

PODER LEGISLATIVO E CONTROLE SOCIAL PENAL. UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL PÓS-88 À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS CONSTITUCIONALIZADOS¹

Marcia Cristina De Oliveira², Monica Stamm³.

¹ Este texto é fruto do projeto de Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos da autora, intitulado como: PODER LEGISLATIVO E CONTROLE SOCIAL PENAL. UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL PÓS-88 À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS CONSTITUCIONALIZADOS.

² Advogada. Mestranda no Curso de Mestrado em Direitos Humanos na UNIJUI. E-mail: oliveirademarcia@yahoo.com.br.

³ Bacharel em Direito. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2014). Lattes/CNPQ: <http://lattes.cnpq.br/1441414155482510>. E-mail: monica.stamm@unijui.edu.br.

INTRODUÇÃO: O presente trabalho é fruto do projeto de Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos da autora e tem como tema o poder legislativo e o controle social penal. Uma análise da legislação criminal pós-88 à luz dos direitos humanos constitucionalizados. Pretende analisar a legislação penal pós-88, com a finalidade de investigar se ela está adequada ao sistema positivo de direitos fundamentais positivado na Constituição. Verificar se a tutela penal, aos novos bens jurídicos constitucionais, está de acordo com o projeto democrático constitucional e se o Poder Legislativo, no desenvolvimento de suas atribuições constitucionais, ao especificar, no campo penal, através da legislação infraconstitucional, o projeto de direito constitucionalizado, observou os direitos humanos positivados na carta de 1988.

Metodologia: A metodologia empregada no trabalho foi a leitura de livros, revistas, documentos, fontes e internet, enfim todos aqueles admitidos para o desenvolvimento da concretização do trabalho.

Resultados e discussão: A Constituição Federal representou uma importante ampliação do sistema positivo de direitos fundamentais, em relação às Constituições Federais anteriores. Esta ampliação refletiu-se no centro normativo infraconstitucional penal, uma vez que novos bens jurídicos constitucionais também receberam tutela penal. A tutela penal aos novos bens jurídicos constitucionais é democrática, uma vez que determinado pela consciência da sociedade ao entender necessária para a garantia da cidadania.

Será objeto de estudo especificamente neste trabalho o controle do Estado sobre os indivíduos e grupos, já que a intenção da pesquisa é verificar se o Estado através do Poder Legislativo, no

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XIX Jornada de Pesquisa

desenvolvimento de suas atribuições constitucionais, introduz instrumentos de controle social observando os direitos humanos positivados na carta Constitucional brasileira.

Com o advento da Constituição Federativa do Brasil de 1988, verifica-se uma nova etapa na evolução política do País, incorporando-se ao ordenamento jurídico pátrio as ideias e princípios do Estado Democrático de Direito, que inclusive, vem disposto no artigo inaugural da referida legislação.

Segundo Silva (2002, p. 112), a democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal.

Portanto, podemos dizer que a democracia sujeita os governos ao Estado de Direito e assegura que todos os cidadãos recebam a mesma proteção legal e que os seus direitos sejam protegidos pelo sistema judiciário.

Nessa perspectiva, as forças políticas do final do século XIX e início do século XX rumaram para um processo de democratização do Estado, transformando-o em Estado Democrático de Direito caracterizado pela vontade popular, diversamente do conceito de Estado de Direito, no qual o cidadão estava submetido a uma lei geral e abstrata. (SILVA, 2002, p. 117-122).

Os direitos fundamentais por sua vez expressam determinados valores da comunidade, já que cuidam de princípios que esta deve respeitar e concretizar. O ponto de partida dessa ideia é que os direitos subjetivos individuais estão condicionados, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade. Vinculando ao seu resultado um juízo de responsabilidade comunitária dos indivíduos. É esse o modelo de Estado que o Brasil passou a adotar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, fundado no princípio democrático, destinado a assegurar a aplicação e o exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Em análise à Constituição Brasileira de 1988, tem-se que o Estado Democrático de Direito implica na realização de uma política de atuação que tenha como fundamentos a liberdade e a dignidade da pessoa humana, não podendo desconsiderá-los a ponto de converter as pessoas em meros instrumentos ou sujeitos de tutela. Assim, convém ressaltar que a pessoa deve ser reconhecida como ente autônomo e sujeito de direitos e garantias.

O Estado Democrático foi criado para ultrapassar a ideia utópica de transformação da realidade, assumindo o objetivo da igualdade. A lei aparece como instrumento de reestruturação social, não devendo atrelar-se inelutavelmente à sanção ou à promoção. O Estado passa a assumir a função de guardião e amigo, por meio de medidas positivas das mais diversas naturezas, buscando proteger, mormente e de forma efetiva os direitos fundamentais.

No entanto, muitas vezes o que se vê não é a garantia dos direitos individuais e sim uma falsa concepção de que os mesmos estão assegurados, através das leis penais que vigoram independentemente da constatação de sua (in) eficiência.

Não devemos perder da mente que os direitos fundamentais representam hoje muito mais do que pode ser lido nos textos constitucionais. A interpretação da carta magna traz consigo toda a carga de sentido de um longo período marcado pelo desrespeito à dignidade humana.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XIX Jornada de Pesquisa

Ao passo que ao legislador não é dado o direito de editar leis que se contrapõem à Constituição, os juízes passam a aplicar as leis somente quando estas guardarem conformidade formal (vigência) e material (validade) com a Constituição. O que em outras palavras significa dizer que as decisões do legislativo prescindem à observação de um direito prévio, e a uma obrigação de assegurar a supremacia da Constituição.

Nesse sentido para FELDENS a vinculação constitucional do legislador é elemento característico de uma democracia que se desenvolve a partir de uma Constituição jurisdicionalmente garantida, dotada de meios de invalidação da lei em contraste com essa mesma ordem superior, o que é dizer: no marco do atual Estado Constitucional, a Constituição abre passagem ao controle da atividade legislativa pela justiça constitucional (2012, p.27-28).

Verifica-se que as normas devem estar submetidas às variações sociopolíticas e conseqüentemente devem ser analisadas de acordo com os princípios democráticos de direito, que busca fundamentalmente a justiça e o bem estar social. Pode-se dizer, enfim, que a ideia de Estado Democrático de Direito está diretamente ligada ao objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Os direitos humanos não são panaceia para os males do mundo, porém se não são capazes de solucionar os problemas eles tornam claras as necessidades, os esforços e as demandas de setores marginalizados. E conseqüentemente figuram no espaço de deliberação pública, com o fim de discutir as razões que justificam as pretensões normativas, DOUZINAS refere que, o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem estão na base das Constituições modernas democráticas. E analisando a todos esses imperativos podemos observar que o problema atual consiste não mais em fundamentá-los, mas sim em protegê-los. Os direitos humanos são por vezes violados e deturpados, mas jamais tiveram no passado a força mobilizadora e mundial, do presente.

Justamente, é por esse motivo que a nossa Constituição Federal de 1988 difere das anteriores, em virtude de ser considerada uma Constituição Social, exatamente porque inseriu em seu texto o modelo do Estado Democrático de Direito, vinculado à ideia de regulação social e de igualdade.

Para FERRAJOLI, o verdadeiro problema dos direitos sociais certamente é mais grave e difícil, pois as suas garantias primárias positivas requerem sempre uma legislação de agir, ou seja, precisamente introduzir nas instituições funções confiadas a satisfazer: o sistema educativo, o serviço sanitário, prestar assistência e previsão social.

Passados mais de duzentos anos, pode-se dizer que permanece atual e democrático o pensamento do filósofo inglês Stuart Mill, haja vista que traz em sua essência o respeito às diferenças do indivíduo, o tratamento equânime e indiscriminado entre os seres humanos. Mill defendia a interferência do Estado como última hipótese, pois entendia que a sociedade deveria ser autonomamente capaz de gerir a vida em grupo. Que as diferenças não devessem ser vistas como obstáculos, mas sim como meios para a evolução do indivíduo.

Nessa linha, qual a forma adequada para definir quais os bens individuais ou coletivos penalmente relevantes a ponto de serem protegidos? A lógica é a de que os bens elegidos à proteção jurídica

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico

Evento: XIX Jornada de Pesquisa

sejam aqueles que anterior a lei façam parte da consciência de determinada sociedade, que como forma de controle social, ou garantia da cidadania se entenda necessária a proteção.

Por outro lado, não tão simples quanto proteger é saber o momento em que essa necessidade de proteção deixa de existir. As mudanças sociais levam conseqüentemente à modificações na Constituição, que aceita a incorporação de novos direitos e ou deveres.

A história do Brasil revela que o nascimento de cada uma das sete cartas constitucionais foi antecedido de movimentos políticos ou sociais. A carta de 1988 estabelece o Brasil como um Estado democrático de Direito. Fato antecedido por um regime político que ignorava e desrespeitava direitos e garantias sociais. E por essa razão é considerada instrumento de todo o processo de redemocratização brasileiro.

Para isso DOMETILA refere que a democracia, prevista no artigo 1º da Constituição não é simples regra técnica, retórica, alheia aos valores materiais. Estado Democrático de Direito quer dizer o Estado cujo poder, formado pelas regras democráticas, está vinculado ao direito, não ao seu aspecto legal, tão somente, mas nos seus valores materiais e princípios gerais, meios para estabelecer a justiça (1992, p.59).

Como respostas às premissas as hipóteses sugeridas para o desenvolvimento do estudo concentram-se em demonstrar que após 25 anos de Constituição podemos dizer que os direitos e as garantias fundamentais inseridas no artigo 5º da Constituição de 1988 em sua grande maioria foram efetivados.

Nesse contexto a codificação dos direitos premiados como essenciais e a inserção destes nas constituições e nos regramentos infraconstitucionais é reflexo do reconhecimento pelo Estado do status de direitos fundamentais. E com isso se amplia a compreensão constitucional elegendo-se os direitos e garantias fundamentais como princípios orientadores do processo legislativo.

Por essa razão “a partir de 88 o direito não pode mais ser considerado como uma totalidade orgânica de regras postas, acabadas, mas passa a mostrar-se como um conjunto de princípios e normas de ação, em contínua mudança” (DOMETILA, 1992, p.29).

Inúmeras são as violações percebidas aos princípios constitucionais de defesa dos direitos individuais, ou direitos humanos. Contudo, podemos dizer que esses valores encontram-se tão arraigados na sociedade contemporânea que justificam e intensificam a força normativa da constituição no atual modelo de estado democrático.

Leciona DOMETILA que qualquer ofensa a bem jurídico penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais. E deixará de ter relevância penal os citados bens quando os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados. “O direito penal para, para ser um direito justo, dentro de uma determinada sociedade, carece de amoldar-se, pelo menos, aos valores assim considerados pela Constituição desta sociedade, no caso a nossa” (1992, p.57)

O direito penal e processual penal juntamente com o conjunto de normas complementares são os dispositivos com maior força à disposição da constituição para garantir a proteção dos bens jurídicos relevantes. Por isso é possível afirmar que embora se discuta que os efeitos da globalização tem enfraquecido o Estado democrático de Direito, desencadeando uma crise de

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XIX Jornada de Pesquisa

identidade e confiabilidade na Constituição e nos direitos fundamentais, constata-se que o Poder Legislativo, no desenvolvimento de suas atribuições constitucionais, especificamente abordados neste estudo, no campo penal, observa sobremaneira os direitos humanos positivados na carta de 1988.

Na modernidade podemos dizer que o sistema de justiça constitucional não tem somente o papel de fixar limites em favor do indivíduo e contra o Estado. Sua função é muito mais complexa, integra o direito penal à novas matérias, elegendo e excluindo bens jurídicos de proteção. Ao mesmo tempo limita o direito penal à constituir ilícito tão somente os fatos realmente ofensivos ao bem jurídico tutelado.

Para PALAZZO a nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma. (1989, p.80)

Para LUISI a proteção penal, pois, faz-se pela criminalização protetora do bem jurídico constitucional, tutelando-o não só diretamente, mas, às vezes, por necessário, penalizando condutas preparatórias que se não enfrentadas tornariam inócua a proteção do bem jurídico fim. Nesse caso a proteção penal se antecipa, criminalizando situações que põem em perigo o bem jurídico (p.176).

No Brasil observa-se o fenômeno da proliferação de normas, a criminalização excessiva, conhecido por nomorréia ou também chamado de panpenalismo penal. Fato que ao invés de proteger os direitos humanos se traduz numa forma de agressão a estes. Nas palavras de Luisi este perverso processo criminalizador trás em seu bojo uma violência aos direitos humanos. De um lado porque cominado pena a pequenas e poucos relevantes infrações, que podem ser enfrentadas, e com mais eficiência, por outras sanções à disposição do ordenamento jurídico, se violenta, sem real necessidade, um dos mais relevantes direitos do homem, a sua liberdade (p. 109).

Conclusões: O controle social pode se concretizar em dois momentos: primeiro através da análise jurídica da norma, sua compatibilidade com outras normas de hierarquia superior e segundo através da fiscalização destas normas na aplicação ao caso concreto.

E assim podemos concluir que a superioridade normativa do direito Constitucional delimita o que deve ser considerado delito pelo Direito Penal, e, mais ainda, a tipificação delitual prescinde de coerência com o valor constitucional maior, ou seja, com a justiça social.

Como respostas às premissas as hipóteses sugeridas para o desenvolvimento do estudo concentram-se em demonstrar que após 25 anos de Constituição podemos dizer que os direitos e as garantias fundamentais inseridas no artigo 5º da Constituição de 1988 em sua grande maioria foram efetivados.

Nesse contexto a codificação dos direitos premiados como essenciais e a inserção destes nas constituições e nos regramentos infraconstitucionais é reflexo do reconhecimento pelo Estado do status de direitos fundamentais. E com isso se amplia a compreensão constitucional elegendo-se os direitos e garantias fundamentais como princípios orientadores do processo legislativo.

Modalidade do trabalho: Ensaio teórico
Evento: XIX Jornada de Pesquisa

Palavras-Chave: Garantias Fundamentais; Estado Democrático de Direito; Controle social.

Referências Bibliográficas

CARVALHO, Marcia Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre, 1992.

DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos. 2009.

FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e direito penal: a constituição penal. 2.ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1.ed.italiana, Norberto Bobbio. 4.ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MILL, Stuart (1806- 1873). Sobre a Liberdade. Tradução e organização de Brito, Ari R. Tank – Paulo: Hedra, 2011.

PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Editora Gráfica e Editorial Ltda. Porto Alegre, 1989.

SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.