evidentemente que tal projeto se refere precipuamente à construção jurisprudencial. Para tornar suas ideias inteligíveis, Dworkin compara as sucessivas decisões dos juízes a um romance. Nessa toada cada decisão é considerada um novo capítulo. Como em uma obra literária, o capítulo seguinte guarda íntima relação com o anterior, fazendo surgir uma interdependência que exige coerência lógica para que o leitor consiga compreender a narrativa. Não poderá um capítulo modificar o caminhar do romance de forma radical e sem precedentes.

Portanto é de extrema importância a compreensão de que a prática interpretativa pode ser concebida pelo “romance em cadeia” (DWORKIN, 2007, p. 275). Assim, de acordo com o “romance em cadeia”, o juiz ao aplicar a lei ou o legislador em sua elaboração deverá considerar o direito em seu todo como algo que “continua”.

[...] a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre a literatura e o direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. (DWORKIN, 2007, p. 275-276)

Da mesma forma, a sucessão de decisões judiciais deve manter uma coerência no raciocínio jurídico que ampare as decisões. Essa coerência garante segurança jurídica para as partes visto que se sabe de plano quais os parâmetros e valores considerados pela comunidade jurídica.

Para garantir a necessária coerência, Dworkin propõe uma prova a qual o projeto deve ser submetido. Essa prova consiste em analisar a hipótese decisória sob as dimensões de adequação e de interpretação.

Contudo, segundo a maneira que agora nos é peculiar, podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que ele venha a adotar, distinguindo duas dimensões a partir das quais será necessário submetê-la à prova. (DWORKIN, 2007, p.277)

A dimensão de adequação consiste na vedação de o julgador adotar uma interpretação que nenhum outro julgador poderia admitir. Desta forma esta dimensão busca garantir a fluidez da atividade (SGARBI, 2009, p. 183).

A dimensão de interpretação procura garantir que, após analisadas todas as formas de interpretação possivelmente aplicáveis ao caso, o julgador deve selecionar aquela que melhor se ajusta ao mesmo (SGARBI, 2009, p. 183).

Com base nessas duas dimensões tem-se que o julgador – romancista - deve decidir - escrever novo capítulo do romance - inspirado nos fragmentos passados deixado anteriormente por seus colegas.

Indispensável observar que a teoria interpretativa proposta por Dworkin não implica o engessamento do pensamento jurídico sobre temas determinados. A atividade interpretativa nos moldes citados permite mudanças no entendimento, desde que tais inovações se dêem com base em precedentes de justificação e de forma coerentemente gradual. Nesse sentido, não há que se falar em defasagem no pensamento jurídico.

[...] queremos que os juízes atuais partam de onde os juízes decidiram há cem anos. Deve haver continuidade. Portanto, a arte consiste em criar um sutil

equilíbrio entre acrescentar algo que é novo e propiciar a continuidade. Estamos contando a história do desenvolvimento de nossa sociedade – uma narrativa do avanço de nossa sociedade na modernidade. (MORRISSON, 2006, p. 518)

Como produto da teoria interpretativa calcada na coerência da atividade jurisdicional, surge então a concepção do “direito como integridade”. A tese do “Direito como integridade” de Dworkin foi concebida como uma alternativa às concepções convencionalista e pragmática⁷ do direito e reflete uma busca por uma coerência principiológica nos mais diversos aspectos da sociedade. Adrian Sgarbi resume brilhantemente a ideia de integridade ao afirmar que “o ‘direito como integridade’ implica ser congruente com um todo assumido como coerente”. Nessa esteira, Dworkin defende o entendimento desse “todo” como uma comunidade personificada, ou seja, uma ideia de comunidade como uma “pessoa moral” (SGARBI, 2009, p. 189).

Como assinala Adrian Sgarbi (2009, p. 189), o próprio termo “integridade” já trás a tona a noção a qual Dworkin remete. Assim o direito deve ser íntegro, honesto e reto, sempre na busca de dar efetividade aos padrões e condutas moralmente consagradas por determinada sociedade.

Faz-se necessário ressaltar que o “direito como integridade” é trazido no mais amplo sentido possível. Assim, não basta sua busca exclusivamente no plano da atividade jurisdicional. Antes disso, a integridade é uma meta a ser buscada quando da elaboração das normas. Por isso Dworkin fala em duas formas de integridade: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial.

O legislador deve sempre e incansavelmente procurar elaborar normas que coadunem com o todo já existente, tal como o juiz na metáfora do romance em cadeia. Um ordenamento jurídico íntegro e coerente contribui para que a elaboração dos “próximos capítulos” se dêem da mesma forma.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 2007, p. 264).

⁷ A concepção convencionalista do direito tem como principal característica a aceitação geral das convenções elaboradas pela vontade majoritária dos componentes do legislativo, devendo os juízes aplicarem o que fosse previamente estabelecido por aqueles. A concepção pragmática se caracteriza por não haver determinação legislativa prévia, sendo a decisão tomada nas análises caso a caso, inexistindo, portanto, a proteção de direitos das pessoas (o que denota arbitrariedade).

Para a existência da integridade nos moldes defendidos, Dworkin faz exigência da presença de três “virtudes”, são elas a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo.

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2007, p. 272).

Evidencia-se assim que, para Dworkin, as proposições jurídicas são verdadeiras quando calcadas nessas virtudes. Tome-se ainda a explanação de Adrian Sgarbi para a compreensão de seu alcance: “[...] a ‘equidade’ expressa princípio de organização e participação na vida política, a ‘justiça’ à conformidade com um modelo ideal de justo, e o ‘devido processo legal adjetivo’ à retidão legal na atividade jurisdicional.” (SGARBI, 2009, p.191).

As virtudes integram o que Dworkin chama de cânones interpretativos principais. Esses padrões são relativos à “adequação” (ou “harmonia”) e a “justificação” da interpretação. No campo da adequação, tem-se que a interpretação judicial deve ser realizada de forma harmoniosa com a jurisprudência, o ordenamento jurídico e os precedentes. Já na seara da justificação, a interpretação deve se relacionar a aquelas virtudes de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. Esses cânones são balizas para a atividade interpretativa, dentro das quais a interpretação se ajusta ao modelo de integridade.

Importa colocar em relevo que a integridade não se confunde com a mera existência de justiça e equidade. Estes cânones interpretativos de justificação são integrantes da concepção de integridade, mas não bastam isoladamente. É necessária uma visão muito mais ampla quando se está a falar de integridade.

Percebe-se, portanto, que a integridade defendida por Dworkin nada mais é que uma teoria que busca trazer para o direito um estado de segurança. Essa segurança derivaria, por exemplo, da garantia de direitos a cada membro da sociedade, do ato de se decidir questões similares conforme padrões e princípios similares e da manutenção de certa regularidade e coerência nas decisões, entre outros atos que trariam à pessoa a sensação de viver em uma sociedade justa e igualitária.

A integridade exige que se elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se

possível, coerente com o conjunto da legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem. (DWORKIN, 2007, p. 264).

Percebe-se que a integridade no direito trás a clara exigência de uma interpretação sistemática do direito que abranja, além de leis, princípios e valores morais prestigiados pela sociedade. Essa interpretação deve considerar os princípios justificadores das decisões passadas para que seja possível o alcance de uma coerência. Contudo isto não implica em trazer para o direito um conservadorismo. A justificação do passado não deve jamais implicar na repetição cega de decisões anteriores.

[...] as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. (DWORKIN, 2007, p. 271).

Tem-se então que a consideração da integridade como importante ferramenta do direito contemporâneo é de grande valia para - conforme defende Dmitruk (2011, p. 144-155) - contribuir para a eficiência do direito, na medida em que se reduz a necessidade de elaboração de normas expressas, cujas lacunas serão supridas pelos princípios.

Em se falando de integridade no direito, imprescindível que tal concepção influencie todas as áreas da ciência jurídica. Notadamente na seara do direito público, é indispensável a exigência de uma postura coerente por parte do intérprete, no propósito de resguardar a sociedade de sobressaltos.

A Constituição da República Federativa do Brasil é conhecida como uma “Constituição cidadã”. Esta alcunha atribuída ao texto normativo supremo do Estado se justifica pela característica de o mesmo refletir ideais de Direitos Sociais.

Os Direitos Sociais - indiscutível influenciador na construção constitucional brasileira contemporânea - tem inspiração alemã e idiossincrasia democrática, cujo valor supremo é cada membro da sociedade. Seus anseios de liberdade política e igualdade real entre os cidadãos, entre tantos outros, trazem a tona “[...] valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.” (BONAVIDES, 2009, p. 371).

Nessa esteira tem sido construído o direito brasileiro, fortemente ligado a ideais garantistas de direitos fundamentais e amparo ao indivíduo. Assim, percebe-se a

onipresença de normas e princípios basilares de cunho protetivo por todo o ordenamento jurídico pátrio.

A essa atmosfera assecuratória de direitos trazida pela Constituição da República e semeada nas normas e valores infraconstitucionais, pode ser referida como “espírito constitucional”. Assim, o “espírito constitucional” apontado, consiste no caráter tutelador das normas fundamentais da Constituição pátria, consubstanciado na estrutura da busca pelo respeito e efetividade das normas que garantem direitos básicos do homem.

As normas constitucionais brasileiras estão organizadas em um arranjo específico que traz inicialmente direitos e garantias fundamentais ao indivíduo. Esta disposição revela a intenção do legislador de assegurar tais direitos antes de quaisquer outros. Observa-se que as determinações sobre o assunto se infiltram por grande parcela dos ramos do direito. Percebe-se essa presença quando se encontram os direitos e garantias fundamentais atuando como limitações ao alcance de disposições legais. Isto revela que tais direitos devem ser admitidos como espécies de normas gerais balizadoras de todo o direito, inclusive relativamente às normas seguintes da própria constituição.

Outra característica da estrutura constitucional brasileira é relativa ao preâmbulo da mesma, como no excerto:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Observa-se que há a determinação dos princípios norteadores do Estado Democrático e da atividade constituinte. Estes princípios expressam o objetivo primordial da promulgação do texto constitucional e, conseqüentemente, de todas as leis, visto que a ele se submetem.

Uma das principais funções da Constituição, bem como de todas as demais leis, é a proteção do indivíduo em relação a sociedade como um todo. Em se tratando de direito público, essa importância é redobrada para que o Estado, por sua força, não venha impor domínio à esfera individual do particular.

Sendo Constituição da República Federativa do Brasil a corporização dos princípios e objetivos prestigiados no seio da sociedade, todo o direito deve permanecer na mesma linha de busca da sua concretização. Assim, todas as normas e princípios que forem eventualmente invocados a integrarem o ordenamento brasileiro devem respeitar as premissas citadas pelo documento. Essa necessidade de manutenção do respeito ao “espírito constitucional” revela de forma clara a presença do ideal de integridade no direito brasileiro. Nesse sentido percebe-se que a teoria de Ronald Dworkin subsuma-se perfeitamente ao ideal trazido pela Lei Maior no país.

Fala-se de uma supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Como sustentáculo a sua aplicabilidade são invocados princípios de solidariedade, no sentido de privilegiar a vontade da maioria em detrimento do interesse individual.

Ocorre que, o Estado tem uma função a cumprir. É senso comum na ciência sociológica o fato de que o homem se reuniu em grupos em busca de proteção. Desta forma, não há que se questionar o fato de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas é um meio de promoção humana, devendo utilizar de sua força e abrangência para trazer tal proteção aos seus cidadãos.

Não há como negar que a coletividade tem força. Tem-se prova disso em diversas passagens da história mundial. Já o indivíduo não possui esse poder. Nunca uma pessoa conseguiu individualmente conquistar algum direito. Há sempre de haver um amparo por parte de uma instituição que tenha robustez suficiente para promover a necessária mudança. Daí encontra-se a função do Estado.

Sendo o Estado um meio, suas atividades devem sempre se pautar no sentido de trazer para o indivíduo a busca da maior garantia possível de seus direitos. A garantia de valores básicos é dever do Estado através do Poder Judiciário, do legislador e da Administração Pública em observância ao dever de integridade.

Há de se adotar um posicionamento baseado na integridade para assegurar justiça e equidade nas relações entre Estado e indivíduo - já que justiça e equidade estão contidas no ideal de integridade. Não deve ser admitido em um Estado guiado por uma lei fundamental nos moldes da Constituição brasileira – cujo ideal de integridade é patente - a sobreposição liminar de quaisquer interesses, sobre direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais.

Seria importante que, por um momento, se deixasse a compartimentalização do direito em segundo plano em nome da unidade do ordenamento jurídico. Desta forma haveria uma visão ampla do direito, que não se fechasse nas especificidades de

determinada área se esquecendo da influência de outras; tal como ocorre entre Direito Penal e Direito Constitucional quando se fala em direitos individuais.

Por diversas vezes trechos da legislação pátria tem sido utilizados como um “quebra-cabeça”, no qual as peças não se encaixam. Forma-se um verdadeiro “*Frankenstein*” jurídico, sem a observância de uma interpretação sistemática do ordenamento. Isto porque se trata de artigos de leis que são amontoados e interpretados sem observância do “espírito constitucional”.

Não que as leis brasileiras sejam perfeitas. Têm-se sim problemas graves tanto em relação ao texto, quanto em relação à intenção legislativa. Por negligência em relação ao dever de integridade, vê-se os representantes da sociedade editarem normas de cunho populista. Essas normas, não refletem o empenho necessário para o progresso da construção legislativa tal como no romance em cadeia de Dworkin. Avanços e retrocessos são promulgados a todo instante, e muitas vezes a Administração Pública - se esquecendo de seu objetivo maior - aproveita-se dessas fragilidades técnicas para priorizar os interesses coletivos que, em grande parte, são políticos.

É importante que se tenha em mente que o desejo do povo - assim entendido como o protesto da maioria, no calor das discussões, ou seja, opiniões e anseios imediatistas - nem sempre refletirá os ideais de justiça e equidade tão importantes para essa mesma sociedade.

Assim, entende-se que o cerceamento de direitos individuais não coaduna de forma alguma com os preceitos observados no “espírito constitucional”. Percebe-se clara disparidade entre o objetivo de proteção ao indivíduo priorizado pela Constituição da República e a noção de relegar para segundo plano tal objetivo.

Se é defendido o respeito aos direitos individuais - tal como se ouvem sonoros clamores da doutrina e da jurisprudência -, que sejam respeitados em todos os âmbitos do direito e da sociedade. A coerência é requisito indispensável para a manutenção da segurança jurídica e, como se sabe, a segurança - também jurídica - é um dos maiores interesses daqueles que abdicaram de parte de sua liberdade para viver em sociedade. Nesse sentido, tem-se que a aplicação dos direitos individuais e a satisfação das exigências constitucionais também configuram satisfação da coletividade.

Para isso deve-se, em conformidade com os métodos de Dworkin para a promoção da integridade, reunir um conjunto de princípios que seja coerente para a solução desses casos os quais exigem do magistrado maior capacidade interpretativa. Esses princípios devem garantir o respeito à justiça, à equidade e o devido processo

legal adjetivo. Desta forma, poderá se resultar em um embasamento principiológico que justificará as decisões proferidas em cada caso, sejam estas decisões oriundas da esfera administrativa ou judicial, para que se tenha sempre a eleição de uma interpretação aceitável perante os valores, a história e os anseios da sociedade.

Definidos estes princípios, a busca da melhor interpretação deve ser realizada por meio da análise ampla que se tem defendido. Considerando cada princípio como um círculo, percebe-se que a melhor decisão é aquela que se encontra no ponto em que esses círculos são concêntricos (DWORKIN, 2007, p. 300), pois a parte comum reflete o acordo coerente entre os mesmos. Em havendo mais de uma interpretação com mesma área comum (adequação), devem-se buscar mais círculos (aspectos mais amplos do direito) para que se tenha a maior consonância possível com o ordenamento jurídico e o direito como um todo.

3.2 Reconstrução das decisões exaradas pelo juiz Livingsthon José Machado na Vara de Execução Criminal da Comarca de Contagem/MG

Toda a reconstrução levantada tem como ponto de partida três decisões, devidamente anexadas ao presente trabalho científico (ANEXOS 2 e 3). As duas primeiras decisões (ANEXO 3), que serão primeiramente tratadas, foram proferidas pelo então Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem/MG, José Livingsthon José Machado, o qual decidiu pela interdição do 1º Distrito Policial de Contagem/MG e posteriormente na consequente decisão proferida em audiência realizada para oitiva e expedição do respectivo alvará de soltura. Cabe esclarecer que outras várias decisões no mesmo sentido – decisão proferida em audiência realizada para oitiva e expedição do respectivo alvará de soltura – foram proferidas. Será abordada apenas uma delas visto que, como já informado, todas possuem os mesmos argumentos jurídicos, fazendo-se necessário a reconstrução de apenas uma delas.

Tudo se originou quando o Ministério Público de Minas Gerais ajuizou representação pedindo interdição da Carceragem do 1º Distrito Policial da comarca de Contagem/MG, apontando várias irregularidades no cumprimento de penas e prisões de caráter provisório, e a consequente suspensão da pena dos ali recolhidos, sendo ao final julgado procedente pelo magistrado.

O ponto a ser discutido é se estas decisões foram as mais sensatas com base na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e no sistema principiológico que rege o ordenamento jurídico e principalmente quanto à legitimidade de tais decisões.

Pois bem, ambas as decisões foram proferidas pelo mesmo juiz - Livingsthon José Machado -, sendo que, como versam basicamente sobre o mesmo assunto, foram reconstruídas em conjunto.

No caso concreto analisado se extrai o entendimento que, dentre as possibilidades existentes, o julgador haveria que optar, decidir, aplicar aquela que atenderia melhor a determinados fins, qual seja, garantir a aplicabilidade da Constituição da República e do ordenamento jurídico.

Acontece que, contrariando a *práxis*, “onde os argumentos apresentados na construção das decisões são argumentos que vão se conformando a uma interpretação do Direito que assume uma ordem concreta de valores, típica de uma compreensão materializante do Direito, bem ao gosto da assunção paradigmática de Bem-estar Social do Direito e do Estado” (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 27), buscou-se uma interpretação que se pode assumir como sendo de direitos fundamentais garantidores, porque inseridos na operacionalização legítima do Direito.

Dentre as questões levantadas na decisão, a superlotação dos estabelecimentos penais foi colocada em discussão, posto que o número de encarcerados ultrapassava a capacidade de vagas.

Nesse contexto, os argumentos que merecem destaque são aqueles que dizem respeito à finalidade e estrutura dos estabelecimentos penais, que devem ser compatíveis com suas finalidades, conforme dispositivo da Lei 7.210/84, em seu artigo 85, *caput* “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade” (BRASIL, 1984).

Da mesma forma, é o que preconiza o artigo 102 da Lei de Execução Penal, de n.º 7.210/84, “a cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios” (BRASIL, 1984).

Extraí-se das decisões aqui reconstruídas que havia presos condenados em decisão irrecorrível cumprindo pena em cadeia pública, em flagrante desconformidade com o artigo 84, *caput* e §1º da Lei de Execuções Penais, “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.” (BRASIL, 1984).

Em contrapartida, interessante ressaltar que a Lei de Execução Penal do Estado de Minas Gerais, de n.º 11.404/94, permite o recolhimento de presos condenados em decorrência de sentença transitada em julgado em cadeias públicas, em flagrante oposição à legislação federal.

Nota-se nitidamente um conflito de normas e, a este, a solução é a análise de competência legislativa do ente federativo, onde, *in casu*, a Lei Federal prevalece sobre a Lei Estadual, posto tratar-se de assunto da competência legislativa da União, o que leva a inferir que o diploma legislativo estadual tem caráter complementar, não podendo dispor contrariamente à legislação federal.

Noutro giro, relevante elucidar o direito assegurado constitucionalmente no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, [...]”; “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

Diante do caráter ambivalente de segurança que possui a Carta Magna, ou seja, de um lado se coloca como obrigação do Estado e de outro lado se coloca como uma garantia de todos os indivíduos. Nesse sentido, surgem algumas indagações que devem ser elucidadas ao longo do presente estudo: não havendo outro estabelecimento para abrigar os presos condenados, tais presos deveriam ter sua pena suspensa? Seria correto expedir alvarás de soltura a presos já condenados? Decisões que libertam condenados podem contrariar o interesse público? De fato são questões controvertidas, mas que precisam ser discutidas.

Outra questão problemática é que os presos se encontravam em uma situação irregular nos estabelecimentos penais. O local onde os presos estavam recolhidos afronta direitos individuais e fundamentais da pessoa humana, uma vez que a superlotação e a falta de higiene necessária juntamente com os laudos apresentados pela inspeção sanitária feita pelo Ministério Público e Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (ANEXOS) comprovaram a situação irregular tanto da carceragem, quanto dos presos ali recolhidos.

Um bom exemplo para elucidar é o encarcerado Cláudio possuía aparentemente doença infecto contagiosa e não há qualquer indício de que foi submetido ao devido tratamento.

Nos moldes do artigo 196, *caput*, da Constituição Federal de 1988, tem-se a previsão do direito à saúde:

A saúde é direito **de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, gripe nosso).

No mesmo diapasão, têm-se o artigo 197 da Carta Magna:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988).

Pode-se observar que cabe ao Estado, garantir a saúde a todos, inclusive aos encarcerados, que não perdem tais direitos em razão de sentença condenatória transitada em julgado.

No que se refere às duas decisões em comento, é fato que a circunstância deplorável contribuiu para a transmissão de doenças graves, fazendo com que os presos compartilhassem do sofrimento gerado por tais doenças. A situação aqui relatada está contrariando diretamente dispositivo constitucional, consoante se afere do artigo 6º, *caput*, da Constituição Republicana: “são direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, o lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar, a permanência em condições insalubres gerou aos encarcerados, gravíssimos riscos à saúde, causando grandes danos físicos e emocionais, devido ao fato de a administração pública não ter concedido medidas cabíveis para o tratamento, quando se detectou as primeiras manifestações da moléstia, ficando impossibilitado, que os mesmos continuassem a cumprir suas respectivas penas.

Acerca da temática, têm-se o mandamento contido na Lei de Execução Penal de n.º 7.2012/84, mais precisamente em seu artigo 88, consoante se afere:

O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). (BRASIL, 1984).

O encarcerado Cláudio Martins, conforme decisão exarada a qual é objeto da presente reconstrução, cumpria pena em um espaço estimado de aproximadamente três metros quadrados, juntamente com mais sete presos.

Ora, tal situação se mostra um flagrante descaso da administração pública ao permitir tal situação, posto que, conforme alhures transcrito, as determinações do alojamento do condenado previstas no artigo 88 da Lei de Execução Penal não se assemelham, nem de longe, com a situação vivenciada pelo encarcerado Cláudio Martins.

Ademais, a norma infraconstitucional supramencionada estipula requisitos mínimos à observância da dignidade da pessoa do encarcerado, ou seja, o básico para que os condenados possam cumprir a pena sem que haja desrespeito à sua dignidade.

Inúmeras vistorias foram realizadas no estabelecimento prisional, sendo constatado que as exigências da Lei de Execução Penal não estavam sendo cumpridas. De mais a mais, extrai-se, ainda, das decisões analisadas, que os encarcerados cumpriam sua reprimenda em local inadequado e em condições desumanas.

Estas circunstâncias não contribuem de nenhuma forma para a consecução das finalidades da pena, mormente a ressocialização do condenado, cabendo ao Estado propiciar condições para que tais finalidades sejam alcançadas, sob pena de perda de efetividade da norma legiferante.

A Constituição da República proporciona amplos direitos aos presidiários. O artigo 5º, inciso XLIX (BRASIL, 1988), assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. No mesmo artigo, inciso XLIII apresenta-se nova disposição acerca das características do cumprimento de pena, dizendo “que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BRASIL, 1988).

Tendo em vista tantos argumentos usados na decisão, existe mais um que é imprescindível sua citação, posto que intimamente ligado aos ideais defendidos nesse trabalho científico. Trata-se do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Os ensinamentos do nobre jurista Ingo Sarlet para definir a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano,

como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 62).

Ainda corroborando, apresenta-se o estudo do professor Alexandre de Moraes, consoante se afere:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição federal exige que lhe respeitem a própria. A Concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere* (vive honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *sum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). (MORAES, 2011, p. 50- 51.).

Através das duas concepções de dignidade da Pessoa Humana supratranscritas, pode-se compreendê-la como fundamento do próprio Estado Brasileiro, tratando-se de valor espiritual e moral, trazendo respeito para si e para outrem a um atributo essencial da pessoa humana, ou seja, todo ser humano deve ter dignidade só pelo fato de ser pessoa.

Por outro lado, a Carta Magna garante ao cidadão-presos o respeito à integridade física e moral, conforme se depreende do enunciado no artigo 5º, inciso XLIX (BRASIL, 1988), bem como existe a vedação de submissão de alguém à tortura ou tratamento desumano, consoante se afere do artigo 5º, inciso III, da Constituição Republicana, posto que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” (BRASIL, 1988).

Prosseguindo na leitura da decisão analisada, têm-se as alegações de vedação à penas cruéis, previstas no mesmo artigo, inciso XLIII da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

A situação em que se encontravam os condenados, ou seja, em estabelecimentos prisionais com as características retromencionadas era degradante, não podendo o Poder Judiciário coadunar com tais posturas.

Lado outro, deve-se ressaltar outra questão de suma relevância, qual seja, a superlotação dos estabelecimentos prisionais ao argumento singelo de que não existe outro lugar para abrigá-los. Não se mostra correto e coadunante com o Estado

Democrático de Direito que tais justificativas sejam utilizadas para o menosprezo da vida humana do condenado, colocando-o em celas lotadas, cuja capacidade de ocupação já extrapolou em muito.

De mais a mais, como não poderia deixar de ser, deve-se explanar acerca do Princípio da reserva do possível, justificador da inércia estatal em determinadas demandas como a que se analisa no presente trabalho científico.

O princípio da reserva do possível tem sido costumeiramente citado nos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.(STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n).

Assim pelo princípio da reserva do possível, o Estado pode comprovar ausência de recursos orçamentários suficientes para a implementação de políticas públicas, como a construção de estabelecimento prisional para comportar a população carcerária, posto que os recursos são limitados e escassos.

Entretanto, o Estado não pode se valer da reserva do possível para justificar sua inércia de forma demasiada, devendo haver o preenchimento de inúmeras condições para tanto, não podendo tal inércia sacrificar um Direito ou Garantia de tamanha relevância, como a integridade física, à saúde, a vida digna, entre outros.

A ausência de receita pública para a efetivação de um Direito ou Garantia fundamental deve ser comprovada pelo Estado, sendo aceita em situações excepcionais, não sendo o caso tratado nessa reconstrução de sentença.

Os argumentos apresentados na sentença comprovam que várias medidas administrativas anteriores foram adotadas, sendo alguma delas: transferência de presos; ofício ao Presidente do Tribunal de Justiça e ao Corregedor Geral de Justiça, informando a situação precária, pedindo a adoção de medidas cabíveis; ofícios ao Sr. Secretário de Defesa Social e Sub Secretário de Movimentação Penitenciária. Porém, nenhuma providência ou solução obteve êxito.

Nas palavras do autor Lúcio Antônio Chamon Junior, em sua obra *Teoria Geral do Direito Moderno*, “devemos lançar a pretensão de que o Direito há que ser assumido como um sistema idealmente coerente de normas e isto não implica “presumir” a validade das normas”. (CHAMON JUNIOR, 2006, p.27).

É claro perceber que sob uma perspectiva hermenêutica, o caso concreto em análise apresenta um conflito entre uma regra constitucional que, de um lado, expressa a segurança pública e o interesse coletivo, e de outro, um princípio constitucional que impõe o cumprimento de direitos individuais dentre outros.

Assim, através dos argumentos utilizados neste estudo, das decisões analisadas e a partir de toda discussão nesta reconstrução, principalmente, referente à dignidade da pessoa humana, segurança pública, responsabilidade do Estado, se indaga como aplicar a Lei interpretando-a de forma a se chegar a melhor decisão para o caso concreto? Tem-se como perspectiva, assumir o Direito como um sistema coerente de princípios e normas onde deve ser obedecido conforme Lei e atualizado à realidade, construindo a decisão através da teoria da integridade. “Somente podemos pretender imputar deveres e direitos se bem interpretarmos o que venha a ser em face de um entendimento paradigmaticamente adequado à própria Modernidade”. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 42).

Nesse sentido, ainda afirma Chamon Junior que, para cada caso concreto deve-se procurar o magistrado sempre decidir da melhor maneira possível, buscando sempre uma resposta correta:

Assim é que devem, inclusive, ser interpretadas as metáforas que Ronald Dworkin constrói para se referir ao Direito como um ‘romance em cadeia’. Quando o autor afirma a possibilidade de uma resposta correta, ou a noção de uma ‘melhor resposta’, em momento algum podemos pretender interpretar tal colocação como uma cisão entre ideal/real no sentido de que a decisão de um dado juiz haveria que se tentar aproximar, da ‘melhor’ maneira possível, de um ideal decisivo. Esta, antes, é uma postura assumida por Alexy numa incompreensão da reviravolta hermenêutica que ainda o deixa preso a uma certa compreensão positivista do Direito. Antes, quando Dworkin se refere à exigência de se assumir o Direito como uma construção em cadeia de uma

concreta comunidade jurídica, preocupou-se em trazer à tona que não se poderia ignorar toda uma *tradição* que veio consolidando-se na intersubjetividade para que se possa aquele caso decidir – o juiz Hércules haveria que construir criticamente sua decisão levando em conta as especificidades do caso e o pano-de-fundo no qual se insere esta mesma decisão; isto implica uma exigência de integridade e não de que o *decisum* repita posicionamentos passados. (CHAMON JUNIOR, 2007, p. 32).

Outros meios para se buscar a decisão correta para dirimir tal conflito, é lançar mão da teoria da integridade e de argumentos de princípio, corolário do Estado de Direito. Nesse contexto tem-se que tais argumentos buscam solucionar o conflito sem que haja desrespeito a nenhuma das normas aplicáveis ao caso concreto, mas fazendo com que, através da dimensão de peso e importância inerente aos princípios, uma seja mais valorada do que a outra em determinado caso concreto, procurando da melhor forma possível preservar a harmonia entre as normas sem torná-las inválidas, podendo apresentar uma resposta à legitimidade ou não das referidas decisões judiciais.

3.3 Reconstrução do acórdão exarado pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que aplica o princípio da insignificância

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público de Minas Gerais contra decisão que absolveu sumariamente um indivíduo acusado de cometer um furto, ao argumento de ausência de tipicidade de sua conduta, em decorrência do valor ínfimo do objeto subtraído, com fundamento no princípio da insignificância ou bagatela.

O presente acórdão reconstruído (ANEXO 2) foi julgado pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça Mineiro, sendo que a turma julgadora era composta dos desembargadores Duarte de Paula, Marcílio Eustáquio Silva e Cássio Salomé, respectivamente, relator, revisor e 1º vogal.

Pois bem, extrai-se do acórdão que ora está sendo reconstruído, que o ilustre representante do *Parquet* mineiro apelou da decisão, fundamentando seu inconformismo na ausência de previsibilidade legal do princípio da insignificância, o que obstaria a absolvição sumária e, em contrapartida, obrigaria o douto magistrado *a quo* receber a exordial acusatória, posto que os demais requisitos legais encontravam-se presentes.

Nesse sentido, interessante colacionar parte do acórdão que corrobora o que fora escrito alhures:

Aduz o órgão ministerial inexistir elementos de convicção sobre a insignificância, no contexto patrimonial da vítima, o que por si só denotaria o equívoco judicial havido quanto pré-avaliação das provas. Sustenta que o aludido princípio jamais seria adequado a realidade pátria, visto que, afrontaria o comando normativo previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, não cabendo ao Judiciário criar fundamentação contrária à expressa disposição legal. (TJMG, Ap. 1.0024.09.681895-0/001. Rel. Des. Duarte de Paula. Julg.: 20/10/11. DJe: 07/11/11).

Em sentido diametralmente oposto ao apelante (Ministério Público do Estado de Minas Gerais), o relator do recurso, Desembargador Duarte de Paula, votou pela manutenção da absolvição sumária, em decorrência da atipicidade da conduta do apelado, com fundamento na aplicação do princípio da insignificância *in casu*, o que afastaria a tipicidade material da conduta do agente, e, portanto, afastaria a ocorrência do crime.

Pela teoria analítica do delito, adotada pela maioria dos doutrinadores e julgadores pátrios, crime é fato típico, ilícito e culpável. Para que o fato ocorrido seja considerado típico deve haver uma conduta humana omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, nexo de causalidade, resultado e tipicidade.

Justamente na tipicidade que encontra fundamento o princípio da insignificância, na medida em que é dividida em tipicidade formal, conglobante e material, sendo que a ausência desta última ocorreria quando o fato fosse de relevância penal ínfima, o que motiva o nome do princípio da insignificância ou da bagatela.

Nesse sentido, têm-se os ensinamentos do eminente jurista Rogério Greco:

Como vimos, segundo a maioria dos doutrinadores, para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita, e culpável.

[...]

A função do conceito analítico é de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal, sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância. (GRECO, 2005, p.158/159).

No mesmo sentido, têm-se parte do voto exarado pelo relator do acórdão em questão, que cita, inclusive, os ensinamentos de Cézar Roberto Bitencourt:

Como se sabe, o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria

tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala o magistério doutrinário de CÉZAR ROBERTO BITENCOURT:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (Tratado de Direito Penal - Ed. Saraiva - 13ª edição - p. 21). (TJMG, Ap. 1.0024.09.681895-0/001. Rel. Des. Duarte de Paula. Julg.: 20/10/11. DJe: 07/11/11).

Interessante ressaltar que o próprio relator do acórdão em reconstrução assume a ausência de legalidade do princípio, quando deixa evidenciado que esse se trata de construção principiológica:

O princípio da insignificância - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - **apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.** (TJMG, Ap. 1.0024.09.681895-0/001. Rel. Des. Duarte de Paula. Julg.: 20/10/11. DJe: 07/11/11, grifo nosso).

Ainda sob esse mesmo contexto, é o voto do desembargador vogal que deixa claro a ausência de previsão legal para o princípio da insignificância, o que motiva o conteúdo do seu voto para reformar a decisão de primeiro grau e, consequentemente, receber a denúncia pelo crime de furto:

Entendo, concessa vênua, que o princípio da insignificância não possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico penal, que se contenta com a tipicidade formal. A meu ver, tal princípio é aplicado em momento anterior à elaboração da lei, servindo como orientador do legislador para a seleção de condutas penalmente relevantes a serem tipificadas conforme o grau de lesividade ao bem jurídico protegido.

Ora, vê-se a toda evidência que o próprio elaborador da norma penal já cuidou de "privilegiar" condutas menos lesivas para o bem jurídico ora protegido (patrimônio), pois, para os casos de subtração de coisas de pequeno valor, já há expressa previsão no Código Penal, em especial, no art. 155, §2º. Assim, o reconhecimento do princípio da insignificância não pode prosperar, sob pena de violação dos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. (TJMG, Ap. 1.0024.09.681895-0/001. Rel. Des. Cássio Salomé. Julg.: 20/10/11. DJe: 07/11/11).

Nesse aspecto, merecem destaque os argumentos lançados pelo culto Desembargador Vogal, afirmando a inexistência de legalidade no princípio da insignificância e, inclusive, a violação do princípio constitucional da reserva legal e a separação dos poderes, posto que a escolha dos bens juridicamente protegidos pelo direito penal passa por uma análise do Poder Legislativo, não cabendo ao judiciário a revogação de norma expressa. O juiz não pode substituir a vontade política, legislando, criando um direito *ex post facto*, que acarretaria não apenas falta de legitimidade de sua decisão, mas também incerteza e incoerência perante o ordenamento. Ao proferir uma decisão que substitui essa vontade, estará restringindo a livre manifestação dos membros da sociedade. Ideia esta que parte de um poder discricionário positivista refutado no presente trabalho acadêmico. Assim

[...] as normas jurídicas somente podem pretender a confirmação discursiva de sua legitimidade na medida em que possam ser interpretadas como fruto de um processo democrático a, exatamente, garantir iguais espaços privados de construção de identidades e públicos de manifestação, o que não exclui, mas antes se interpreta co-dependente, a atividade jurisdicional de desdobramento do sistema de direitos fundamentais à luz, sempre, do próprio projeto moderno de reconhecimento recíproco e igual liberdades fundamentais (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 149).

De mais a mais, ainda ressaltou o desembargador em comentário que o próprio legislador já previu a hipótese dos bens objeto de crimes contra o patrimônio serem considerados de pequena monta, quando inseriu o §2º, no artigo 155, do diploma repressivo brasileiro, que trata exatamente da modalidade de furto privilegiado.

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

O mencionado desembargador vogal da apelação restou vencido e o princípio da insignificância foi aplicado, mantendo-se a absolvição sumária, posto que o desembargador revisor acompanhou o voto do relator.

O “princípio” da insignificância não pode ser considerado princípio da forma como se sustenta no presente acórdão. Considerá-lo como uma excludente da tipicidade material envolveria, como envolve, argumentos éticos, morais e pragmáticos.

[...] em um processo de aplicação do Direito, jamais podemos pretender como determinantes, de maneira legítima, argumentos éticos, referidos a

valores, argumentos pragmatistas, referidos a meios para se alcançar uma determinada finalidade, e argumentos morais, referidos à ideia de justo. Muito embora na reconstrução de um caso argumentos éticos, morais e pragmatistas sempre estejam presentes nas argumentações das partes envolvidas, por outro lado essas mesmas razões não podem decidir, legitimamente, uma questão jurídica (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 156).

Tais argumentos podem ser determinantes em um discurso de justificação do Direito, onde todos podem indistintamente participar em igualdade desse processo apresentando suas razões referentes a questões éticas e morais a fim de atingir certas finalidades. Mas jamais se podem admitir tais argumentos em um discurso de aplicação do Direito.

Com isso, poder-se-ia dizer que, o princípio da insignificância ou bagatela não possui legalidade, ou seja, não é visto juridicamente como um princípio normativo, ou ainda que, embora tal princípio seja aplicado no judiciário pátrio, com consequente afastamento da tipicidade da conduta do agente, o certo é que o mesmo não possui acento no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, não se pode discutir se o princípio da insignificância tem ou não incidência no sistema jurídico pelo simples fato de o mesmo não se encontrar positivado. Não à luz da Teoria da Integridade de Ronald Dworkin como se sustentou nos capítulos anteriores. Com o direito como integridade, [...] cada decisão judicial preenche um momento de nossa história institucional, tentando revelar a melhor leitura que nossa sociedade faz de suas práticas sociais. Logo, o magistrado não é uma figura criadora do direito, mas antes disso, um participante que argumenta com o restante da sociedade, tentando convencê-la que sua leitura de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz. (FERNANDES, 2010, p. 201).

Para que seja considerado um princípio jurídico deve o “princípio” da insignificância se apresentar frente à um debate democrático, com a participação de todos em condições de igualdade e liberdade a contribuir para a formação do mesmo junto à um processo legislativo.

Por fim, a reconstrução do presente acórdão deixa evidenciado que os argumentos utilizados para o desprovimento da apelação e, consequente reconhecimento do princípio da insignificância são argumentos políticos, ao contrário do voto do vogal que, no sentido da não aplicação do princípio da insignificância, se respaldou em argumentos jurídicos, baseado no princípio jurídico da separação dos poderes. Nessa mesma esteira encontram-se as sentenças reconstruídas no tópico anterior onde o magistrado também fundamentou suas decisões com base em argumentos jurídicos.

Diante das decisões aqui reconstruídas, surge a necessidade de refutar determinadas condutas pertinentes ao momento decisional que se sustentam, muitas das vezes, com base em argumentos políticos e que são revestidas de validade para adotar, em contra partida, decisões que são julgadas com fundamento em argumentos jurídicos que é o que se faz possível uma sociedade com um sistema seguro de direitos e, acima de tudo, com vistas à Justiça.

3.4 Respostas às questões levantadas nos capítulos anteriores

3.4.1 Decisões proferidas em consequência de resultado do controle das políticas públicas:

A atuação penal do Estado, a título ilustrativo, imbuída do dever de controlar violências emergenciais utiliza-se de sua prerrogativa no sentido da manutenção da ordem através da neutralização das classes economicamente inativas reproduzindo as relações de desigualdade e dominação.

Como é sabido o sistema carcerário é limitado por finalidades precípua e princípios constitucionais norteadores de toda atividade jurídica do ordenamento, dentre eles a presunção de não culpabilidade, devido processo legal e dignidade da pessoa humana. Conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci quando discorre acerca dos princípios constitucionais:

[...] são os valores eleitos pelo constituinte, inseridos na Constituição Federal, de forma a configurar os alicerces e as linhas mestras das instituições, dando unidade ao sistema normativo e permitindo que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos se façam de modo coerente. (NUCCI, 2007, p.61).

Exatamente por ser imputado aos princípios a função de nortear toda a aplicação jurisdicional que sempre deve ser pautada na Lei Maior que é a Constituição Federal, a observância das seculares conquistas dos cidadãos para aplicação concreta da lei se faz mister.

Não é novidade que ao longo da história a conflituosa interrelação entre Estado e indivíduo ensejou a proposição de normas garantidoras dos direitos fundamentais da pessoa humana frente o poder do Estado. Tais normas implicaram na obrigatoriedade ao respeito dos direitos individuais como mecanismo originário a efetivar o mínimo à

dignidade da pessoa humana que se mostra um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, III da Carta Constitucional de 1988.

Ao tratar do status da norma constitucional o insigne José Afonso da Silva (2008) ensina que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos direitos fundamentais do homem”.

Dessa forma, na condição de princípio normativo fundamental, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada como objetivo inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, de forma que quaisquer construções políticas, jurídicas, sociológicas devem pautar-se por essa qualidade da própria condição humana, por isso mesmo irrenunciável e inalienável que deve ser tutelada e promovida a despeito de quaisquer outras circunstâncias sob pena de afrontar tanto as diretrizes constitucionais e tratados internacionais, quanto os pressupostos que legitimam o *Ius Puniendi* Estatal.

A incerteza da perpetuidade de uma liberdade ampla e irrestrita levou os homens a sacrificarem pequena parcela deste ímpeto decisório pleno em nome da mínima segurança. Conforme lição tão difundida do mestre Cesare Beccaria (2002, p. 19) "a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir".

É exatamente neste ponto que o Estado assume a responsabilidade tanto pela perseguição penal quanto pela punição das condutas tipificadas, que apenas mostra-se legítima na medida em que fizer respeitar e mesmo garantir a dignidade da pessoa humana para que os demais direitos do indivíduo prevaleçam independente do cárcere e desta forma não se avilte o Estado democrático de Direito.

No entanto, os fins pretendidos pela constitucionalização têm sido subtraídos a olhos vistos do alcance dos cidadãos. Decisões meramente políticas, fundadas tão-somente em subjetividades e/ou interesses destoantes de uma efetivação do Estado de Direito Democraticamente Digno tem frustrado não só o texto da Carta Magna como as conquistas que nela culminaram. Novamente citando o doutor José Afonso da Silva:

A constituição do Estado, considerada como lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. (SILVA,).

Qualquer exercício de poder que tape os olhos ao texto constitucional configura-se nítida afronta a democracia, resultando em um ultraje a todo ordenamento jurídico brasileiro que nela deve se fundar e exercer.

A própria evolução do jogo democrático mostra seus reflexos nos parâmetros do sistema prisional adotado.

[...] a réplica penal é simplesmente o tipo de sociedade que o Brasil pretende construir no futuro: uma sociedade aberta e ecumênica, animada por um espírito de igualdade e de concórdia, ou um arquipélago de ilhotas de opulência e de privilégios perdidas no seio de um oceano frio de miséria, medo e desprezo pelo outro. (WACQUANT 2001, p. 13).

Exemplo pontual foram as decisões exaradas pelo então juiz da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, Livingsthon José Machado, que em estrita observância a Lei de Execuções Penais (Lei 7210/84) e fundamentalmente a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos determinou a expedição de inúmeros alvarás de soltura para presos de carceragens incompatíveis com os postulados de mínimo existencial, dignidade humana, individualização da pena dentre outras normas e princípios, concluindo acertadamente pela ilegalidade das prisões e em estrito cumprimento do seu dever legal, relaxá-las de forma imediata, senão o artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. (BRASIL, 1988).

O então responsável por aquela Vara de Execuções fundamentou sua decisão e levantou gravíssima insalubridade e morosidade escabrosa de até 4 anos para o encaminhamento de presos já condenados as penitenciárias, demonstrando notória ilegalidade nas prisões que vinham submetendo os encarcerados a condições ultrajantes em flagrante imposição de indignidade ao viés da proteção constitucional explanada alhures.

Em nítida demonstração de superveniência judicial, alvarás de soltura devidamente instruídos tanto da legalidade positivada constitucional ou ordinária quanto em pilares principiológicos tiveram seus efeitos arbitrariamente cancelados por decisão em sede liminar proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que ao analisar

mandado de segurança impetrado a pedido do governo mineiro, acolheu a genérica “grave risco a segurança pública”, sem qualquer observância e/ou sopesamento dos graves riscos suportados não só pelos condenados (ou denunciados), mas pela comunidade carcerária como um todo, que inegavelmente também constitui a tônica pública.

Imperioso ressaltar o autoritarismo já latente pela gravidade das consequências que culmina. O afastamento da argumentação jurídica em preferência ao discurso político, tranquilização da alarmada sociedade muito antes entregue ao caos, esvaziado de intuito democrático, por si, já tornaria a decisão reformadora ilegítima. Mas a arbitrariedade vai além, já que ao proibir que o então responsável pela Vara de Execuções Penais proferisse novos alvarás de soltura fundados nas argumentações anteriormente expostas, válidas e apenas destoantes do entendimento do Tribunal, comete-se lesão frontal à independência funcional da classe: garantia institucional que visa proteger os direitos subjetivos fundamentais declarados no texto constitucional viabilizando o mínimo e necessário desprendimento dos três poderes.

Nesse sentido, tem-se a íntegra da liminar do mandado de segurança julgado pelo Tribunal de Justiça Mineiro, concedida pelo relator Desembargador Paulo Dias:

Vistos,

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Estado de Minas Gerais contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem que, julgando procedente a representação ofertada pelo Ministério Público, determinou a interdição da carceragem do 1º Distrito Policial da daquela Comarca, assim como a expedição de alvará de soltura de todos os presos condenados que ali se encontram recolhidos, suspendendo ainda a execução das penas dos condenados também ali custodiados, até que sejam disponibilizadas vagas em estabelecimento penal adequado.

Alega o impetrante, em síntese, que em manifesta e inequívoca desobediência às liminares concedidas em dois mandados de segurança anteriormente impetrados, o MM. Juiz acima nominado determinou, nesta data, a expedição de mais 36 alvarás de soltura beneficiando presos condenados inclusive por crimes graves, com esvaziamento das liminares e gerando situação de risco à segurança pública, razão pela qual impetra mais esta segurança, objetivando a eficácia das decisões proferidas, e a imediata e urgente concessão de liminar para suspender todo e qualquer efeito da decisão impugnada até o julgamento definitivo, determinar a recaptura de todos os presos soltos, com a expedição dos respectivos mandados de prisão, bem como em caráter preventivo, determinar que a autoridade impetrada se abstenha de expedir novos alvarás de soltura com esse fundamento.

Considerando o descumprimento de duas liminares emanadas deste Tribunal de Justiça, pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, Dr. Livingsthon José Machado, nos mandados de segurança nº 1.0000.05.429879-9/000 e 1.0000.05.426750-5/000, as quais determinavam a suspensão do efeito da decisão impugnada, revogação da ordem de soltura dos presos e a manutenção do curso da execução das penas dos condenados recolhidos no 1º Distrito Policial de Contagem, e a incompreensão do citado

Magistrado que, fazendo tabula rasa da decisão retro-mencionada, expediu mais 36 alvarás de soltura;

Considerando a relevância dos fundamentos da impetração, comprovado o periculum in mora e a possibilidade de se tornar ineficaz a decisão a ser proferida neste processo, e também o fumus boni iuris a amparar a pretensão do impetrante, uma vez que a interdição somente pode ser decretada quando as irregularidades são de tal ordem que não possam ser revertidas pelo Poder Público, o que, à primeira vista, não se vislumbra nos autos;

Considerando a usurpação da competência do Poder Executivo, uma vez que conforme dispõe o art. 171, inc. VII, da Lei Estadual nº 11.404/1994 insere-se na competência da Superintendência da Organização Penitenciária “autorizar a internação e a desinternação nos estabelecimentos penitenciários”, segundo critérios da oportunidade e conveniência;

Considerando que o juiz, no desempenho de atividade administrativa também deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, e que tal atributo não se afigura, salvo melhor juízo, na determinação de ordem de soltura de presos em função de possível precariedade da Cadeia Pública, pelas graves consequências que acarreta para a segurança pública, defiro a liminar pretendida até o julgamento final neste processo, determinando, em caráter provisório e de urgência:

1. A suspensão da interdição do 1º Distrito Policial de Contagem, cuja decisão torno extensiva a todos os demais estabelecimentos penais daquela Comarca, de modo que, no curso do presente mandamus, não poderá ser decretada qualquer outra interdição no sistema prisional da referida Comarca;
2. a recaptura de todos os presos soltos, com a expedição dos respectivos mandados de prisão, bem como em caráter preventivo, determinar que a autoridade impetrada se abstenha de expedir novos alvarás de soltura com esse fundamento.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora para prestar as informações que achar convenientes no prazo de 10 dias.

Comunique-se o fato a d.ª Corregedoria de Justiça, remetendo-lhe cópias dos processos. (TJMG, MS nº 1.0000.05.430051-2/000. Des. Rel. Paulo Cezar Dias. D.J. 17/11/2005).

O condenado, às vezes nem isso, é obrigado a suportar dupla punição. Primeiramente suporta os ônus das insuficientes e ineficientes mazelas penitenciárias que deveriam preservar o mínimo da dignidade humana ao preço do *Ius Puniendi* conferido ao Estado e novamente ao carregar o esvaziamento do direito à proteção contra tais arbitrariedades.

Este episódio ocorrido na cidade mineira de Contagem suscita um importante debate sobre o papel do juiz no controle das políticas públicas. Ao interditar duas carceragens policiais e expedir alvarás de soltura a cerca de 60 presos condenados, muitos dos quais havia vários anos, o caos se instalou na mídia e, consequentemente, em toda a sociedade. A decisão, suscitada por representação do Ministério Público, suspendeu as penas até que fossem oferecidas vagas em estabelecimento penal adequado.

O juiz ressaltou as condições degradantes das prisões, que ofendiam “direitos individuais e fundamentais da pessoa humana aniquilando visivelmente sua condição de

dignidade, tornando o cumprimento da pena aplicada cruel, manifestamente ilegal e abusiva”.

Em liminar de mandado de segurança impetrado pelo governo estadual, o Tribunal de Justiça e Minas Gerais manifestou que “as decisões do juiz de Contagem trazem grave risco à segurança pública e a interdição somente pode ser decretada quando as irregularidades não podem ser revertidas pelo Poder Público, o que, em sua opinião, não está comprovado”. (THEO DIAS, 2006).

Acionada a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para analisar o caso em tela, a comissão concluiu pela cassação das decisões. O Tribunal proibiu também o juiz de expedir novos alvarás de soltura. Em 23 de novembro, o juiz voltou a expedir alvarás de soltura para sete condenados, que foram escoltados pela polícia militar até o fórum, onde receberam a notícia da libertação. O Conselho Superior do Tribunal de Justiça, por unanimidade, determinou o afastamento do juiz. Em vez de reformar a decisão por vias processuais, o Tribunal de Justiça puniu o juiz, embora a sua interpretação não destoasse da jurisprudência dos tribunais superiores que vêm concedendo regime prisional mais brando quando o Estado não oferece estrutura para cumprimento da pena prevista na sentença.

O magistrado sofreu pesadas críticas, muito das quais sustentadas em visões pré-iluministas do condenado como alguém excluído da condição de cidadão titular de direitos fundamentais.

Tratados internacionais assinados pelo Brasil como, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estabelece em seu artigo 5º que “ninguém deve ser submetido à tortura, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (São José da Costa Rica, 1969).

Em flagrante desrespeito aos enunciados do mencionado Pacto de San José da Costa Rica, a carceragem do 1º Distrito Policial que possuía, à época, capacidade para 16 presos, na realidade abrigava 113.

Ora, o que fez o magistrado de Contagem diverso do que determina a Constituição e nossa Lei de Execução Penal? O que se vislumbra é a cassação das decisões do magistrado, que estavam em conformidade com o ordenamento jurídico vigente e a jurisprudência pátria, a partir de argumentos eminentemente políticos, o que não se pode coadunar.

3.4.2 Comentários à sentença de interdição

Dispõe a Lei 7.210/84, em seu artigo 66, parte da competência do Juízo da Execução Penal:

Compete ao Juiz da Execução, dentre outras atribuições, zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; tomar providências para o adequado funcionamento dos estabelecimentos penais e interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispostos desta lei. (BRASIL, 1984).

No caso em questão, o Ministério Público ajuizou pedido para a interdição da carceragem do 1º Distrito Policial de Contagem/MG, tendo em vista as irregularidades referentes ao cumprimento de penas e prisões de caráter cautelar, e, além disto, a violação dos direitos individuais e fundamentais da pessoa humana. Cabe ao juiz da execução, providenciar adequado funcionamento do estabelecimento penal e até mesmo interditar, se necessário for, total ou parcialmente. Diante disso, o então Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminas da Comarca de Contagem/MG, Livingsthon José Machado, diligenciou para que fossem apurados os fatos e a partir daí, tomar as medidas cabíveis, como por exemplo, a inspeção da unidade prisional e proibição de recolhimento de outros presos na unidade, consoante se afere do trecho da sentença transcrito abaixo:

A mesma Lei de Execução Penal 7.210/84, ao classificar e caracterizar os estabelecimentos penais, afirma que se destinam ao condenado, ao submetido à medida de segurança e ao preso provisório (art. 82 da LEP) mas deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

A carceragem de distritos policiais é equiparada à cadeia pública, cuja finalidade está inserida no disposto no art. 102 do mesmo diploma legal, a saber: *A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios*. Já a Lei de Execução Penal do Estado de Minas Gerais (Lei 11.404) permite a colocação de presos condenados no mesmo estabelecimento penal (cadeia pública) contrariando frontalmente o que está previsto na Lei Federal.

[...]

Observa-se entre a Lei de Execução Penal (7.210/84) e a legislação estadual (Lei 11.104/994) um conflito de normas [...].

Segundo o art. 82 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), os estabelecimentos penais deverão possuir lotação compatível com sua estrutura. Entretanto, a superlotação devido ao número elevado de presos, é hoje, um dos maiores problemas do sistema prisional brasileiro, sendo que muitas prisões encontram-se

lotadas, não fornecendo o mínimo de dignidade. O fato é que o sistema prisional brasileiro não atende aos objetivos para o qual foi criado, haja vista a lotação dos presídios, bem ainda as condições de precariedade e a insalubridade presentes nas carceragens brasileiras.

Já o art. 102 do mesmo diploma legislativo (BRASIL, 1984), prevê que os presos em caráter provisório devem ser mantidos em prisões provisórias. Todavia, devido à falta de espaço em centros de prisão provisória as autoridades policiais foram forçadas a ignorar a lei.

A situação de superlotação nas penitenciárias brasileiras faz com que muitos presos condenados sejam mantidos em delegacias e, frequentemente, misturados com os que ainda aguardam julgamento, violando frontalmente o disposto na Lei de Execução Penal. Em consequência disto, as carceragens tornam-se precárias e faz com que tais estabelecimentos não atendam as exigências mínimas de higiene.

Outro ponto de relevância diz respeito à Lei de Execução Penal de Minas Gerais que viola o art. 71 da Lei de Execução Penal Federal, tendo em vista que os dispositivos legais são incompatíveis. Diante disso, cabe lembrar que a competência para regular a matéria, nos termos do art. 24, §4 da Constituição Federal é da União, “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário” (BRASIL, 1988). Desse modo, no caso de conflito de leis estaduais e federais, haverá a prevalência da Legislação federal, devendo a norma estadual ser utilizada de modo suplementar.

Nesse sentido, recorre-se novamente a parte da sentença analisada:

Por sua vez, a LEP, ainda em seu artigo 104, disciplinando a cadeia pública, estabelece que as exigências mínimas do art.88 e seu parágrafo único devem ser observados também para o preso provisório, já o citado artigo 88, parágrafo único, *b* exige área mínima de 06 m² para cada cela individual (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 08/11/2005)

A principal questão é definir a “lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”. O artigo 88 da Lei de Execução Penal preceitua que deve ser observado a área mínima de 6m² (seis metros quadrados) para cada cela individual, o que na realidade não acontece, sendo, portanto, difícil a concretização de tal dispositivo.

Além do desrespeito aos princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a superlotação é motivo de preocupação para a sociedade e para os

administradores das unidades prisionais, tendo em vista a maior possibilidade de fugas, violência entre presos, rebeliões, greve de fome, e uma maior e mais rápida propagação de doenças infecto contagiosas.

Nesse âmbito, cita-se novamente parte do trecho da sentença analisada:

Já a Constituição Federal, traz como fundamento do próprio Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana, estabelecendo alguns direitos e garantias como eixo de orientação de todo o ordenamento jurídico, inclusive e principalmente o relacionado ao cerceamento da liberdade da pessoa humana, dentre elas a proibição de se submeter alguém à tortura ou a *tratamento desumano ou degradante*.(grifo nosso)

A Lei de Execução Penal, com o objetivo de formalizar o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal, também estabelece direitos e garantias aos condenados e aos presos provisórios, como o respeito à integridade física e moral, assistência material, à saúde, jurídica, emocional, igualdade de tratamento, dentre outros.

Caso haja cerceamento de algum direito ou garantia, o juiz da execução tem competência para inspecionar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade. E, se achar conveniente e necessário, a interdição do estabelecimento penal. Nas palavras do Juiz Livingsthon José Machado:

Fortunas são despendidas com estas propagandas ou com a construção inadequada de presídios que em muito pouco contribuem para as finalidades da execução penal, quais seja efetivar as disposições da sentença criminal condenatória e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado (art. 1º da Lei 7.210/84).
[...] obtive a informação que o único presídio regional aqui instalado é a Penitenciária Nelson Hungria (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 08/11/2005).

A Lei de Execução Penal tem por escopo proporcionar humanidade e racionalidade no processo de aplicação da pena privativa de liberdade conforme disposto em seu art. 1º. Ressalte-se que tal diploma legislativo possui direitos fundamentais, devendo, pois, ser respeitado, vez que sua violação caracteriza ofensa a direitos fundamentais garantidos na Carta Magna.

Entretanto, a efetivação dos objetivos da Lei de Execução Penal não foram atingidos, principalmente pela falta de estrutura adequada para o cumprimento das

penas. Conforme salientado na sentença, o estado investe fortunas em propagandas, não retratando, todavia, a realidade dos presídios.

Os presídios brasileiros estão em situações precárias e não garantem o mínimo de assistência aos condenados, frustrando, assim, uma das finalidades da pena, qual seja a ressocialização do condenado.

A construção e manutenção dos presídios carcerários estão sob responsabilidade do Estado, que deve zelar pelas dignas condições dos estabelecimentos. Prevê ainda o art. 10 da Lei de Execução Penal que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (BRASIL, 1984). Logo, compete ao Estado tomar medidas para a ressocialização do preso, bem ainda a sua assistência.

A ausência de estabelecimentos próprios para a ressocialização do preso faz com que inúmeros condenados sejam submetidos a situações indignas, ferindo direitos individuais e fundamentais da pessoa humana. O descaso com os estabelecimentos carcerário por parte do Estado faz com que princípios constitucionais sejam violados e, conseqüentemente, que os objetivos da Lei de Execução Penal não seja atingidos, como consequência das finalidades da pena.

Sobre as medidas tomadas pelo magistrado na sentença analisada, colaciona-se parte desta, conforme se verifica:

Várias medidas administrativas anteriores foram adotadas, como por exemplo, ofícios remetidos ao Presidente do Tribunal de Justiça solicitando sua intervenção junto ao Secretário de Estado de Defesa Social e ao Governador do Estado, ofício ao Corregedor Geral de Justiça informando da situação e solicitando também que S.Exa. intercedesse junto aos órgãos competentes para a adoção das medidas cabíveis; ofícios ao Sr. Delegado de Polícia e ao Comando da Polícia Militar; ofícios ao Sr. Secretário de Defesa Social e Subsecretário de Movimentação Penitenciária; contudo, nenhuma providência ou sinalização de que medidas estão sendo adotadas para a solução dos problemas foram apresentados (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 08/11/2005).

O magistrado, conferido de sua competência, determinada pelo artigo 66 da Lei de Execuções Penais, diligenciou para que o problema da unidade prisional de Contagem fosse solucionado, o que restou infrutífero.

Ficou demonstrado seu esforço na tentativa de mudar aquela situação, por já ter tomado todas as medidas cabíveis.

De igual modo já foram requisitadas vagas em estabelecimentos comerciais adequados ao cumprimento da pena dos sentenciados que ali estão recolhidos, sendo que a resposta da administração pública vem sempre no mesmo sentido, qual seja a falta de vagas para matrícula dos condenados (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 08/11/2005).

O magistrado prolator da decisão comprovou com tais dizeres que vinha tentando dar aos presos maior conforto no cumprimento de suas penas, em cumprimento aos dizeres da Constituição Federal Brasileira, que prevê a humanização da pena e veda penas degradantes ou cruéis, posição com o qual se coaduna, posto que devidamente, na medida em que é inadmissível que em pleno Estado Democrático de Direito haja tão grave afronta a direitos fundamentais.

Basta uma análise superficial de presos juntada às fls. 08, para se constatar que muitos dos sentenciados ali estão recolhidos há mais de 04 anos e nenhum deles ali se encontra por tempo inferior a 90 dias após a sentença condenatória, situação que demonstra descaso dos órgãos encarregados da administração penitenciária (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 08/11/2005).

Após demonstrar todo seu esforço para mudar tal situação - indignidade no cumprimento das penas -, o magistrado comprovou o descaso da administração pública com aquela situação, que mesmo ciente do que ocorria se mantinha inerte.

Isso é apenas um exemplo do que ocorre na maioria dos estabelecimentos prisionais brasileiros, onde os presos são jogados e esquecidos.

Estranho é pensar que apesar de todo descaso tem-se uma Lei de Execuções Penais bem como varas especializadas na execução dessas penas e mesmo assim nada muda, e muito pelo contrário, a situação está cada vez pior.

O que às vezes deixa transparecer é que o Estado se preocupa apenas em punir, pouco se importando com o verdadeiro objetivo da pena:

Apesar disto, a imprensa tem divulgado diuturnamente propagandas do governos estadual, no meu modo de entender enganosas, dando conta que novos estabelecimentos prisionais estão sendo construídos e o problema da segurança pública está sob controle, o que não corresponde a realidade, pois segundo informações que nos tem chegado, Contagem é, nos dias de hoje, a cidade mais violenta do estado de Minas Gerais em relação ao número de habitantes. No entanto, não tem recebido a atenção necessária do Governo Estadual, talvez em razão da divergência política com a atual administração local (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 08/11/2005).

Na citação acima, além de suscitar uma suposta divergência entre o governo estadual e o governo municipal, como uma possível causa do abandono do sistema prisional na cidade e comarca de Contagem, o magistrado questiona propagandas do governo estadual em relação à construção de novos presídios.

Outra vez assiste razão o magistrado, pois, se há verbas para a construção de novos presídios, a lógica é que sejam construídos nos lugares onde há maior demanda e conforme afirma o magistrado, Contagem, em números proporcionais é a cidade mais violenta do estado de Minas Gerais.

Fato é que por se tratar de um direito constitucionalmente assegurado, a dignidade da pessoa humana deve sempre ser respeitada, devendo, desta forma, haver maior preocupação das autoridades públicas com a verdadeira finalidade dos estabelecimentos prisionais no cumprimento dos objetivos da pena.

Assim, a finalidade punitiva e retributiva da pena seriam exercidas de forma mais humana, e também com uma verdadeira efetivação do caráter ressocializador da mesma. O que talvez amenizasse a criminalidade, já que uma vez tendo cumprido a pena, àquela pessoa ficaria menos propensa à prática de novos crimes.

Nesse sentido, colaciona-se trecho da sentença analisada:

O local onde os presos estão recolhidos afronta os direitos individuais e fundamentais da pessoa humana, aniquilando visivelmente sua condição de dignidade, tornando o cumprimento da pena aplicada cruel e manifestamente ilegal, abusiva (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 08/11/2005).

Diante de tal afirmativa, é importante trazer alguns preceitos constitucionais, dentre eles a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante, a individualização da pena, a proibição de penas cruéis e o respeito à integridade física e moral dos presos. Desta forma, qualquer tipo de pena que afronte princípios e garantias constitucionais não pode ser aceita, devendo ser nula de pleno direito.

É certo que todo direito deve ser aplicado ao caso concreto, mas é mais certo ainda que alguns direitos não possuam tempo para aplicação, devendo ser respeitados a qualquer tempo, fazendo com que a sociedade também se adeque ao direito e não somente o direito à sociedade.

Assim, devidamente comprovada a situação irregular da carceragem do 1º Distrito Policial de Contagem, bem como o perigo real para a saúde dos

presos ali recolhidos e a inércia da administração pública para a solução dos problemas apontados, julgo PROCEDENTE a representação ofertada pelo Ministério Público e com fundamento no disposto nos artigos 66, VI, VII e VIII da Lei de Execução Penal e artigo 61, da Lei Complementar 59/01, INTERDITO toda a carceragem daquela unidade policial.

[...]

Determino também que se oficie os juízes criminais da comarca, informando da decisão de interdição daquela unidade carcerária para que possam tomar as medidas necessárias ao fiel cumprimento da presente decisão.

[...]

Determino, de igual modo, que se oficie à prefeitura Municipal de Contagem, para que não se permita que em qualquer outro imóvel destinado à instalação do 1º Distrito Policial, sejam construídas celas pra recolhimento de presos.

[...]

Em razão da presente decisão, suspendo a execução das penas dos condenados recolhidos no 1º Distrito Policial de Contagem, até que sejam disponibilizadas vagas em estabelecimento penal adequado ao cumprimento das respectivas condenações, certificando a sra. escrivã sobre o ocorrido em cada processo de execução em curso relacionado com a presente (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 08/11/2005).

No dispositivo da sentença, o magistrado, com base nos princípios e garantias fundamentais à baila, além dos preceitos da Lei de Execução Penal e da Lei Complementar 59/01 decidiu pela interdição daquela carceragem.

Como garantia de eficácia de sua decisão, ordenou que todos os juízes criminais da comarca fossem oficiados, suspendendo a execução das penas dos presos daquela unidade prisional até que fossem disponibilizadas vagas em estabelecimento prisional adequado.

Fato é que a sentença foi muito bem fundamentada na Constituição Federal, e em leis que conforme já exposto exaustivamente acima, efetivam os preceitos desta. O magistrado também comprovou que sua decisão de interditar o estabelecimento prisional e suspender a execução das penas dos presos lá recolhidos, foi sua última opção, por já ter realizado diversas tentativas de resolver o problema de outra forma.

Então pergunta-se: Qual o erro cometido por este magistrado que de uma forma corajosa e lançando mãos de argumentos principiológicos, mostrou como se deve aplicar o direito?

Acontece que infelizmente nem todos os administradores do Direito têm uma visão correta do mesmo. Como exemplo disso podemos citar o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Minas Gerais, à época, Raimundo Cândido que, de uma forma esdrúxula, criticou e interpretou mal a decisão afirmando que:

Sobrepõe aos direitos fundamentais dos presos um suposto direito supraconstitucional ‘segurança da sociedade’. A situação dos presos é

lamentável, mas a população tem direito a segurança e na balança da justiça deve pesar a maioria.

Posteriormente à já desastrosa fala, acusa o Juiz de que o mesmo havia prevaricado, ou seja, cometido o crime previsto no artigo 319 do Código Penal: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”. (BRASIL, 1940).

O que acontece é que muitas decisões afrontam direitos e garantias constitucionais e não fazem celeuma porque são decisões de cunho político, ou seja, decisões que visam beneficiar a coletividade. Ao contrário, decisões que não beneficiam a coletividade, mas o indivíduo em si, são consideradas injustas ou ilegítimas. É como se os direitos daqueles que estão à margem da sociedade não tivessem valor. As decisões políticas aquietam o caos pré-instalado na sociedade.

A decisão analisada foi objeto de inúmeras discussões. Nesse contexto, relevante colacionar uma carta escritas pelos juízes da cidade e comarca de Contagem/MG, à época, que manifestaram apoio ao juiz da Vara de Execução Criminal. Interessante que a mencionada carta deixa evidenciado que a decisão do referido juiz de suspender a execução penal dos detentos se baseou em argumentos jurídicos e, conforme se depreende do exposto nos capítulos anteriores, é válida.

Carta Aberta dos Juízes de Contagem/MG

Os Juízes de Direito da Comarca de Contagem/MG, à vista dos últimos acontecimentos envolvendo o problema carcerário local, vêm, de público, aduzir o seguinte:

- 1º) como é de conhecimento geral, a situação carcerária no Estado, especialmente em Contagem, é lastimável, não só por conta da superpopulação como também, e principalmente, em razão das péssimas condições físicas e de higiene das cadeias públicas locais;
- 2º) o Juiz de Direito responsável pela Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios, tão logo chegou à comarca, iniciou trabalho sério e intenso no sentido de fazer respeitar a Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais no que diz respeito à temática em questão;
- 3º) tramita na comarca ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público contra o Estado de Minas Gerais, ação esta ainda em curso, tendente à regularização do sistema carcerário local;
- 4º) o mesmo Ministério Público representou ao Juiz da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios visando a interdição dos 1º e 2º Distritos Policiais de Contagem, haja vista às péssimas condições físicas e de higiene das referidas carceragens;
- 5º) há laudo da Vigilância Sanitária do Município de Contagem/MG dando conta da existência de doenças infecto-contagiosas no 2º Distrito Policial, tendo havido inclusive sugestão de interdição desta cadeia, já que os presos encontram-se expostos a sérios riscos de morte;

6º) em seu trabalho tendente à regularização das condições das carceragens existentes em Contagem, comandou o juiz da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios trabalho, inédito, que resultou em acordo tendente à construção de centros prisionais na cidade, mediante recursos alocados pelo Município local e pela União, ocorrendo, contudo, que, minutado o ajuste, o Governo do Estado se recusou, em um segundo momento, a comparecer como avalista do ajuste;

7º) vê-se, pois, que todas as medidas, administrativas e judiciais, tendentes à solução do problema carcerário local restaram infrutíferas;

8º) assim é que, num gesto extremo, mas pautado em argumentos legais e jurídicos, o juiz da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios, em atenção ao comando constitucional que determina sejam todos, inclusive os encarcerados, respeitados em sua dignidade, determinou a soltura dos presos que se encontravam recolhidos em estabelecimentos prisionais que, repita-se, não apresentavam as mínimas condições de salubridade e segurança, sendo de se registrar que há incidência de casos de lepra, tuberculose, hepatite e doenças sexualmente transmissíveis entre a massa carcerária;

9º) pronunciamento judicial que é, comporta a decisão do referido magistrado, por parte dos que com ele não concordam, o aviamento de recurso próprio, a ser discutido à vista das leis e dos princípios jurídicos que regem o Estado Democrático de Direito;

10º) em razão disso, nós, Juízes de Contagem, vimos repudiar, de forma veemente, a atitude do Exmo. Sr. Governador do Estado que, longe de se pautar como convém ao seu cargo, veio a público e, por meio de um vocabulário impróprio, ofendeu a dignidade funcional do magistrado já citado, esquecendo-se que num Estado Democrático de Direito as decisões judiciais, ainda que passíveis de críticas, hão de ser confrontadas pelo meio processual próprio;

11º) de outra sorte, vimos repudiar também a conduta incoerente e contraditória do Ministério Público que, ajuizando ação civil pública e representações objetivando a interdição dos distritos policiais de Contagem, agora anuncia a instalação de comissão tendente à averiguação de eventual conduta ilícita por parte do juiz da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios da comarca;

12º) é importante frisar que o magistrado em questão agiu no exercício de seu poder jurisdicional, sendo certo, por isso, que a sua decisão, pautada na lei e nos princípios gerais do Direito, ainda que dela discorde alguns, há de ser combatida nos tribunais, e só nestes.

Contagem, 18 de novembro de 2005.

Paulo Mendes Álvares, Danton Soares Martins, Marcus Vinícius Mendes do Valle, Guilherme de Azeredo Passos, Terezinha Dupin Lustosa, Christian Gomes Lima, Luzia Divina de Paula, Renan Chaves Carreira Machado, Rodrigo Moraes Lamounier Parreiras, Pedro Aleixo Neto, Areclides José do Pinho Rezende, Raquel de Paula Rocha Soares, Paulo Rogério de Souza Abrantes, Maria Luiza de Andrade Rangel Pires.

Além do apoio dos magistrados lotados na comarca de Contagem/MG, a decisão do juiz Livingsthon recebeu o apoio da associação dos magistrados de Minas Gerais e da Pastoral dos Direitos Humanos:

Foi uma decisão política, não jurídica. O juiz foi muito corajoso por ter encarado de frente o problema carcerário de Minas.", - Lindomar Gomes, da Pastoral de Direitos Humanos.

Dr. Livingsthon, obrigado por cumprir sua função, o que o governador não faz, - populares.

A Amagis considera inaceitável o afastamento do juiz Livingsthon José Machado das suas funções jurisdicionais, de forma sumária e sem observância do devido processo legal. A independência do juiz no exercício da judicatura é garantia da própria cidadania. A associação coloca à disposição do magistrado o suporte jurídico necessário a enfrentar e reverter a atual situação - nota de apoio da ANAMAGIS. (FOLHA ONLINE, 2010).

3.4.3 Comentário ao termo de audiência

Diz chamar-se Cláudio Martins, cumprindo pena na cela 01 no 3º DP e ali também se encontram mais sete presos em espaço que estima ser de mais ou menos três metros quadrados; que apresenta vários furúnculos pelo corpo; que ali está há cerca de um ano e três meses; possui endereço certo na Rua Doze, 56, Bairro Parque São João/Contagem, que se compromete a voltar a cumprir a sua pena assim que for disponibilizada a sua vaga na Casa de Albergado. (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 22/11/2005)

O art. 5º, inciso XLIX da Constituição da República, aduz que: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988). O que se percebe no parágrafo acima descrito, cópia de parte do Termo de Audiência da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem/MG, é contrário aos preceitos Constitucionais e ao que dispõe a Lei de Execuções Penais, de n.º 7.210/84, mais precisamente em seu artigo 12: “A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (BRASIL, 1984).

Ao se analisar a decisão proferida pelo Juiz Livingsthon, percebe-se que a penitenciária estava superlotada, com péssima ou nenhuma infra-estrutura, e sem a mínima condição de abrigar os presos que se encontravam aglomerados em celas imundas e minúsculas.

A situação narrada acima, ou seja, em que se encontravam as celas das delegacias e penitenciárias de Contagem é degradante. Embora a Lei de Execuções Penais confira uma série de direitos aos presos, com o objetivo de lhes proporcionar um mínimo de dignidade possível, o que se observa é que o diploma legislativo, decisivamente não foi obedecido.

Cumpramos ressaltar que, embora a decisão do Juiz tenha sido extremamente criticada na época, até mesmo manipulada pela mídia sensacionalista, a mesma se mostrou legalmente pertinente, até mesmo, por estar totalmente embasada em princípios

legais. Têm-se inúmeros princípios e garantias fundamentais na legislação que respaldam e resguardam a decisão do Juiz em questão.

Nesse caminho, podem-se citar os seguintes princípios e garantias fundamentais, todos previstos na Constituição da República de 1988: Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art.1º, inciso III, Prevalência dos Direitos Humanos, previsto no art. 4º, inciso II, a garantia à integridade física e moral, prevista no art. 5º, inciso XLIX, a garantia de que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, prevista no art. 5º, III e a garantia que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, disposto no artigo 5º, inciso XLVIII (BRASIL, 1988).

O que fez o Juiz, foi unicamente adequar a lei ao caso concreto, cumprindo com os preceitos legais, uma vez que os presos, naquela situação, estavam cumprindo pena de forma diversa da que realmente deveriam estar e por um tempo superior ao que deveriam suportar, em razão negligência estatal no que diz respeito a falta de vagas na Casa de Albergado, consoante se afere da decisão.

O magistrado apenas não achou legalmente correto mantê-los presos em condições subumanas, inseguras e ilegais, uma vez que, se assim não decidisse estaria procedendo de forma contrária ao mandamos da lei.

Nesse sentido, colaciona-se a manifestação do *parquet* mineiro acerca da temática:

A seguir, manifestou-se o Ministério Público, nos seguintes termos:
MM. Juiz. O sentenciado está definitivamente condenado em sentença transitada em julgado. Não se olvida que ao Estado é dada a custódia de presos e, nos exercício desse mister, deve observar estritamente os preceitos constitucionais sobre os direitos humanos. O sentenciado está aparentemente acometido de doença infecto-contagiosa. Não há qualquer indício de que seja submetido ao devido tratamento. Dessa forma, considerando que o sentenciado está em cumprimento de pena no regime aberto, e vista a sua condição de saúde, requer o Ministério Público seja suspensa a presente execução de pena, colocando-se o sentenciado em liberdade para tratamento médico (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 22/11/2005).

Sobre o mesmo assunto, ou seja, a saúde dos presos manifestou o Juiz em sua decisão:

Em procedimento administrativo instaurado em face da representação do Ministério Público que busca a interdição daquele estabelecimento prisional, foi constatada a completa ausência de condições para a custódia de presos,

condenados ou provisórios, principalmente em razão de focos de doenças contagiosas ali existentes, conforme demonstrado em laudo da vigilância sanitária juntado àqueles autos.

Foi determinada a transferência dos presos ali recolhidos no prazo de 72 horas e internação daqueles acometidos de doenças. Entretanto, a respotada autoridade responsável foi da impossibilidade de se efetivar a transferência de qualquer preso pela falta de vagas, fato, aliás, noticiado amplamente pela imprensa através de declarações oficiais da Secretaria de Defesa Social (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 22/11/2005).

Passa-se agora, à análise das condições higiênicas e de saúde a que eram submetidos os presos em questão. Como se verifica pelos trechos acima descritos, extraídos da decisão, percebe-se que as condições sanitárias a que os mesmos estavam sendo submetidos, mostravam-se cruéis.

Não restaram dúvidas, após a leitura da situação narrada acima, que os presos estavam vivendo em situações desumanas e degradantes, sendo que a sanção aplicada aos detentos pelo Estado era visivelmente ilegal e contrária aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

É de sabença elementar, que a soltura dos referidos presos, aconteceu porque esses estavam cumprindo pena de forma completamente contrária ao disposto na lei, uma vez que se encontravam em celas imundas, insalubres e superlotadas. Cumpre esclarecer que em tais celas conviviam detentos saudáveis com aqueles portadores de moléstias infecto-contagiosas, como herpes, hepatite, tuberculose, sarnas entre outras doenças. Essa situação senão tivesse sido averiguada a tempo pelo Juiz, ora sentenciante, poderia deixar de ser um problema prisional, alastrando-se, e em pouco tempo, tornando-se um problema de saúde pública.

É garantido na Lei de Execuções Penais, nos termos do art. 14, *caput*, e § 2º, “a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, o atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984).

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico:

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento (BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. publicado no DOU de 13.7.1984).

Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Entretanto, analisando-se o parecer ministerial, bem como parte da decisão judicial descrita acima, depreende-se que na carceragem em estudo, a realidade era outra e mostrava que o estabelecimento prisional não dispunha de equipamentos e profissionais apropriados para o atendimento médico, farmacêutico e odontológico e, principalmente, que não tinha sido tomada nenhuma providência, tanto é que os presos estavam acometidos de diversas doenças graves e contagiosas.

Na época dos acontecimentos a imprensa, um tanto leiga e sensacionalista, postava e transmitia reportagens criticando a conduta do Juiz. Entretanto, se esqueceram de ressaltar que é a rede pública a responsável por prestar os serviços de saúde e higiene previstos na lei, porém, sendo a mesma carente e não dispondo de condições adequadas para oferecer atendimento de qualidade, ficam não só os presos como também a camada carente da população desprovida de qualquer tipo de assistência, principalmente a de saúde.

Diante dessa realidade e da situação em que se encontravam os presos àquela época foi que o Juiz Livingsthon tomou a atitude corajosa que se tornou comentário em todo o país, mandando-se expedir alvarás de soltura para os presos que aguardavam celas para suas transferências, que poderiam até mesmo não acontecerem por falta de vagas.

Passa-se agora, à análise da situação abusiva em que se encontravam os presos àquela época. Nesse sentido, tem-se o depoimento da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais:

Também com vista dos autos, a Dra. Defensora Pública se manifesta:
MM. Juiz. O sentenciado foi condenado pela prática de um ilícito penal e atualmente encontra-se cumprindo sua reprimenda em local inadequado, em condições desumanas que de nenhuma forma, não contribuem para sua ressocialização. O Sentenciado vem sendo mantido em local inadequado sob o argumento de que não há vagas em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena. O problema agrava-se a cada dia, é sabido que vários presos do 3º DP de Contagem apresentam moléstias infecto-contagiosas. A execução da pena tem três por finalidade a ressocialização do condenado, cabe ao Estado dar condições para que tal fim seja alcançado. Quando o Estado trata seus presos de forma desumana e em flagrante contradição aos ditames constitucionais temos um aumento da criminalidade, situação que se torna insustentável nos dias atuais. Assim, a Defensoria Pública de Minas Gerais não vê outra opção senão a imediata liberação do Sentenciado até que seja providenciada vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da

pena que lhe foi imposta (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 22/11/2005).

Sobre o mesmo tema manifestou o Juiz em sua decisão:

[...] A omissão do Estado e a negligência das autoridades administrativas em disponibilizar as vagas necessárias aos presos, não autoriza a submissão de qualquer preso a tratamento desumano ou degradante, principalmente quando a pessoa já foi condenada definitivamente.

O tratamento desumano ou degradante viola flagrantemente direito fundamental da pessoa humana e exige uma imediata resposta da autoridade judiciária responsável pela execução penal.

[...] Examinando o levantamento de pena do Sentenciado e as informações constantes da relação de presos recolhidos no 2º Distrito Policial, pode-se constatar que ali permanece por tempo muito superior ao necessário para a disponibilização da vaga em estabelecimento adequado ao regime que lhe foi imposto, o que torna a sua prisão ilegal e abusiva, devendo, portanto ser relaxada, principalmente porquanto o Estado de Minas Gerais, responsável por sua custódia vem deixando de cumprir com obrigação legal e impingindo o sentenciado sofrimento degradante e desumano ao não providenciar a transferência para local adequado, como anteriormente determinado (MINAS GERAIS, CONTAGEM, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Título: Ação Penal. Livingsthon José Machado – 22/11/2005).

Diante dos trechos acima descritos, percebe-se o quão humilhante e desumana era a situação em que se encontravam os presos naquele lugar. Pensar que todos estão ali, pagando por um crime que cometeram, pagando pelo que fizeram de mal e ruim “aqui fora”, por quantas famílias desestruturadas, pelas dores causadas. Porém, ainda assim, continuam sendo seres humanos, portanto, insuportável, degradante e, o mais importante, inconstitucional, a situação em que se encontravam.

Mister se faz salientar que por mais grave que tenha sido o crime cometido pelo condenado, os seus direitos constitucionais devem ser acautelados e respeitados, sobretudo os relacionados com a dignidade da pessoa humana. Tem-se uma sociedade que clama por justiça, mas será que esta justiça aclamada significa desconsiderar o caráter normativo da Constituição da República? Será que o interesse coletivo realmente está fincado numa punição severa e desrespeitosa ao que determina o arcabouço jurídico? Acredita-se que não.

Nos termos da Lei de Execução Penal, mais precisamente em seu capítulo IV, “enquanto condenado, o preso, é possuidor de direitos e deveres” (BRASIL, 1984). Dentre outros, são direitos dos presos: representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, ter

alimentação suficiente e vestuário, assistência à saúde, material, jurídica, educacional, social e religiosa.

Dentre todos os direitos assegurados aos presos, tem-se como o mais importante, aquele previsto no art. 88 da Lei de Execução Penal:

O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados) (BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. publicado no DOU de 13.7.1984).

No Brasil, o *ius puniend* (direito de punir) é exclusivo do Estado, portanto, este, na condição de aplicador da sanção, tem, segundo a lei de execução, deveres a cumprir tanto quanto os presos. E eram deveres que não estavam sendo honrados àquela época na cadeia daquele distrito policial de Contagem, o que levou o Magistrado a tomar aquela decisão drástica.

Ora, se o Estado não estava garantindo aos presos beneficiados com os alvarás de soltura de cumprirem sua pena de acordo com os preceitos legais, pode-se inferir que não seria justo, então, mantê-los presos, de forma inadequada e ilegal, tendo em vista que, muitos deles já estavam presos a mais tempo do que realmente deveriam estar.

Contudo, restou comprovado, que a atitude tomada pelo juiz era a sua última opção, tendo em vista que, após a leitura da decisão, percebe-se que o mesmo tentou por diversas vezes mobilizar o Estado, para que tomassem as providências cabíveis, pondo fim à situação degradante, indecorosa e humilhante imposta aos presos, diante da superlotação, mormente aos já condenados que cumpriam sua pena nas delegacias. Por esse motivo, cansou-se o juiz e, em um a atitude drástica, porém, pautada em fundamentos jurídicos e legais, determinou a soltura de dezenas deles. Nas palavras de Chamon Junior,

O juiz, então, em sua função, não deve se satisfazer em apresentar às partes qualquer resposta jurisdicional – ou uma resposta meramente “possível” como proposto por Kelsen. O juiz, por transitar em um sistema de princípios, deve alcançar a única solução para o caso – levando em consideração, inclusive, o próprio processo concretamente desenrolado. (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 53-54).

De acordo com os princípios constitucionais vigentes no país, não é admitido o emprego de penas degradantes e que ferem a dignidade da pessoa humana, o que tornava ilegal a sanção aplicada aos presos que foram libertados em Contagem.

Por esse motivo, estava coberto de razão, o juiz, ao mandar soltar os presos e suspender a execução de suas respectivas penas até que o Estado tomasse as devidas providências, dando-lhes condições humanas de cumprir com suas obrigações, de acordo com os preceitos legais.

Importante se faz o papel do magistrado na busca, dentro do caso concreto, da decisão mais certa, justa e coerente com a situação fática interligando-a ao caráter normativo da Constituição.

4 CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 tem-se, pois, grande ampliação dos direitos e das garantias fundamentais como princípios basilares do direito. A doutrina tradicional costuma ensinar que os princípios gerais do direito são uma forma de auto-integração do Direito, podendo o intérprete, ao se deparar com a ausência de normatização, valer-se deles. Isto porque, esses passaram a serem os direitos fundamentais previstos na Lei Maior, sendo considerados normas fundantes que traduzem uma visão constitucionalizada dos direitos essenciais.

O Direito sempre encontrou e continuará a encontrar empecilhos ante seu objetivo de buscar a estabilidade e certeza nas relações sociais, ao mesmo passo que, almeja-se a concretização pela justiça. Entretanto, a conciliação da estabilidade com a certeza jurídica se mostra de fundamental importância.

Assim, diante da afirmativa inicialmente apresentada, de que à luz da Constituição Federal de 1988, as decisões judiciais baseadas em argumentos de política são inadequadas e na pretensão de se saber em que medida a Teoria da Integridade de Ronald Dworkin pode ser aplicada em decisões judiciais baseadas em argumentos jurídicos como forma de legitimá-las e quais as possíveis contribuições desta teoria na busca por um resultado mais acertado na interpretação do Direito sem que haja privilégios políticos, tem-se de plano que, o ato de liberdade de escolha do magistrado dentre as várias possibilidades dentro da norma não pode mais prosperar. Igualmente não mais pode prosperar a admissibilidade de decisões de caráter político que se sustentam unicamente em argumentos coletivos e cerceiam direitos individuais do cidadão.

Isto porque, com a vênua devida, o juiz não tem legitimidade para efetuar escolhas com base em argumento políticos, na medida em que não se submeteu ao processo democrático de eleição pelo povo, motivo pelo qual não possui legitimidade para decidir com argumentação política.

Nesse contexto, uma decisão que se sustenta em caráter político, como a decisão que se fundamenta no princípio da insignificância, ora aqui analisada, vem demonstrar que ainda existem fortes resquícios do positivismo jurídico. Como restou provado, o princípio da insignificância não pode ser considerado princípio da forma como se sustentou no presente acórdão. Não pode ser visto juridicamente como um princípio normativo, embora tal princípio seja aplicado no judiciário pátrio com o

consequente afastamento da tipicidade da conduta do agente. O certo é que o mesmo não possui acento no ordenamento jurídico brasileiro. Considerá-lo como uma excludente da tipicidade material envolveria, como envolve, argumentos éticos, morais e pragmáticos, argumentos estes inadmissíveis em um discurso de aplicação do Direito.

Para que seja considerado um princípio jurídico deve o “princípio” da insignificância se apresentar frente a um debate democrático, com a participação de todos em condições de igualdade e liberdade a contribuir para a formação do mesmo junto a um processo legislativo.

Tem-se assim que o juiz não pode substituir a vontade política, legislando, criando um direito *ex post facto*, que acarretaria não apenas falta de legitimidade de sua decisão, mas também incerteza e incoerência perante o ordenamento. Ao proferir uma decisão que substitui essa vontade, estará restringindo a livre manifestação dos membros de uma dada sociedade.

A vontade política deve ser expressa previamente à elaboração da norma jurídica, tratando de competência atribuída pelo Constituinte ao Poder Legislativo, na medida em que realizam a representatividade do povo.

O judiciário não tem o condão de manifestar com bases políticas. A ele não lhe é dada esta condição, mas sim a de resolver e pacificar os conflitos sociais aplicando os padrões normativos escolhidos previamente pela sociedade, quando da elaboração das normas, e garantir que as escolhas normativas, consequentemente também políticas – tomadas pelos órgãos políticos da comunidade – estejam de acordo com a estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito.

Também não se pode aceitar que a validade de uma decisão judicial encontre a sua condição de existência em mera liberalidade do magistrado na escolha de um determinado direito, dizendo que sua decisão ou norma jurídica é válida por sua disposição pessoal de vontade e não por estar plasmada na vontade popular ou na observância de argumento de princípio ou da teoria da integridade.

De imediato cabe asseverar que a garantia dos direitos fundamentais a todos os cidadãos é o mínimo pretenso em um ato decisional, resultando em um ato injusto e inadmissível a sua inobservância.

Dentro dessa proposta, tem-se então que a interpretação do Direito é o primeiro passo para a sua correta aplicação, buscando-se sempre a decisão que melhor se ajuste ao caso concreto e não simplesmente escolhendo uma decisão dentre outras por um

simples ato de vontade ou apenas de forma aproximada como sustenta Kelsen e Alexy respectivamente.

Caberá ao intérprete do direito, utilizando-se da hermenêutica, analisar, conforme o caso, qual dos axiomas em jogo deve prevalecer. Assim, imperioso a utilização da teoria da integridade para tratar de direitos e garantias fundamentais incidentes no mesmo caso concreto. Referida teoria calca-se no trinômio: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. Portanto, numa colisão teórica, entre direitos fundamentais, afere-se que a teoria da integridade tende mais para o ideal de justiça e garantia máxima do devido processo legal.

Assim, fez-se necessário então trazer à tona a ideia de integridade do direito. Tem-se então que a integridade do Direito se faz necessária, ou seja, é preciso que todas as normas sejam coerentes entre si, com aplicação a todos os integrantes de uma sociedade indistintamente.

Todos que pertencem a uma mesma comunidade compartilham de um mesmo conjunto de direitos e deveres não se aceitando a exclusão de nenhum desses membros, inclusive na construção do direito frente aos Poderes Legislativo e Judiciário, mormente sob a roupagem de argumentos políticos. Todos compartilham dos mesmos princípios sendo reconhecidos iguais direitos e liberdades a todos estes membros.

Quer-se com isso concluir que toda decisão emanada do judiciário tem que apresentar fundamentos compatíveis com a realidade fática, ou seja, de acordo com a análise do caso concreto, buscando a melhor decisão para o referido caso concreto e fazendo ainda com que se interprete as normas fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros, não como bem entender, mas da forma que a coletividade escolheu para si. Isso significa dizer que a decisão tem que apresentar uma justificativa compatível com a ideia de integridade.

Vale dizer que, para que uma decisão possa ser julgada válida ou inválida, a mesma deve transpor as muralhas de qualquer sala ou gabinete, para fazer parte da dinâmica social, de modo que cada membro da comunidade interprete em condições de igualdade recíproca, como condição de legitimidade do direito e das decisões judiciais.

Assim, por meio dessa dinâmica jurisdicional que se tem vivenciado nos últimos anos, percebe-se a necessidade do abandono e coibição de decisões com argumento políticos e o fomento das decisões com cunho jurídico, a fim de que a separação de poderes seja observada e que o jurisdicionado possa auferir o mínimo de segurança jurídica de que suas demandas serão apreciadas dentro da normatividade

jurídica, assim como se percebe na decisão do Juiz Livingsthon José Machado. Decisões estas que, como demonstrado, pautou-se em uma interpretação do Direito que se pode assumir como sendo de direitos fundamentais garantidores, porque inseridos na operacionalização legítima do Direito.

Nesse contexto, observou-se que, diante da incidência de argumentos diversos na resolução do caso concreto, o Juiz Livingsthon privilegiou os argumentos que refletiam o cumprimento de direitos individuais, lançando mão do ideal de integridade para se chegar a melhor decisão, o que fez garantir a legitimidade de suas decisões.

É dentro desta prestação jurisdicional criminal com o abandono de argumentos políticos e acolhimento de argumentos jurídicos que o ato decisional se mostra mais latente e imperativo, mormente por se tratar da *última ratio* do direito, onde os direitos fundamentais devem se sobressair aos argumentos políticos, principalmente em decorrência da possível restrição da liberdade de jurisdicionado.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. El concepto y la validez Del derecho,

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Publicado no DOU de 13.7.1984.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 54. Relator Des. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05.03.2012.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Mandado de Segurança Nº. 1.0000.05.430051-2/000. Relator Des. Paulo Cezar Dias. Julgamento: 27/11/2005. Disponível em: ISSN 1983-392X. Acesso em: 05.03.2012.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 05 de set. de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito penal: Contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

_____. **Teoria Geral do Direito Moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

DMITRUK, Erika Juliana. **O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin**. Revista Jurídica da Unifil, ano IV, n. 4, Londrina, PR, p. 144-155

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. apud MORRISSON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ, Roberto. Aspectos Controvertidos do IPVA. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 113, p. 107-115, Fev. 2005.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**. Curitiba: Positivo, 2009.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**. Revista de Informação legislativa, cit, p. 194..

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5. ed. Niterói: editora Impetus, 2005.

GÜNTHER, The sense of appropriateness,

GUSTIN, Miracy B. S. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Between facts and norms,

IKAWA, Daniela R. **Hart, Dworkin e discricionariedade**. [on line] Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf#search=%22hla%20hart%22>>. Acesso em: 23 de jun. de 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Humanos Fundamentais: Teoria Geral. Comentários aos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORRISSON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Editora Mandamento, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REPOLÊS, M.F.S. (2008). Ronald Dworkin e o Fundamento do Direito. Em: **N.M.M.S. Coelho e C.M.**

SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 09 de maio de 2012.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Livia Matias de Souza. **Devido processo legislativo: um olhar sobre a assembléia do Estado de Minas Gerais**. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 43-82, jan./dez. 2008. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/15/livia.pdf>. Acesso em: 21 de mar. de 2012.

SIQUEIRA, Bruno Calmon. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <www.facs.br/revistajuridica/edicao_fevereiro2003/.../06.doc>. Acesso em: 01 de out. de 2011.

VASCONCELOS, Frederico. **Juiz que ordenou soltura de presos em MG resolve largar a carreira**. Contagem: 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u572337.shtml>>. Acesso em 05/set/2011.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos910/o-constitucionalismo-visao/o-constitucionalismo-visao2.shtml>>. Acesso em: 08 de out. de 2011.

6 ANEXOS

ANEXO 1 – ENTREVISTA DO JUIZ LIVINGHISTON JOSÉ MACHADO À FOLHA DE SÃO PAULO

Entrevista com o Juiz Livinghiston José Machado, juiz que decidiu soltar diversos presos devido à situação precária das carcerárias do estado de Minas Geras, concedida ao Jornal Folha de São Paulo⁸.

Juiz que ordenou soltura de presos em MG resolve largar a carreira

Afastado desde 2005, quando determinou a soltura de 59 presos que cumpriam pena ilegalmente em delegacias superlotadas na comarca de Contagem (MG), o juiz Livingstthon José Machado, 46, resolveu abandonar a magistratura.

O caso chamou a atenção para a situação caótica do sistema carcerário e desafiou o discurso do governador Aécio Neves (PSDB) de que a segurança pública era uma prioridade.

O juiz diz que foi punido sem direito de defesa. Em abril último, recusou a remoção compulsória para uma vara cível. O Tribunal de Justiça de Minas reúne-se hoje para decidir sua aposentadoria compulsória.

Leia, a seguir, trechos da entrevista de Machado, que deve publicar no segundo semestre o livro "A Justiça por Dentro: Abrindo a Caixa-Preta".

FOLHA - Qual era a situação carcerária quando o sr. assumiu a Vara de Execuções Criminais em Contagem?

LIVINGSTHON JOSÉ MACHADO - À época [2005], havia seis unidades prisionais [em delegacias] e uma prisão de segurança máxima. As seis delegacias tinham presídios em situação irregular.

Num distrito, em razão do excesso de presos, o delegado pôs uma grade no corredor, que virou uma cela com 28 presos.

FOLHA - Por que o sr. determinou a primeira soltura de presos?

⁸ Entrevista retirada do site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u572337.shtml>. Acesso em 05/set/2011.

MACHADO - Naquele distrito, 16 presos cumpriam pena ilegalmente. Ordenei a transferência deles depois que o Ministério Público pediu a interdição do presídio. Como foi vencido o prazo e não houve a transferência, expedi 16 alvarás de soltura.

O Estado, através da Procuradoria, ajuizou um mandado de segurança, dizendo que a decisão contrariava o interesse público. O desembargador Paulo César Dias deu a liminar e suspendeu a ordem de soltura.

Duas semanas depois, a situação em outro distrito era caótica. Em quatro celas, cada uma com capacidade para 4 presos, havia 148, dos quais 39 esperavam transferência para a penitenciária havia quatro anos. Também expedi mandado de soltura para os 39. Novo mandado de segurança foi impetrado e nova liminar foi dada.

FOLHA - Ficou caracterizado que houve desobediência sua?

MACHADO - A alegação foi que eu desobedeci reiteradamente a decisão do desembargador. Não houve isso. No dia 22 de novembro de 2005, um juiz corregedor me avisou que eu seria afastado no dia seguinte.

Fui afastado sem possibilidade de defesa. Só fui intimado para responder a esse processo em março do ano seguinte. Em setembro de 2007, a corte decidiu o meu afastamento. Apesar de a lei dizer que juiz só pode ser afastado por decisão de dois terços, esse quórum não foi alcançado. Só um desembargador examinou as provas. Votou pela minha absolvição.

FOLHA - Como o Ministério Público atuou no caso?

MACHADO - Nomeou uma comissão de dez promotores para apurar possíveis crimes que eu teria praticado. Quando foi assassinado um promotor em Belo Horizonte, a Procuradoria designou três promotores.

FOLHA - Qual foi a reação dos juízes de primeiro grau?

MACHADO - A associação dos magistrados fez uma nota depois do meu afastamento, dizendo que era inadmissível aquela ingerência. Houve solidariedade de juízes de outros países. Independentemente de chamar a atenção ou não, eu faria o que fiz. No país há um descaso com a população carcerária. O que fiz foi cumprir o dispositivo constitucional de que a prisão ilegal deve ser relaxada.

FOLHA - Como o sr. recorreu das decisões?

MACHADO - Assim que o tribunal decidiu me afastar, recorri em mandado de segurança aqui no tribunal. Foi denegado. Contra essa decisão, impetrei um recurso ordinário que tramita no Superior Tribunal de Justiça. Publicada a decisão do tribunal

daqui, entrei com recurso no Conselho Nacional de Justiça em 10 de outubro de 2007. Ficou um ano e meio sem o então corregedor despachar.

Foi distribuído ao relator Paulo Lobo, que, após alguns meses, disse que não conhecia da revisão [não seria o caso de julgar], porque eu já havia ajuizado recurso ordinário no STJ.

Eram coisas diferentes. No CNJ, alego que não houve desobediência. No STJ, contesto a decisão do tribunal. Contra essa denegação do CNJ, há um mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal, cujo relator é o ministro Menezes Direito, que indeferiu a liminar. Agora, o tribunal em Minas abriu processo para minha aposentadoria compulsória.

FOLHA - Por que o sr. não aceitou a remoção para uma vara cível?

MACHADO - Há recursos a serem decididos. Se eu assumisse, estaria aceitando a punição.

FOLHA - O governo do Estado alega que acelerou a construção e a melhoria de presídios. É verdade?

MACHADO - Aqui, em Contagem, as unidades prisionais deixaram de existir em 2007.

Hoje, só existe a penitenciária.

De certa forma, foi um dos efeitos da ação. Não tem mais preso condenado em delegacia aguardando vaga na penitenciária.

Foi criado um centro de internação provisória. Mas, num distrito investigado pela CPI do Sistema Carcerário, viram que a situação continuava grave.

FOLHA - Quando o sr. decidiu que iria deixar a magistratura?

MACHADO - Quando vi a Constituição sendo rasgada.

**ANEXO 2 – INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO Nº
1.0024.09.681895-0/001**

Relator: Des.(a) DUARTE DE PAULA

Relator do Acórdão: Des.(a) DUARTE DE PAULA

Data do Julgamento: 20/10/2011

Data da Publicação: 07/11/2011

Inteiro Teor:

EMENTA: FURTO - VALOR ÍNFINO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO SIGNIFICATIVO - CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PENAL - ATIPICIDADE DA CONDUTA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE.- Embora a conduta do apelante - **FURTO** - se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente se encontra, no caso, a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta do agente e do resultado típico em face da **INSIGNIFICÂNCIA** da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.09.681895-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): FREDSON VIEIRA DA CRUZ - RELATOR: EXMO. SR. DES. DUARTE DE PAULA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador DUARTE DE PAULA, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2011.

DES. DUARTE DE PAULA - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. DUARTE DE PAULA:

VOTO

Inconformado com a r. sentença que absolveu sumariamente o denunciado FREDSON VIEIRA DA CRUZ, nos termos do art. 397, inciso III do Código Processo Penal, insurge-se o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, buscando reverter a r. decisão, através do recurso de **APELAÇÃO** de f. 59/75.

Aduz o órgão ministerial inexistir elementos de convicção sobre a **INSIGNIFICÂNCIA**, no contexto patrimonial da vítima, o que por si só denotaria o

equivoco judicial havido quanto pré-avaliação das provas. Sustenta que o aludido **PRINCÍPIO** jamais seria adequado a realidade pátria, visto que, afrontaria o comando normativo previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, não cabendo ao Judiciário criar fundamentação contrária à expressa disposição legal.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Consta da exordial, que no dia 14 de maio de 2009, por volta das 19:00 horas, na Rua Flor da Água, 417, Bairro Jardim Alvorada, o denunciado agindo com evidente animus furandi, subtraiu para si, coisas alheias móveis, consistentes em um boné da marca 'Pool' e uma bermuda tipo surfista, avaliadas em quarenta e um reais e oitenta centavos, de propriedade da vítima JULIANA CRISTINA LAGE FERNANDES DA ROCHA.

Apurou-se que o denunciado deslocou-se até a loja da vítima, perguntando qual era o preço do boné, e ao ser informado que o objeto custaria a quantia de quinze reais, pediu à vítima que o embrulhasse, pois iria levá-lo.

Após percorrer a loja, apoderou-se de uma bermuda, dizendo à vítima que iria levá-la, juntamente com o boné, e que era para a vítima não esboçar reação. Na sequência, evadiu-se da loja, na posse da res furtiva, tomando rumo ignorado.

A polícia militar foi acionada, mas não obteve êxito em localizar e prender o acusado, o que somente foi feito, bastante tempo depois, quando a vítima o avistou, acionando novamente os policiais que lhe deram voz de prisão.

Ao analisar o conjunto probatório trazido ao bojo dos autos, o MM. Juiz a quo, absolveu sumariamente o apelado, amparado na **ATIPICIDADE** de conduta, pelo **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA**, nos termos do art. 397, III do Código de Processo Penal, ante o ínfimo valor atribuído a res furtiva, sem força para causar relevante dano ao patrimônio da vítima, não gerando repercussão na esfera penal, à míngua da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Inconformado com tal decisão apela o órgão ministerial, visando a reforma do decisum, para efetivo recebimento da denúncia e prosseguimento da ação penal.

Dito isso, em que pesem as louváveis alegações do douto Representante do Ministério Público, razão não lhe assiste.

Como se sabe, o **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA** - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala o magistério doutrinário de CÉZAR ROBERTO BITENCOURT:

"A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse **PRINCÍPIO**, que Klaus Tiedemann chamou de **PRINCÍPIO** de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista

formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado." (Tratado de Direito Penal - Ed. Saraiva - 13ª edição - p. 21).

O **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA** - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

Na realidade, e considerados, de um lado, o **PRINCÍPIO** da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da **INSIGNIFICÂNCIA** (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de conduta que produza resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

No caso ora em exame, além do irrisório valor pecuniário que perfaz a quantia de quarenta e um reais e oitenta centavos, conforme laudo de avaliação acostado à f. 26, o que corresponde a pouco mais de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos em 14/05/09 que era de quatrocentos e sessenta e cinco reais, não foi a conduta do réu praticada com violência, ou grave ameaça, não expondo a qualquer risco a vítima JULIANA CRISITNA LAGE FERNANDES DA ROCHA, de modo que não se pode constatar nenhuma periculosidade social na ação praticada.

Ademais, apesar de não constar nos autos os rendimentos da vítima e a sua capacidade econômica e financeira, não se pode olvidar que é proprietária de um estabelecimento comercial, sendo razoável concluir que os objetos subtraídos, um boné da marca 'Pool' e uma bermuda tipo surfista, não causaram prejuízo de forma expressiva no patrimônio da ofendida.

Nesse sentido, a jurisprudência do colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. **FURTO** SIMPLES DE UMA BICICLETA AVALIADA EM R\$ 50,00. INCIDÊNCIA DO **PRINCÍPIO** DA **INSIGNIFICÂNCIA**. PRECEDENTES DO STJ E STF. [...] ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, PARA DECLARAR ATÍPICA A CONDUTA PRATICADA, COM O CONSEQÜENTE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. [...]. Portanto, tem-se que o valor do bem furtado pelo paciente, além de ser ínfimo, não afetou de forma expressiva

o patrimônio da vítima, razão pela qual incide na espécie o **PRINCÍPIO da INSIGNIFICÂNCIA**, reconhecendo-se a inexistência do crime de **FURTO** pela exclusão da tipicidade material. [...]" (HC 160997/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ. 10/05/2010).

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. Reconhece-se a aplicação do **PRINCÍPIO da INSIGNIFICÂNCIA** quando verificadas "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004). No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento da paciente, que adquiriu, sabendo ser produto de crime, 5 (cinco) cadeiras, globalmente avaliadas em R\$ 75,00 (setenta e cinco reais), sendo de rigor o reconhecimento da **ATIPICIDADE** da conduta. [...]" (HC 142586/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJ. 01/07/2010).

Este egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS também vem se manifestando no mesmo sentido, considerando que em havendo valor ínfimo da res, sem qualquer repercussão no patrimônio da vítima, deve o **PRINCÍPIO da INSIGNIFICÂNCIA** ser aplicado:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO DE PEQUENO VALOR - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DE BAGATELA - APLICABILIDADE. - O ínfimo valor da res furtiva, sem qualquer repercussão no patrimônio da vítima, à míngua de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 155 do CP, não repercute na ordem jurídica a ensejar a reprimenda estatal, pois a irrelevância do resultado implica o reconhecimento da **ATIPICIDADE** da conduta, afetando materialmente a estrutura do delito. (**APELAÇÃO** Criminal 1.0686.09.245288-3/001, Rel. Des. Paulo César Dias, Publ. 13/07/2010).

"HABEAS CORPUS - **FURTO** - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - POSSIBILIDADE - **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA** - VALOR INFERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO - CONCESSÃO. O **PRINCÍPIO da INSIGNIFICÂNCIA** é aplicável aos chamados crimes de bagatela e, na estrutura do conceito analítico de CRIME, afeta a tipicidade, afastando-a em virtude da ausência de lesividade ao bem jurídico-penalmente tutelado. Como o valor da 'res furtiva' aproxima-se de 10% (dez por cento) do salário mínimo, a **INSIGNIFICÂNCIA** se caracteriza, podendo denominar o delito de CRIME de bagatela. Ordem concedida para trancar a ação penal. (Habeas Corpus 1.0000.08.480.834-4/000 - Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho - Publ. 13/10/08).

"HABEAS CORPUS - **FURTO** - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - APLICAÇÃO DO **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA** - POSSIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA - VOTO VENCIDO. O Direito Penal possui um caráter subsidiário, devendo funcionar como ultima 'ratio', ou seja, o procedimento penal não deve ser aplicado a situações insignificantes, também chamadas de bagatelas, vez que essas devem ser tratadas por outras áreas do Direito, caracterizando-se, principalmente,

como ilícitos civis ou administrativos. (Habeas Corpus 1.0000.09.495.159-7/000 - Rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez - Publ. 10/07/09).

Assim, não existindo tipicidade, não pode existir crime, pelo que a improcedência da denúncia é medida que se impõe, tendo em vista as considerações expostas, até porque não se justificaria afastar a aplicação no caso do **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA**, para acolher a conduta do réu como **FURTO**.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso ministerial para manter a r. sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, ex lege.

O SR. DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS:

VOTO

De acordo.

O SR. DES. CÁSSIO SALOMÉ:

VOTO

Data venia, ousou divergir do judicioso voto do em. Des. Relator, para dar provimento ao recurso ministerial a fim de cassar a r. sentença "absolutória" e determinar ao Juízo a quo o regular prosseguimento do feito, com a análise das demais condições de admissibilidade do processo.

Inicialmente, observo a impropriedade da absolvição sumária proferida, data venia, vez que emanada sem que houvesse sido citado o ora apelado e sequer apresentada defesa prévia, mesmo tendo sido recebida a denúncia (fls. 36/37; 49v.).

Em regra, ao que dispõe o art. 397 do CPP, a absolvição sumária deve ser proferida após a resposta do acusado, nos termos do art. 397 do CPP, pressupondo, então, o anterior recebimento da denúncia e a devida citação do réu, ensejando a interposição de Recurso de **APELAÇÃO**.

Todavia, em que pese a mencionada irregularidade processual, passo à análise do mérito recursal, como hipótese de rejeição da denúncia em face da ausência de justa causa para o exercício da ação penal, apoiado no **PRINCÍPIO** da instrumentalidade das formas.

Entendeu o d. julgador monocrático, incidenter tantum pela absolvição do acusado Fredson Vieira da Cruz, com base no **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA**, ao argumento de que os bens subtraídos, no valor total de R\$ 41,80 (quarenta e um reais e oitenta centavos) não revelavam lesividade suficiente para justificar a instauração de uma ação penal (fls. 50/52).

Data venia, a r. decisão não merece prosperar.

Entendo, concessa venia, que o **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA** não possui

previsão legal em nosso ordenamento jurídico penal, que se contenta com a tipicidade formal. A meu ver, tal **PRINCÍPIO** é aplicado em momento anterior à elaboração da lei, servindo como orientador do legislador para a seleção de condutas penalmente relevantes a serem tipificadas conforme o grau de lesividade ao bem jurídico protegido.

A meu ver, tal **PRINCÍPIO** é aplicado em momento anterior à elaboração da lei, servindo como orientador do legislador para a seleção de condutas penalmente relevantes a serem tipificadas conforme o grau de lesividade ao bem jurídico protegido.

Ora, vê-se a toda evidência que o próprio elaborador da norma penal já cuidou de "privilegiar" condutas menos lesivas para o bem jurídico ora protegido (patrimônio), pois, para os casos de subtração de coisas de pequeno valor, já há expressa previsão no Código Penal, em especial, no art. 155, §2º.

Assim, o reconhecimento do **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA** não pode prosperar, sob pena de violação dos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. Com efeito, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

"A seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de menor potencial ofensivo não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA**. [...] Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valoradas pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes" (Bitencourt, César Roberto. Manual de Direito Penal, parte geral, volume 1, p. 19 Editora Saraiva).

Ademais, aludida tese não pode servir para ensejar impunidade e consequente incentivo à habitualidade delitiva.

Por conseguinte, entendendo ser impossível invocar o **PRINCÍPIO** da **INSIGNIFICÂNCIA** para absolver o apelado.

Assim, verificada, in casu, a tipicidade da conduta delitiva, que, nos termos da denúncia, se subsumiu ao disposto no art. 155, caput, do CP, não há que se falar em absolvição sumária, sendo de rigor o prosseguimento do feito até a prolação de decisão final de mérito:

"Ausentes as hipóteses que autorizam a absolvição sumária do acusado, nos termos do art. 397 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008, impõe-se o regular prosseguimento do feito, para elucidação dos fatos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa". Ementa parcial. (TJMG, AP. Crim. nº 1.0024.08.990919-6/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Adilson Lamounier, j. em 24/03/2009, p. em 06/04/2009).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ministerial para cassar a

sentença que absolveu sumariamente o apelado, determinando ao Juízo a quo o regular prosseguimento do feito, com a análise das demais condições de admissibilidade do processo.

Custas ex lege.

SÚMULA : NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios de Contagem
Procedimento administrativo
Correcional nº 726/05

Vistos, etc...

O Ministério Público de Minas Gerais, através de seu órgão de execução com atuação perante este juízo ajuizou representação pugnando pela interdição da carceragem do 1º Distrito Policial da Comarca de Contagem, apontando várias irregularidades no cumprimento de penas e prisões de caráter provisório como se vê às fls. 04/07 dos autos.

Através da Portaria nº 02/2005, foi instaurado então o procedimento administrativo para apuração completa dos fatos e adoção das medidas cabíveis, sendo determinadas a inspeção sanitária da unidade prisional apontada para verificação das condições de salubridade, além de se proibir também o recolhimento de qualquer outro preso naquela unidade até que seja decidida a questão posta em juízo.

Às fls. 08/09 veio a relação dos presos custodiados nas “celas” do 1º Distrito Policial da Comarca, num total de 63 internos, dos quais 34 já estavam condenados.

Às fls. 10/16 vieram cópias do laudo pericial de vistoria e foram apresentados os quesitos a serem respondidos pela inspeção sanitária pelo Ministério Público e Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (fls. 21/22 e 23 respectivamente).

Às fls. 28/31 veio o relatório de inspeção sanitária realizado seguido de manifestações finais do Ministério Público e Defensoria Pública.

É o breve relato que faço do procedimento.

Decido.

Dispõe a Lei 7.210/82, Lei de Execuções Penais em seu artigo 66 que compete ao Juiz da Execução, dentre outras atribuições, zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; tomar providências para o adequado funcionamento dos estabelecimentos penais e interditar, no todo ou em

parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei.

A mesma Lei de Execução Penal 7.210/84, ao classificar e caracterizar os estabelecimentos penais, afirma que se destinam ao condenado, ao submetido à medida de segurança e ao preso provisório (art. 82 da LEP) mas deverá ter lotação **compatível** com a sua estrutura e finalidade.

A carceragem de distritos policiais é equiparada à cadeia pública, cuja finalidade está inserida no disposto no art. 102 do mesmo diploma legal, a saber: *A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.* Já a Lei de Execução Penal do Estado de Minas Gerais (Lei 11.404/94) permite a colocação de presos condenados no mesmo estabelecimento penal (cadeia pública) contrariando frontalmente o que está previsto na Lei Federal.

Art. 71 – Os estabelecimentos penitenciários destinam-se ao cumprimento do disposto nos incisos XLVI “a”, XLVIII, XLIX e L do art. 5º da Constituição Federal e compreendem:

1 – presídio e cadeia pública, destinados à custódia dos presos à disposição do Juiz processante.

Art. 80 – O presídio e a cadeia pública, estabelecimentos do regime fechado, destinam-se à custódia do preso provisório e à execução da pena privativa de liberdade para o preso residente e domiciliado na comarca.

Observa-se entre a Lei de Execução Penal (Lei 7210/84) e a legislação estadual (Lei 11.104/994) um conflito de normas que só pode ser solucionado com a análise da competência legislativa inserida na Constituição Federal no artigo 24, pois quando tratar de competência legislativa concorrente, a legislação local tem o caráter suplementar, não podendo assim contrariar o texto da norma federal que tem competência para legislar sobre normas gerais.

Em razão disto, tenho como inaplicável o disposto no art. 80 da Lei de Execução Penal Estadual, por clara inconstitucionalidade, como demonstrado.

Por sua vez, a LEP, ainda em seu artigo 104, disciplinando a cadeia pública, estabelece que as exigências **mínimas** do art. 88 e seu parágrafo único devem ser observadas também para o preso provisório. Já o citado artigo 88, parágrafo único, *b* exige área mínima de 06 m² para cada cela **individual**.

Já a Constituição Federal, traz como fundamento do próprio Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana, estabelecendo alguns direitos e garantias fundamentais como eixo de orientação de todo o ordenamento jurídico, inclusive e principalmente o relacionado ao cerceamento da liberdade da



parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei.

A mesma Lei de Execução Penal 7.210/84, ao classificar e caracterizar os estabelecimentos penais, afirma que se destinam ao condenado, ao submetido à medida de segurança e ao preso provisório (art. 82 da LEP) mas deverá ter lotação **compatível** com a sua estrutura e finalidade.

A carceragem de distritos policiais é equiparada à cadeia pública, cuja finalidade está inserida no disposto no art. 102 do mesmo diploma legal, a saber: *A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.* Já a Lei de Execução Penal do Estado de Minas Gerais (Lei 11.404/94) permite a colocação de presos condenados no mesmo estabelecimento penal (cadeia pública) contrariando frontalmente o que está previsto na Lei Federal.

Art. 71 – Os estabelecimentos penitenciários destinam-se ao cumprimento do disposto nos incisos XLVI “a”, XLVIII, XLIX e L do art. 5º da Constituição Federal e compreendem:

1 – presídio e cadeia pública, destinados à custódia dos presos à disposição do Juiz processante.

Art. 80 – O presídio e a cadeia pública, estabelecimentos do regime fechado, destinam-se à custódia do preso provisório e à execução da pena privativa de liberdade para o preso residente e domiciliado na comarca.

Observa-se entre a Lei de Execução Penal (Lei 7210/84) e a legislação estadual (Lei 11.104/994) um conflito de normas que só pode ser solucionado com a análise da competência legislativa inserida na Constituição Federal no artigo 24, pois quando tratar de competência legislativa concorrente, a legislação local tem o caráter suplementar, não podendo assim contrariar o texto da norma federal que tem competência para legislar sobre normas gerais.

Em razão disto, tenho como inaplicável o disposto no art. 80 da Lei de Execução Penal Estadual, por clara inconstitucionalidade, como demonstrado.

Por sua vez, a LEP, ainda em seu artigo 104, disciplinando a cadeia pública, estabelece que as exigências **mínimas** do art. 88 e seu parágrafo único devem ser observadas também para o preso provisório. Já o citado artigo 88, parágrafo único, *b* exige área mínima de 06 m² para cada cela **individual**.

Já a Constituição Federal, traz como fundamento do próprio Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana, estabelecendo alguns direitos e garantias fundamentais como eixo de orientação de todo o ordenamento jurídico, inclusive e principalmente o relacionado ao cerceamento da liberdade da



pessoa humana, dentre eles a proibição de se submeter alguém à tortura ou a *tratamento desumano ou degradante*.

Art. 5º . Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

- I- ...
- II- ...
- III- ninguém será submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante
- XLI- a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais
- XLVIII- não haverá penas:

...
e) cruéis.

- XLIX - é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral
- LXV- a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária

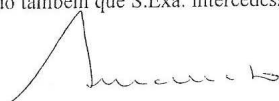
A situação dos presídios do Estado de Minas Gerais, apesar das intensas propagandas que vêm sendo veiculadas pelos meios de comunicação (jornais, rádios, televisão) é muito mais dramática que a de alguns anos passados.

Fortunas são dispendidas com estas propagandas ou com a construção inadequada de presídios que em muito pouco contribuem para as finalidades da execução penal, quais sejam efetivar as disposições da sentença criminal condenatória e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado (artigo 1º da Lei 7.210/84).

Ao assumir as funções de Juiz titular da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de Presídios de Contagem, nos termos do disposto na Lei complementar 59/2001, obtive a informação que o único presídio regional aqui instalado é a Penitenciária Nelson Hungria, com 12 pavilhões e capacidade de se abrigar 90 sentenciados em cada pavilhão, mas que apesar disto o pavilhão 01 está destinado ao recolhimento de presos provisórios (sem sentença condenatória transitada em julgado), abrigando 02 presos por cela.

Também é fato público e notório, portanto que independe de prova, que existem também 06 unidades policiais com carceragem na comarca, um dos quais o 1º Distrito Policial com capacidade para abrigar, segundo o laudo pericial juntado às fls. 10/13, apenas 07 presos, mas que, a despeito disso, possui 63 presos conforme se verifica da grade juntadas às fls. 08/09.

Várias medidas administrativas anteriores foram adotadas, como por exemplo, ofícios remetidos ao Presidente do Tribunal de Justiça solicitando sua intervenção junto ao Secretário de Estado de Defesa Social e ao Governador do Estado; ofício ao Corregedor Geral de Justiça informando da situação e solicitando também que S.Exa. intercedesse junto aos órgãos competentes



para a adoção das medidas cabíveis; ofícios aos Srs. Delegados de Polícia e ao Comando da Polícia Militar; Ofícios ao Sr. Secretário de Defesa Social e Sub Secretário de Movimentação Penitenciária; contudo, nenhuma providência ou sinalização de que medidas estão sendo adotadas para a solução dos problemas foram apresentadas.

De igual modo já foram requisitas vagas em estabelecimentos penais adequados ao cumprimento de pena dos sentenciados que ali estão recolhidos, sendo que a resposta da administração pública estadual vem sempre no mesmo sentido, qual seja a falta de vagas para matrícula dos condenados.

Também já foi determinada anteriormente por este juízo a transferência dos presos depositados nas carceragens do 1º DP de Contagem, sem que a medida tenha sido efetivamente cumprida.

Basta uma análise superficial da relação de presos juntada às fls. 08, para se constatar que muitos dos sentenciados ali estão recolhidos há mais de 04 anos e nenhum deles ali se encontra por tempo inferior a 90 dias após a sentença condenatória, situação que demonstra o descaso dos órgãos encarregados da administração penitenciária.

Apesar disto, a imprensa tem divulgado diuturnamente propagandas do governo estadual, no meu modo de entender, enganosas, dando conta que novos estabelecimentos prisionais estão sendo construídos e que o problema da segurança pública está sob controle, o que não corresponde à realidade, pois segundo informações que nos tem chegado, Contagem é, nos dias de hoje, a cidade mais violenta do Estado de Minas Gerais em relação ao número de habitantes. No entanto, não tem recebido a atenção necessária do Governo Estadual, talvez em razão da divergência política com a atual administração local.

Ao contrário de se adotar medidas para equacionar as questões a Secretaria de Defesa Social só tem colocado dificuldades e empecilhos às soluções apresentadas. Exemplo disto é o fato de que já foi disponibilizado pelo Poder Público Municipal imóvel onde deverá funcionar a nova unidade policial e até a data de hoje não cuidou a autoridade policial responsável de proceder a mudança daquela unidade.

O local onde os presos estão recolhidos afronta os direitos individuais e fundamentais da pessoa humana, aniquilando visivelmente sua condição de dignidade, tornando o cumprimento da pena aplica cruel e manifestamente ilegal, abusiva.



Não se concebe, por outro lado, que dos 63 presos recolhidos na carceragem do 1º Distrito Policial de Contagem 34 sejam já condenados e ali permaneçam enquanto cerca de 253 outros presos provisórios ocupam o pavilhão 01 da Penitenciária Nelson Hungria.

A manutenção dos presos condenados nas carceragens de distritos policiais ou cadeias públicas caracteriza flagrante ilegalidade, afrontando não só os dispositivos da Lei de Execução, como os princípios orientadores de todo o direito penal e várias garantias e direitos constitucionais, como aqueles identificados linhas acima.

Assim, devidamente comprovada a situação irregular da carceragem do 1º Distrito Policial de Contagem, bem como o risco real para a saúde dos presos ali recolhidos e a inércia da administração pública para a solução dos problemas apontados, julgo PROCEDENTE a representação ofertada pelo Ministério Público e com fundamento no disposto nos artigos 66, VI, VII e VIII da Lei de Execução Penal e artigo 61, VIII da Lei Complementar 59/01, INTERDITO toda a carceragem daquela unidade policial.

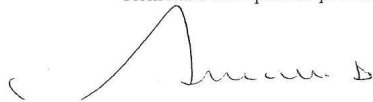
Para que a medida seja eficaz e em razão da urgência necessária, com fundamento no disposto no art. 5º, LXV da Constituição Federal, por considerar ILEGAL e ABUSIVA a prisão das pessoas que ali se encontram recolhidas, determino que se expeça alvará de soltura a todos os presos condenados que ali estão cumprindo pena, que deverão ser cumpridos independente de qualquer consulta ao SETARIN.

Determino também que se oficie aos juízes criminais da comarca, informando da interdição daquela unidade carcerária para que possam adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento da presente decisão.

Determino, de igual modo, que se oficie à Prefeitura Municipal de Contagem, para que não permita que em qualquer outro novo imóvel destinado à instalação do 1º Distrito Policial, sejam construídas celas para recolhimentos de presos.

Em razão da presente decisão, suspendo a execução das penas dos condenados recolhidos no 1º Distrito Policial de Contagem, até que sejam disponibilizadas vagas em estabelecimento penal adequado ao cumprimento das respectivas condenações, certificando a sra. escrivã sobre o ocorrido em cada processo de execução em curso relacionado com a presente.

Remetam-se cópias da presente decisão ao



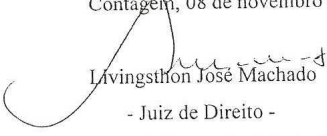
Governador do Estado de Minas Gerais, ao seu Secretário de Defesa Social, à Corregedoria Geral de Justiça e à Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, à Comissão de Direito Humanos da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, à Secretaria de Direito Humanos do Ministério da Justiça.

Publique-se;

Registre-se;

Cumpra-se.

Contagem, 08 de novembro de 2005.


Livingston José Machado

- Juiz de Direito -

Vara de Execução Criminais
e Corregedoria de Presídios de Contagem



ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE CARREIRA DA POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS

NOTA À IMPRENSA

O PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DE MINAS GERAIS - ADEPOLC/MG - APÓS ASSEMBLÉIA GERAL, DO DIA 11/11/05, PARA TRATAR SOBRE A INDEVIDA ADMINISTRAÇÃO DE CADEIAS PÚBLICAS/ CALABOUÇOS/ MASMORRAS, NO ESTADO DE MINAS GERAIS VEM TORNAR PÚBLICO O RESULTADO DAS DELIBERAÇÕES:

- RATIFICAR A DECISÃO DO DESEMBARGADOR JOSÉ AFRÂNIO VILELA QUE EM SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO, DECLAROU: "NÃO SER ATRIBUIÇÃO LEGAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DESTE ESTADO, SUBSTITUÍDOS, A CUSTÓDIA, A MANUTENÇÃO E A VIGILÂNCIA DE PRESOS CONDENADOS E ADMINISTRAÇÃO DAS CADEIAS PÚBLICAS, ... NA MESMA SENTENÇA, COM CLAREZA, ESTE JUIZ, DE INVEJÁVEL VISÃO JURÍDICA E HUMANA, SENTENCIOU: "CONDENO O RÉU (NO CASO O GOVERNO DO ESTADO) A SE ABSTER DE SUBMETTER OS DELEGADOS DE POLÍCIA O DESEMPENHO DAS ATIVIDADES, SOB PENA DA LEI".
- APOIAR, COM ASSISTÊNCIA JURÍDICA OS DELEGADOS DE POLÍCIA NO CUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS, (LPE) QUANDO LIBERAM POR FALTA DE VAGAS OS CONDUZIDOS QUE LHE SÃO APRESENTADOS.
- DENUNCIAR A POPULAÇÃO E DEMAIS AUTORIDADES ENVOLVIDAS QUE NÃO É OBRIGAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA PROVIDENCIAR VAGAS PARA AQUELES QUE PRATICAM AS MAIS VARIADAS VIOLÊNCIAS CONTRA A POPULAÇÃO EM GERAL.
- QUE É OBRIGAÇÃO DO ESTADO, DENTRE OUTRAS DEMANDAS O AUMENTO DO NÚMERO DE VAGAS PARA O RECOLHIMENTO DE MARGINAIS.
- REPUDIAR O AFASTAMENTO, SEM FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DE AUTORIDADES POLICIAIS, QUE DENTRO DOS LIMITES DO SEU PODER DISCRIMINATÓRIO TEM ADOTADO AS PROVIDÊNCIAS LEGAIS, DENTRO DAS DIFICULDADES, QUE LHE SÃO IMPOSTAS.

A UNIÃO FAZ A FORÇA

SEDE PRÓPRIA: AV. DO CONTORNO, 4099 - SÃO LUCAS - BELO HORIZONTE - MG
TELEFAX: (31) 3225-0529/3223-5269
Email: adepolcmg@unaf.com.br

08:53:24 NOV 18 2005

OK 01 RX 00:55:22 NOV 18 05:52

TEL REMOTO INICIO COMUNICAÇÃO MODO PAGINA(S) RESULTADOS



**ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE CARREIRA
DA POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS**

- DENUNCIAR QUE A ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR VEM AMEAÇANDO, OS DELEGADOS DE POLÍCIA DE TRANSFERÊNCIA E OUTRAS REPRESÁLIAS ADMINISTRATIVAS QUE PERMITIREM QUE A IMPRENSA FOTOGRAFE OU ENTREVISTE PRESOS, NAS UNIDADES POLICIAIS.
- SOLIDARIZAR-SE DE MANEIRA FIRME E INTRANSIGENTE COM O MM. JUIZ, DR. LIVINGSTON MACHADO, TITULAR DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DE CONTAGEM, PELA SUA CORAGEM INÉDITA DE FAZER CUMPRIR, NAS MINAS GERAIS, A CF/88 E A LEI DE EXECUÇÕES PENAS.
- DENUNCIAR À POPULAÇÃO O SILÊNCIO DAS COMISSÕES DE DIREITOS HUMANOS, DAS DIVERSAS INSTITUIÇÕES, NO MOMENTO DE TORMENTA PARA A POPULAÇÃO E INSEGURANÇA PARA TODOS AQUELES QUE MILITAM NA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA, ESPECIALMENTE NA INDEVIDA GUARDA DE PRESOS, POR POLICIAIS CIVIS DE TODAS AS CARREIRAS.

ORLANDO ANTUNES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE DA ADEPOLC

A UNIÃO FAZ A FORÇA
SEDE PRÓPRIA: AV. DO CONTORNO, 4099 - SÃO LUCAS - BELO HORIZONTE - MG
TELEFAX: (31)3225-0529/3223-5269
Email: adepolc@uol.com.br

083 P02 NOV 18 05 08:25

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE CARREIRA

Exmo. Sr. Juiz Corregedor de Justiça de Minas Gerais

Sr. Juiz. Corregedor

Com minha visita e com a finalidade de informar à V.Exª sobre o andamento dos feitos instaurados através das portarias 02/2005 e 04/2005, atendendo a solicitação de V.Exa. contida no ofício 09367/2005.

A Portaria 02/2005 foi instaurada em 29 de agosto de 2005 face a representação oferecida pelo Ministério Público para interdição de distritos policiais em Contagem. Foi dado vista à Defensoria Pública e requerida prova pericial do local e inspeção da vigilância sanitária.

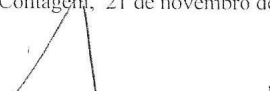
Deferidas as provas, foram juntados aos autos os respectivos laudos e, em consequência da situação calamitosa constatada no 2º Distrito Policial, determinei a transferência dos presos acometidos de doenças graves e a transferência dos condenados, comunicando também os fatos aos demais juizes criminais da Comarca. Como medida emergencial e considerando já a superlotação daquela unidade prisional, proibi também a matrícula de qualquer outro preso no mesmo local.

O procedimento aguarda a realização de perícia nas unidades do 3º, 4º, 5º distritos policiais.

A Portaria 04/2005 foi instaurada atendendo a representação formulada pela titular da Delegacia de Crimes Contra a Mulher de Contagem, que noticia um número incontável de irregularidades daquele estabelecimento prisional. Neste procedimento determinei também a realização de inspeção sanitária e avaliação do corpo de bombeiros, aguardando ainda a realização destas diligências.

É o que consta dos autos mencionados na solicitação de V.Exa.

Contagem, 21 de novembro de 2005.


Livingstthon José Machado

Juiz de Direito da Vara de Execução Criminal



6ª DELEGACIA SECCIONAL DE POLÍCIA METROPOLITANA
2º DISTRITO POLICIAL - CONTAGEM / MINAS GERAIS

Ofício nº : 1089/2005/2ºDP/6ªDSPC

Assunto : Comunicação (faz) 6ªDSPC

Assunto : Comunicação

Contagem, 09 de novembro de 2005.

Contagem, 11 de novembro de 2005.

Meritíssimo Juiz:

Meritíssimo Juiz:

J.
CT. 10.11.05
Livingston José Machado
Juiz de Direito

Com o prazer por cumprimentá-lo, comunico a Vossa Excelência, para conhecimento e providências que julgar cabíveis, com relação à apresentação de detentos nessa Vara Criminal, expor a atual situação nesta Unidade Policial, que encontra-se com viaturas quebradas, tendo uma única viatura com espaço para transporte de presos, onerosa para providenciar a transferência dos presos aqui acatados. Informamos ainda, que os detentos desta Unidade Policial também encontram-se acometidos de doenças infecto-contagiosas, correndo o risco de contaminação de pessoas que tenham contato com os mesmos, fato comunicado à vigilância sanitária, de onde foi emitido um laudo sobre os fatos. Os presos provisórios e presos já condenados com processo transitado e julgado, sendo portanto.

Outrossim, comunico a Vossa Excelência, que todas as requisições de apresentação de réus e presos da justiça, custodiados na Carceragem deste Distrito, serão atendidas, contudo, não poderemos nos responsabilizar, se Policiais Militares recusarem fazer a escolta desses presos, ou condicionar a fazê-las com o uso de equipamento de segurança ou material esterilizado, dos quais não dispomos. Minas Gerais, fugindo portanto a esfera de competência deste subtor

Por. Como se também o risco de haver contaminação por parte das pessoas que tenham acesso direto a eles, como a locais onde os mesmos frequentem e presos, ou estejam, e não venham a ser posteriormente esterilizados, no caso as salas de audiência desse Fórum, posto que os presos aí conduzidos, são levados diretamente à presença de funcionários e serventuários da justiça, desta Vara de Direito.

Nestes termos, a requerendo ordem superior hierárquica, subscrevo.
Na oportunidade, renovo protestos de estima e consideração.

Delegado de Polícia - Cl. III
Autoridade Policial

Exmo. Sr.

Dr. Livingston José Machado

MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de
CONTAGEM - MG



6ª DELEGACIA SECCIONAL DE POLÍCIA METROPOLITANA
2º DISTRITO POLICIAL - CONTAGEM / MINAS GERAIS

Ofício nº : 1113/2005/2ºDP/6ªD8PC
Assunto : Comunicação

Contagem, 11 de Novembro de 2005..

Meritíssimo Juiz;

Através deste, em atenção aos ofícios oriundos das Vara Criminais desta Comarca, nos quais é determinada a transferência de todos os presos recolhidos nesta Depol, informo a V.Ex.ª que o subscritor deste é subordinado a seus superiores hierárquicos, não tendo assim autonomia para providenciar a transferência dos presos aqui acautelados, haja vista obediência hierárquica, em razão do fato de não poder este subscritor dar ordem a outro titular congênere neste sentido.

Outrossim esclareço ainda que nesta Unidade se encontram acautelados presos provisórios e presos já condenados com processo transitado e julgado, sendo portando necessária a transferência dos mesmos para penitenciárias e não outras Delegacia de Polícia e/ou Cadeias Públicas, nos termos da LEP.

Informo que sobre os condenados a situação é ainda mais complexa, haja vista que a administração das Penitenciárias do Estado de Minas Gerais, SMJ, estão a cargo da Secretaria de Defesa Social, órgão este de nível superior no Estado de Minas Gerais, fugindo portando a esfera de competência deste subscritor.

Por último e derradeiro, cumpre-me acrescentar que a ordem/requisição de V.Ex.ª foi imediatamente levada ao conhecimento dos meus superiores hierárquicos, as quais foi exposto a situação e solicitado providências e/ou orientação de qual o procedimento a ser adotado para cumprimento efetivo da ordem desse douto juízo.

Nestes termos e aguardando ordem superior hierárquica, subscrevo.

[Assinatura]
Bel. Luiz Carlos Aroeira Santos

Delegado de Polícia Adjunto da 6ª DSPM/respondendo em
colaboração pelo 2º DD/ Contagem

Exmº. Sr.
Dr. Livingston José Machado
MM. Juiz de Direito da Vara Execuções Criminais
CONTAGEM - MG

J.
CT. 10.11.05
[Assinatura]
Livingston José Machado
Juiz de Direito