

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL JUNHO 1993 • BRASÍLIA • ANO 30 • Nº 118



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Aspectos do Discurso Jurídico-Penal (Material e Formal) e sua Ilegitimidade

SÉRGIO LUIZ SOUZA ARAÚJO

Professor Assistente de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

“Prestai auxílio, vós que sois prestativos e bem intencionados, a esta única obra — afastar do mundo o conceito de castigo, que se alastrou sufocando o mundo inteiro! Não há pior erva daninha! Não somente o colocaram nas conseqüências de nossas maneiras de agir — e como já é apavorante e contrário à razão entender causa e efeito como causa e castigo! —, mas foram mais longe, e despojaram a pura contingência do acontecer de sua inocência, com essa infame arte de interpretação do conceito de castigo. Sim, levaram tão longe o desatino, a ponto de mandar sentir a própria existência como castigo — é como se as fantasias de carceceiros e verdugos tivessem guiado, até agora, a educação do gênero humano.”

FRIEDRICH NIETZSCHE in: *Aurora*. São Paulo. Nova Cultural, 1987, p. 117.

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Considerações preliminares.* 3. *O princípio da legalidade penal e sua falsidade.* 4. *O papel do saber jurídico.* 5. *Reflexão sobre o mecanismo do sistema jurídico-penal.* 6. *O inquérito policial no quadro da ilegitimidade.* 7. *Conclusões.* 8. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

O estudo sobre a perda de legitimidade dos sistemas penais tem sido ignorado, ou mesmo tratado com pouca profundidade na literatura jurídica nacional.

O tema reveste-se de grande importância em face da crescente criminalidade na sociedade brasileira, sem uma correspondente preocupação dos juristas em analisar as condições sociais, mas tão-somente reforçar a necessidade do rigor das leis, apesar de serem estas, manifestamente inoperantes para conter a violência que o crime produz.

É nesta perspectiva que o nosso trabalho centra-se numa visão crítica, de modo a permitir que todos possamos avaliar conscientemente a realidade que nos circunda, e na qual estamos inseridos, para que o saber penal possa exercer seu papel criador e transformador da realidade.

O Brasil está em crise. Vivemos um sério impasse em face da realidade perversa da qual resulta índices cada vez maiores de criminalidade.

O trabalho tem em mira detectar as amarras e contradições na nossa sociedade e na legislação penal (material e formal), que a regula; e, mais que percebê-las, contém a proposta de um novo saber jurídico-penal que permita ao jurista abandonar sua posição exegeta e transformar-se num homem de luta. Objetiva-se demonstrar que os sistemas penais tais como concebidos, em sua estrutura e funcionamento, oprimem e deseducam o ser humano. Urge a construção de uma nova ordem social baseada na não-violência, com vistas a concretização da plenitude humana. É neste âmbito que se impõe ao jurista a conscientização de sua responsabilidade social e uma postura ética.

O trabalho sistematiza, sinteticamente, as discussões a respeito da deslegitimação dos sistemas penais, tendo em mira contribuir para a discussão visando principalmente novos estudos sobre esta atualíssima temática e, conseqüentemente, a edificação de uma nova sociedade com perspectiva de progresso para melhor.

2. *Considerações preliminares*

A sociedade brasileira em sua maioria é formada por seres famintos e carentes em todos os níveis. Carentes de afeto, segurança, liberdade e justiça. Este quadro desolador gera o ser ressentido e consciente de suas limitações. Os indivíduos não têm esperança de um futuro melhor. O ressentimento é um sentimento confuso de ódio, inveja e impotência do ser humano, que por todos os lados se vê cercado. Quando a esperança

fica bloqueada surge a revolta que gera a criminalidade. Por ser ressentido, o homem perde a dimensão da história; passa a viver do passado, pois o amanhã não é mais um real possível.

É desta realidade humana que se constitui a sociedade brasileira. Ela gera e cria seres ressentidos que são postos na marginalidade — distantes da riqueza social — e, daí, caem na criminalidade.

O ser rebelde e revoltado que chega ao momento crítico e extremo do ato delituoso bota sua vida a prêmio, porque para ele esta sociedade não tem saída.

O criminoso de hoje é a criança carente de ontem. É a criança que se sentiu estrangeira no seu país por viver a síndrome do desamparo. Na verdade, os criminosos de hoje são, em boa parte, as vítimas de uma sociedade perversa.

Está se formando no Brasil de hoje um grande contingente de revoltados e isto não deveria ser um caso de polícia e sim de justiça tal como expus anteriormente: “A Justiça assegurada na Constituição não se refere a minorias, ou grupos financeiros, nem sindicais ou econômicos de qualquer natureza. É Justiça para todo o povo brasileiro a quem é assegurado o bem-estar e o desenvolvimento”¹.

Um clamor por justiça — diz ARTUR RIBEIRO NETO — “Este é o princípio básico do comportamento e do imaginário político do país. Quanto mais pobre e menos instruídos são os indivíduos, mais intensa é a reivindicação de uma reparação. A idéia de justiça da maioria da população brasileira, contudo, está dissociada da lei e do direito positivo. Justiça significa apenas menos miséria”².

É por isto que entendo ser muito ilusório resolver ou tentar resolver o problema da criminalidade com a polícia. Não seria fora de propósito transcrever aqui o discurso realista de JOSÉ CIRILO DE VARGAS: “No imenso painel de miséria, de crianças abandonadas pela sorte (os futuros “clientes” daquelas salas de “pau-de-arara”, de choque elétrico, de afogamento, de palmatórias e de outras pequeninas coisas que “encorajam” o cidadão a falar), de pais que trabalham e não conseguem comprar o alimento do filho, dos desempregados e dos desafortunados em geral”³. É um quadro triste. Com efeito, a práxis policial a cada dia nos escandaliza e surpreende: “Parece inacreditável, mas no Brasil de hoje,

1 ARAUJO, Sérgio Luiz Souza. *Dos preâmbulos nas Constituições*. Belo Horizonte, FDUFG, 1989, p. 56.

2 NETO, Artur Ribeiro. “Para eleitor, justiça significa menos miséria”. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24-9-89, p. B. 8.

3 VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, FDUFG, 1991, p. 285.

depois dos avanços notáveis que obtivemos no campo dos direitos humanos, ainda persistem focos de violência e tortura praticadas pela polícia, quer quando exercendo atividade de segurança, prevenindo uma possível alteração da ordem jurídica, quer quando apurando crimes e, sobretudo, quando se trata de obter confissões dos indiciados durante a feitura de inquéritos policiais. (...) Olhando o que nos circunda, percebemos, lamentavelmente, a dicotomia entre a realidade jurídica e a realidade social. Aquilo que é proclamado solenemente no Diploma Superior, é negado pela ação dos policiais. Isso frustra, desilude e desgasta a Lei Maior. Todos os dias, nos jornais, na televisão e pelo conhecimento dos fatos comuns do cotidiano defrontamo-nos com a violência exibida pela polícia nas ruas e nas Delegacias, como se fosse expediente rotineiro⁴.

A sociedade política tal como encontra-se estruturada, procurando exercer controle das condutas humanas com base no medo e na violência, inibe qualquer projeto progressista de ordem social.

A liberdade é preocupar-se com o outro e não ser indiferente. É preciso reconhecer que tanto a vítima como o criminoso são duas construções sociais. Hoje sofro, amanhã, faço sofrer o outro. Ou, no dizer de ESTEVAM PINTO: "O sangue pede sangue; a dor pede dor" ainda é o estribilho corrente quando nos insurgimos contra os atos criminosos⁵.

Não se pode esperar viver uma vida jurídica real e eficaz vitimizandoo e criminalizando as pessoas por serem carentes e condenadas à pobreza, pois para desmascarar qualquer eufemismo, cumpre reconhecer que o abandono, a miséria e a carência é que acabam sendo o crime.

Esta é a crise da nossa sociedade e, portanto, não é problema de polícia e nem mesmo de política. O outro pólo do poder social, a minoria dos privilegiados, é que tem condições de reverter esse quadro.

As necessidades da pessoa humana têm de ser transformadas em direitos. Não me refiro à constatação e proclamação desses direitos nos textos legais, mas na sua efetiva eficácia na realidade da vida. Não se trata de criar esperanças ilusórias com a lei, abstrata e genérica, o que se torna "letra morta", e permite o crescimento dessa realidade tão perversa.

4 ARAUJO, Sérgio Luiz Souza. *A nova, a velha: a polícia de sempre*. Belo Horizonte, Fatos da Justiça, 1º de maio de 1991, p. 8.

5 PINTO, Estevam. *Da ação penal privada no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 50, f. 530, julho de 1944, pp. 4-5.

3. O princípio da legalidade penal e sua falsidade

Em geral, lecionam os autores que cometido um crime, este opera a ruptura na ordem social, pois "o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária"⁶.

Com o crime manifesta-se concretamente o direito de punir considerado um dos aspectos mais evidentes da soberania estatal. Daí a afirmação categórica de HÉLIO TORNAGHI: "Todo crime deve ser punido"⁷.

A tal assertiva, porém, os autores logo esclarecem: "Em cediço entendimento, a doutrina processual penal tem enfatizado que o direito de punir do Estado se vê limitado, em princípio, pelo tradicionalizado mote *nullum crimen nulla poena sine lege*, por não se realizar automaticamente, é de coação indireta, ou seja, a norma penal sancionadora da infração praticada pelo delinqüente só pode ser aplicada por órgãos do Poder Público no exercício da jurisdição criminal — *nulla poena sine iudicio*"⁸.

O processualista paulista refere-se, portanto, ao princípio da legalidade tanto penal como processual penal, sobre o qual, nas sociedades contemporâneas, assenta-se o discurso jurídico-penal.

O princípio da legalidade exige que o Estado só possa punir dentro dos limites previamente estabelecidos para a punibilidade. Os órgãos da Justiça Criminal passam a exercer seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis, observando-se, evidentemente, as garantias e regras estatuídas na legislação constitucional e infraconstitucional.

Assim, concebido o sistema repressivo ao crime, e de acordo com ele, temos uma sociedade submetida a um natural temor da autoridade estatal. O que não se pode negar é que esta disciplina faz parte do aparelho psicológico do Estado, que atua em nível consciente e talvez de forma mais acentuada em nível inconsciente. É o poder com base nas ameaças de punição. Isto não significa, entretanto, desmerecer o papel do poder na sociedade e sua íntima relação com o direito, pois "Le pouvoir est une condition de l'ordre et la liberté n'est pas possible que dans l'ordre"⁹.

6 NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1981, p. 3.

7 TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 29.

8 TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1980, p. 41.

9 MARITAIN, Jacques. "Démocratie et autorité". In *Le Pouvoir. Annuaire de l'Institut International de Philosophie*. Paris, 1957, p. 32.

O Poder é o meio que facilita a atividade da sociedade, pois estabelece uma ordem e formula as regras da convivência social. Mas, neste assunto, não se pode olvidar a lição de LÉON DUGUIT. Segundo ele, o fato do jurista ser levado a constatar que o direito moderno, isto é, o direito positivo moderno repousa-se sobre a força e o poder do Estado, isto não significa que fora dessa ordem positiva não se possa conceber nenhuma espécie de preceito ideal regendo os povos, os governantes e os indivíduos... mantendo o princípio da autoridade e o poder de comando; é preciso, na magistral lição do publicista francês, reservar a parte da moral ao lado e acima do direito efetivo. Mais adiante vou desenvolver melhor estas idéias ao tratar da ética no discurso penal. Por ora, convém penetrar ainda mais no raciocínio de DUGUIT, pois é com toda a sua convicção que ele diz que quanto mais envelhece, mais afirma energeticamente que o direito existe como regra imperativa, acima e independentemente do Estado, que a regra do direito é uma criação espontânea do meio social. É interessante transcrever as suas palavras: "...si la règle de droit est une création arbitraire de l'État, son étude ne vaut pas une minute d'effort, que si l'on oppose la morale sociale au droit, on crée une règle morale sans force et un droit sans valeur morale..."¹⁰

O poder tem a função de promover a sociedade em direção ao bem comum e é nesta perspectiva que o direito penal cria exaustivamente um conjunto de condutas criminosas e as sanciona uma por uma. Praticamente não existe conduta que não seja objeto de norma incriminadora quer nos referimos ao Código Penal de 1940, ou à legislação extravagante.

Entretanto, seria ingenuidade pensar que o princípio da legalidade penal exista efetivamente. A legalidade não é respeitada em sua operacionalidade social.

Aquilo que o poder estatal programa legislativamente como hipóteses criminalizantes está muito longe de encontrar capacidade operativa. Se todos os furtos, extorsões, roubos, todos os abortos, todas as fraudes, estelionatos, todas as falsidades, todos os subornos, todos os homicídios, lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria nenhum indivíduo que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

Seria um absurdo pretender que todos os crimes fossem apurados e seus autores castigados. Seria uma catástrofe social. Todavia, isto revela o verdadeiro lado do problema. Em face da inoperância de se efetivar o direito penal na realidade da vida, fica evidente que o sistema político o concebe de molde a não funcionar; e, sim, para que o sistema penal

¹⁰ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris, A.L.F.E., 1928, T. II, p. 103.

atue em altíssimo grau de arbitrariedade, selecionando e atingindo os pobres, negros, . . . os setores mais vulneráveis da nossa sociedade.

Poderia objetar-se que meu raciocínio não é coerente em face do que ocorre atualmente no País no que tange à apuração das fraudes contra o sistema previdenciário e seus "ilustres" indiciados. Ora, não se pode perder de vista que tais procedimentos e processos têm o condor de consolidar o aparelho psicológico da repressão a que já me referi. A falsidade do discurso jurídico-penal reside, portanto, em mostrar um poder através de uma inesgotável capitulação de tipos penais, mas que só se exercita de forma ínfima e eventualíssima. E, como já dito, contra os setores carentes da sociedade. É contra estes que se realiza e incrementa-se o poder repressivo. *O sistema opera, assim, quando e contra quem decidir, apesar da lei ter sido feita para todos* ("Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza . . ." — Art. 5.º da Constituição Federal).

A igualdade a que se refere a lei deveria ter como preocupação fundamental as injustiças das desigualdades sociais, como bem se expressou FRANCISCO AYALA: "A igualdade é condição inescusável da democracia: o princípio da igualdade perante a lei tem por fundamento de justiça a hipótese de uma igualdade material entre os cidadãos. Quando esta não existe, a mera igualdade de trato jurídico se traduz em resultados iníquos. Sem um certo grau de igualdade material, e sobretudo econômico — pois o econômico é de natureza social, implica relação e não pode ser levado em conta numa consideração estrita do indivíduo isolado — é impossível que haja liberdade política, é impossível que exista democracia autêntica"¹¹.

4. O papel do saber jurídico

É compreensível que o âmbito em que estou tratando da ilegitimidade do sistema penal, receba a crítica dos juristas positivistas, segundo os quais os conteúdos do direito são tarefas que se reservam à política, cabendo ao jurista uma tarefa técnica de interpretação. É o posicionamento, por exemplo, de FRANÇOIS LUCHAIRE: "Saber e apreciar se o Estado se orienta no verdadeiro caminho é uma responsabilidade afeta ao político. A responsabilidade do jurista é outra. Este não tem responsabilidade política. O jurista só pode se opor a uma ação política através de uma norma jurídica correta e rigorosamente interpretada"¹².

11 AYALA, Francisco. Apud SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e democracia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 150.

12 LUCHAIRE, François. "De la méthode en droit constitutionnel." *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Paris (2): 275-329, mars./abr. 1981, p. 267.

Já o exímio penalista JOSÉ CIRILO DE VARGAS, parece-me ser consagrador da onipotência legislativa: "Num Estado de Direito, não há lugar para um Judiciário "justiceiro". A justiça e a injustiça têm sua sede no Parlamento. O máximo que pode acontecer é o órgão judicial acertar ou errar na aplicação da lei"¹³. Penso que nesta abordagem do ilustre Professor, justificar-se-ia plenamente, a atitude dos algozes na Alemanha nazista: "Não me importa se o que faço é ético ou não. Não sou eu quem decide isso e, sim, a instância que sanciona a lei. Eu me limito a cumprir o que a lei ordena." Esta foi certamente uma resposta freqüente em Nuremberg, ironiza EUGENIO ZAFFARONI¹⁴.

Ora, em face da perversidade do sistema penal, baseado em falácias da realidade operacional, como podemos aceitar que o jurista se limite a uma função técnica? O jurista tem de interpretar textos legais incorporando dados da realidade, pois toda lei sempre aspira a regulamentar uma realidade. "Não podemos absolutamente ser *apolíticos*, no sentido de ignorantes e indiferentes ao coeficiente de politicidade que existe nas leis que contribuimos a atuar. Não devemos ficar à margem da evolução da sociedade nesta segunda metade do Século XX, numa rígida visão estática do direito. Importa menos a tendência política e ideológica de cada um; importa mais que cada qual busque uma interpretação e atuação dos textos legais de uma forma que ponha o direito ao lado das aspirações da sociedade, porque a ninguém é lícito impor a esta soluções contrárias às suas aspirações e a lei que contrariar as suas tendências constitui-se em fator de desgaste do próprio direito e das instituições e órgãos responsáveis pela sua atuação"¹⁵.

A teoria do direito não é algo desvinculado da realidade; mantém com ela uma conexão de sentidos, que envolve um conjunto de valores. O direito está nos fenômenos concretos por onde se exterioriza a vida jurídica, ou nas palavras de insigne magistrado: "A lei, seja a substancial ou a processual, tem hoje um conteúdo e significado que não são os que tinha no passado e o nosso trabalho de intérpretes é o de buscar através da observação dos fenômenos sociais o âmago desse conteúdo e desse significado na atualidade, atribuindo à norma a sua verdadeira dimensão, a dimensão que ela teria se a sociedade fosse chamada no momento presente a enunciá-la"¹⁶.

Como o direito nasce do fato, é inegável a sua dimensão política. Não há como deixar de tomar consciência dos graves problemas da

13 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 365.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro, Revan, 1991, p. 83.

15 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 252.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 251.

sociedade de nosso tempo. A realidade é escandalosa. Quantas são as mortes culposas pelo trânsito com total indiferença da Justiça? Indiferença que se dá também pelos abortos e pelas mortes de inanição; morte direta nas prisões. Ademais não se pode ocultar também a corrupção, morte dos próprios integrantes do aparelho policial, extorsões. Estas são as verdades com as quais sofremos todos os dias. Não é sem motivo que o *Jornal do Brasil* afirmou: "A polícia e o bandido, em tanto se parecem, em tanto se igualam e se assemelham, que não se sabe mais qual é um e qual é o outro"¹⁷.

Como reverter este quadro pernicioso que deslegitima o sistema penal? "Engana-se quem estiver pensando que a elaboração de um novo processo penal pautado em princípios constitucionais claramente democráticos poderá, por si só, resolver ou mesmo deter, de um lado, a violência dos aparelhos repressivos do Estado e, de outro, a crescente criminalidade de nossos dias. A ineficácia, neste particular, do próprio Direito Penal é manifesta e, de há muito, já vem sendo demonstrada pelos autores mais críticos da moderna criminologia. (...) *Sem uma atuação séria e profunda no campo social atacando as causas que primeiro atingem a própria dignidade do homem, não se vão alcançar ponderáveis avanços no aperfeiçoamento da estrutura política e jurídica de nosso País*", alertou com sabedoria o brilhante processualista AFRÂNIO SILVA JARDIM¹⁸.

Penso assim, que só poderemos compreender o delito a partir do conhecimento da realidade que nos circunda e na qual estamos inseridos.

A desigualdade jurídica no campo penal é evidente. Impõe-se, portanto, necessariamente, que o discurso penal tenha uma dimensão ética, sob pena de perder qualquer referência filosófica. É nesta ordem de idéias que se situa o cristalino magistério da eminente jusfilósofa ELZA MARIA MIRANDA AFONSO: "Entendemos que a Ciência do Direito — enquanto conhecimento — não pode ser reduzida a uma atividade meramente descritiva, mas que é uma atividade crítica, pois todo conhecimento implica em um processo de reflexão crítica. A Ciência do Direito tem de submeter o seu objeto a essa reflexão crítica e, tendo por objeto normas jurídicas plenas de conteúdos valorativos, para não fragmentá-lo, tem de estender o seu exame crítico ao conteúdo das normas jurídicas. (...) Tendo por objeto normas jurídicas criadas pelo homem e destinadas a reger a sociedade humana, a Ciência do Direito, sendo conhecimento, portanto, atividade humana, não pode manter-se alheia aos valores da vida humana. Assumindo uma posição crítica, a Ciência do Direito não correrá o risco de submergir ao subjetivismo, pois a refe-

17 *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 19-4-1991, p. 8.

18 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 448 (grifos nossos).

rência dos conteúdos valorativos do direito tem de ser a vida humana, a dignidade ética do homem, razão e fim de todo direito"¹⁹.

Não hesito em afirmar que o sistema penal vigente, calcado em modelos formais e abstratos, não é legítimo na solução dos conflitos. O Estado, de acordo com a teoria contratualista desenvolvida no Século XVIII, apropria-se do direito da vítima e torna-se monopolizador da administração da justiça, sem que se tenha, até hoje, encontrado um fundamento racional para a pena no campo penal. A pena carece de racionalidade. Conforme sejam as óticas em que se analisa este problema, é que originam as múltiplas teorias de direito penal. É um direito estagnado, em função mesmo da sua errante peregrinação filosófica. A pena significa apenas manifestação de poder e nada mais. Pena não é meio idôneo para a solução de conflitos. Este fenômeno tem que ser analisado numa perspectiva multidisciplinar, devendo o saber penal afastar-se do dogmatismo para aliar-se aos demais saberes sociais, tais como a Sociologia, a Psicologia, a Antropologia, a História, como também à Filosofia e à Ética. É nesta direção que passaremos do jurista exegeta, que se move no domínio da pura lógica para o jurista político, o homem de luta, a serviço da pessoa humana, propugnando pelo fim da violência em todos os níveis.

Em geral dizem que os operadores do Poder Judiciário devem ser apolíticos, são adestrados para o não-exercício do poder. Já contestamos em linhas anteriores esta tese, pois ela está imbuída de uma flagrante incoerência, de vez que não há poder estatal que não seja político: ou é político ou não é poder.

5. *Reflexão sobre o mecanismo do sistema jurídico-penal*

O Direito Penal estabelece um conjunto de normas abstratas cujo escopo é a tutela dos valores fundamentais da vida em comunidade. Ao proceder desta forma, entretanto, nada mais faz do que criar relações teóricas, totalmente afastadas da realidade. O Direito Penal não fala da infração penal acontecida em tal dia, num determinado lugar, às tantas horas, por fulano de tal, vitimando ciclano. As suas normas são como que hipóteses suspensas ante a espera de um possível acontecer.

Este sistema jurídico precisa ser complementado por um outro conjunto de normas que venha a estabelecer a forma e o modo de se proceder a apuração da infração penal. Referimo-nos ao Direito Processual Penal que tem por finalidade regular a atuação jurisdicional do Estado em

¹⁹ AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte, FDUFG, 1984, p. 296.

relação aos litígios de caráter penal. É este Direito que tem caráter realizador e representa a legítima possibilidade de atuação do Direito Penal, que sozinho, isolado, não tem nenhuma eficácia. Tal é a concepção dominante num Estado de Direito Democrático, pois é evidente que, segundo a concepção jurídica e o sistema político adotado em determinado Estado, o Direito Processual Penal seria perfeitamente desnecessário. Não é impossível, neste sentido, a existência de um Direito Penal material sem as formalidades e garantias do Direito Processual Penal.

Num Estado Democrático cujos valores supremos são o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, torna-se evidente que não se admite o direito de punir do Estado de forma automática e auto-executável. Não se pode infligir pena a ninguém sem um anterior processo regular e legal. É a garantia do *due process of law* que galgou os textos constitucionais das sociedades que pretendem avançar. Em face dessa conquista do liberalismo político o *jus puniendi* encontra-se coarctado em sua auto-executoriedade.

Esta íntima ligação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal não significa, contudo, que este seja um ramo subalterno e inferior ao direito material. Goza de incontestável autonomia científica, de vez que possui institutos, normas e princípios especiais e particulares. A rigor, o Direito Processual Penal não tem nenhum ponto de contato com o Direito Penal no plano científico, pois este tem a ver com o ato delitivo, enquanto aquele tem por objeto os atos processuais. É na verdade um direito instrumental e formal.

Uma vez transgredida a norma penal, deverá o Estado, segundo o princípio da legalidade, recorrer ao processo com o fim de infligir a pena ao delinqüente. Ocorre que a pena ou castigo não é um meio hábil na solução de conflitos. A pena não soluciona o conflito. A pena é simplesmente manifestação do poder estatal que *decide* o conflito.

A pena não restitui a vida da vítima no caso de homicídio. A pena não encontra nenhum fundamento na ciência jurídica. O seu fundamento é unicamente político: manifestação de poder.

Com o castigo o Estado aprofunda o ânimo de rebeldia do homem ressentido a que me referi no início do trabalho. É o homem que passa a viver do passado, atormentado por seus problemas, e sem expectativa do amanhã, e de um futuro melhor. É o ser improdutivo e tolhido em sua autonomia. Em face desse quadro é que entendo ser a dor da pena algo a ser repartido entre toda a sociedade de vez que a vítima e o delinqüente são produtos dessa mesma sociedade. É de todos conhecida

a afirmação de JEAN-JACQUES ROUSSEAU: "O homem nasce livre e a sociedade o corrompe". A solução para o problema só pode ser encontrada num novo modelo de sociedade.

Em primeiro lugar, uma sociedade calcada na liberdade. "Ser livre é ir mais além: é buscar outro espaço, outras dimensões, é ampliar a órbita da vida", escreveu a poetisa CECÍLIA MEIRELES²⁰.

Mas numa sociedade de tantas desigualdades e contrastes, a liberdade deve ser tomada em consideração aos fatores econômicos, pois estes são indispensáveis à verdadeira liberdade humana. É a liberdade de luta contra as injustiças sociais e econômicas; é a liberdade — diz JOAQUIM CARLOS SALGADO — "de busca do homem de sua justa participação na riqueza social"²¹.

É importante também que a despeito das adversidades um espírito de união se estabeleça entre os homens. JACQUES MARITAIN prefere falar em companheirismo, porque evoca um conjunto de relações positivas. "Evoca a idéia de companheiros de viagem que fortuitamente se encontram reunidos neste mundo, caminhando pelas estradas da terra — fundamentais que sejam suas oposições — em bom acordo humano, de bom rosto e em cordial solidariedade"²².

A sociedade fraterna é a que busca o bem-estar de todos em geral; é a sociedade solidária que almeja a felicidade de todos. No dizer de ALBERTINO G. MOREIRA: "...cada indivíduo deve receber da sociedade tudo quanto seja necessário ao desenvolvimento de sua personalidade"²³.

Revela-se também a indispensabilidade do pluralismo. Isto se traduz na idéia de convivência amena, tolerância religiosa, liberdade intelectual em estudar e pesquisar quaisquer temas, e a formação de partidos políticos onde possam ser veiculadas posições e propostas dos mais variados matizes ideológicos. O pluralismo é consoante com a multiplicação das associações livres, comunitárias, sindicatos e constitui um estímulo e uma contribuição para o alargamento da participação política. Sobre o pluralismo escreveu NORBERTO BOBBIO: "É uma luta travada em nome da concepção de uma sociedade articulada em grupos de poder que se situem, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos, e, como

20 MEIRELES, Cecília. *Escolha o seu sonho*. Rio de Janeiro, Record, s/d., p. 10.

21 SALGADO, Joaquim Carlos. "Os direitos fundamentais". In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, UFMG, 1986, p. 23.

22 SALGADO, Joaquim Carlos. "Os direitos fundamentais". In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, UFMG, 1986, p. 23.

23 MOREIRA, Albertino G. *Noções gerais de direito social*. São Paulo, Saraiva, 1940, v. I, p. 352.

tais, constituam uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado, por um lado, e, por outro, uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista²⁴.

Nesta nova sociedade deve-se abster de quaisquer julgamentos baseados em diferenças de cor, credo, raça, sexo, idade, a se expressarem em leis, movimentos de opinião, coerção política, discriminação no emprego, no salário, no acesso à educação, à informação, à saúde . . . enfim, a plena convivência dos que têm os mesmos direitos, porém, participando de experiências variadas. Diferentes, porém iguais, na fruição das conquistas de uma sociedade democrática.

É nessa proposta de sociedade que se retirará o objetivo do sistema penal calcado na repressão. Como escreveu o insigne jurista JOÃO BAPTISTA VILLELA: "Discute-se se a coerção é ou não uma nota integrante do direito. Independentemente da resposta ao problema, conviria reconhecer que a força, como recurso para a observância do direito, não está em perfeita harmonia com a dignidade da pessoa humana, a qual, quando eticamente sadia e adulta, encontra na própria consciência os motivos para uma conduta juridicamente correta. A coerção externa é, assim, um convite à irresponsabilidade social do homem, na medida em que se propõe como guardião dos valores jurídicos. Recomenda-se orientar as instituições no rumo de uma adesão livre dos cidadãos às normas da sociedade política"²⁵.

Poder-se-ia contrapor às idéias do ilustre jurista que elas se baseiam num ideal utópico. Utópico sim; mas no seu sentido correto, isto é, de algo ainda não realizado, e não como erroneamente lecionado, que seja algo irrealizável.

Do exposto até aqui, veremos de forma mais objetiva, como é destrutivo e ilegítimo o sistema penal vigente. Isto é inegável em face das mortes, privações de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossa população. Há total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal. Não há controle sobre as atividades policiais e um judiciário indiferente e alienado, sem contar os delitos gravíssimos que são praticados pelos órgãos policiais. Tudo é violência. O direito penal na verdade é apenas um discurso para justificar o poder político. Em sua essência, é inoperante. Como ter confiança num discurso que visa tutelar os direitos fundamentais e prover sua segurança, se no Brasil, de cada três crianças que nascem uma é abortada,

24 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília, UNB, 1986, p. 928.

25 VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Belo Horizonte, FADUFMG, 1982, p. 13.

e só no trânsito, temos cinquenta mil mortos por ano? Nos últimos 5 anos um trabalhador rural foi assassinado no nosso País a cada três dias. Morreram 53 sindicalistas. Todas essas mortes resultaram 24 processos concluídos e três condenações. * Como confiar neste sistema penal indifferente e inativo?

6. O inquérito policial no quadro da ilegitimidade

Passo agora à análise do inquérito policial que “constitui uma das modalidades de apuração preliminar das infrações penais”²⁶.

O meu objetivo é mostrar a natureza desse instrumento, de acordo com a lei brasileira, para aqueles indivíduos arbitrariamente e seletivamente escolhidos. Não se pode ser ingênuo a ponto de não perceber que a estes selecionados, se mostra como atua o sistema repressivo, sempre que a exibição da máquina estatal seja útil à conservação da confiança no poder ou mais propriamente à manutenção do medo do poder.

No sistema processual penal brasileiro, a *persecutio criminis* possui dois momentos distintos: o da persecução e o da ação penal.

Este primeiro instante é a fase investigatória preliminar à instauração do processo acusatório ou, processo penal autêntico, como costuma denominá-lo a doutrina.

Este procedimento formal é o inquérito policial e tem como finalidade demonstrar a existência de fundamento razoável para o exercício da ação penal, através da comprovação material do fato e indícios de sua autoria.

Entende-se na doutrina que o inquérito não é necessariamente imprescindível para que o Ministério Público *dominus litis* da ação penal pública possa iniciar a demanda. O exímio processualista JOSÉ BARCELOS DE SOUZA leciona, que “De acordo com o nosso direito processual positivo, entretanto, a denúncia não precisa, em regra, para ser oferecida e recebida, de ser instruída com inquérito, documento ou qualquer elemento de convicção. Como pondera o Des. Costa Manso, em declaração de voto vencedor, “com a denúncia se instaura a ação penal, cujo objetivo não é outro senão o debate probatório da acusação. De sorte que, se o juiz, indo além dos aspectos formais daquela peça, puder desde logo rejeitá-la, por falta de prova, terá impedido o promotor público de provar que a prova existe...” (RF 179:399)²⁷.

(*) Cfr. Dados de discurso parlamentar pronunciado em 10-9-91, no Congresso Nacional, sobre os trabalhadores rurais.

26 ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. Rio de Janeiro, “Edautor”, 1984, p. 29.

27 SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 411.

Já para o processualista AFRÂNIO SILVA JARDIM o legislador exige a justa causa como condição para o regular exercício da ação penal condenatória: "Na verdade, levando-se em linha de conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar legitimamente a tutela jurisdicional. Assim, impõe-se que a denúncia ou queixa venha acompanhada do inquérito ou das peças de informação, conforme se depreende dos arts. 39, § 5.º, e 46, § 1.º, todos do Código de Processo Penal"²⁸.

Para JOSÉ BARCELOS DE SOUZA "muito mais danoso à dignidade do imputado seria a instauração de inquérito, não seguido, por qualquer motivo, de processo em que sua inocência pudesse vir a ser proclamada judicialmente"²⁹.

Penso que só se pode denunciar quando existe prova concreta da autoria ou indícios que levem a conduzir pressupostos de uma ação ilícita. Neste sentido leciona JOSÉ FREDERICO MARQUES: "A instauração do Juízo penal (do *actus trium personarum*, ou processo penal propriamente dito) exige mais dilatado número de condições para legitimar a persecução penal, uma vez que, como ressaltou LUIGI FULCI, "o processo penal, diversamente do que se verifica com o processo não penal, produz em relação ao réu dano bastante intenso, não só de caráter econômico, como sobretudo de natureza moral"³⁰.

Com efeito, não se pode admitir uma acusação infundada, carente de elementos de convicção e que em tudo aumentaria o drama do indivíduo submetido ao rigor do processo penal.

O inquérito policial será presidido pela autoridade policial. Trata-se de atividade meramente administrativa e não jurisdicional, que o Estado desenvolve no interesse da atuação futura de outro órgão, que é o Ministério Público, o qual possui a legitimidade para a *persecutio criminis in iudicio*.

Segundo o nosso ordenamento processual e polícia judiciária (assim incorretamente denominada pelo legislador), não possui qualquer vínculo hierárquico ou de disciplina com os demais órgãos da cena judicial que formam o *actus trium personarum*. A polícia judiciária pauta sua ação com base em altíssimo grau de arbitrariedade ao selecionar as pessoas

28 JARDIM, Afrânio Silva. *Op. cit.*, p. 146.

29 SOUZA, José Barcelos. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo, Saraiva, 1979, p. 116.

30 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1980, v. II, p. 180.

as quais indiciará, submetendo-as às averiguações necessárias. É instituição das mais decadentes da nossa estrutura política e jurídica, constantemente denunciada por praticar extorções, mortes, espancamentos, tortura e toda a sorte de iniquidades. Segundo a própria doutrina pátria em direito processual, o indivíduo que ali comparece não é sujeito de direitos, mas mero objeto de investigações.

Isto é um absurdo. Sem embargo da enumeração detalhada dos direitos individuais contida no art. 5.º da Constituição Federal, a práxis policial é indiferente e alienada em torno da dignidade da pessoa humana. É esta, valor insuperável na escala axiológica do direito. A violência que tanto combatemos, pois oprime e recalca, encontra seu "habitat" natural nas delegacias de polícia.

Não é difícil compreender esta dramática realidade de vez que o pessoal selecionado para compor os quadros dessa polêmica instituição é recrutado dos segmentos carentes da população, isto é, dos mesmos setores nos quais se produz a criminalização. A fidelidade do panorama traçado é afirmada nas palavras do ilustre criminalista JOSÉ CIRILO DE VARGAS: "A Polícia Judiciária recolhe todas as provas e, depois, basta ao Ministério Público esperar a condenação. Como sempre, há os encarregados do "serviço sujo" (...) e os que se beneficiam da sujeira..."³¹.

Um dos aspectos que bem informam a natureza do inquérito policial é o sigilo. O referido procedimento não admite publicidade de seus atos sob o argumento de que o êxito da investigação seria frustrado. "Impor-se-á a providência ... se se admitir que a divulgação das diligências venha a causar embaraços ao desvendamento do fato que esteja em investigação, bem como das suas circunstâncias, por dar azo a que os responsáveis, por seus parentes, desfaçam vestígios da ação principal, ocultem instrumentos, destruam papéis, removam valores, afastem ou subordinem testemunhas, ou, por outra forma, antepõem barreiras aos trabalhos de elucidação"³².

Na verdade, o aparelho policial da repressão que o Estado tem montado é obsoleto e arcaico. Não dispõe do instrumental, nem dos recursos humanos exigidos para o trabalho de investigação. A moderna tecnologia de investigação policial, se fosse ideológica e materialmente acolhida no nosso sistema, dispensaria perfeitamente a regra do art. 9.º do Código de Processo Penal, resquício da idade medieval, o que faz o direito retroagir séculos, paradoxalmente, sob a regulamentação de uma das mais avançadas Constituições em matéria de defesa da dignidade da pessoa humana.

31 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 228.

32 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1969, p. 181.

Os comandos constitucionais da ampla defesa e do contraditório não se coadunam com a sigilação no inquérito. Vulnera-se o Diploma Superior, pois o raciocínio lógico no qual se movem os técnicos do processo apóia-se na sofismática afirmação: "Se no inquérito não há acusação, claro não pode haver defesa";³³ ou nas palavras de HÉLIO TORNAGHI: "na fase policial não existe acusação contra ninguém"³⁴.

Os autores referem-se, evidentemente, a uma acusação formal e técnica que preencha os requisitos da lei para que o caso seja apreciado pelo juiz. Na verdade, do ponto de vista da realidade, o que existe não é apenas acusação, mas condenação mesmo! Os danos sofridos por aqueles selecionados ou subjugados aos carrascos que agem em nome e por conta do Estado são irreparáveis. As marcas sofridas pelos "objetos" de investigações tornam-se indelévels. Os autores principais desses dramáticos episódios diários são patrocinados pelo Estado, e têm como papel principal a apresentação da ideologia do medo em todas as suas tonalidades.

FREDERICO MARQUES discursa no sentido da inquisitorialidade, pois considera "verdadeira aberração" um procedimento policial de investigação com o contraditório³⁵. Tal discurso parece revelar que o poder do Estado só é possível se exercido com base na opressão. Tais estratégias demonstram o impasse em que vive a nossa sociedade. Há uma profunda desconfiança no homem. Quer se crer na lei, porque já não se crê no homem. Assim, não há como olvidar que "o inquérito policial não é apenas um constrangimento, mas, muitas vezes, instrumento de vingança"³⁶.

A ilegitimidade do sistema penal não encontra sua fundamentação apenas na injustiça das desigualdades sociais como também nessa legislação perversa e autoritária. Um autoritarismo transparente para aqueles que atuam junto ao sistema, como relata com toda autenticidade o inolvidável JOSÉ CIRILO DE VARGAS: "Considero "letra morta" o que se contém nos incisos LXIII e LXIV do art. 5.º da Constituição: a informação do preso de seus direitos, presença de advogado, direito de permanecer calado, assim como o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu "interrogatório" (*sic*) policial. Um rapazola denunciado por crime de roubo chega à presença do juiz algemado e escoltado por dois investigadores da Delegacia de Furtos e Roubos que o massacraram pela tortura. Como pode esse acusado negar a imputação

33 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 181.

34 TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.*, p. 31.

35 MARQUES, Frederico. *Op. cit.*, p. 191.

36 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 132.

que lhe é feita, ou dizer que só confessou pelo sofrimento da tortura, ou apontar os dois policiais como responsáveis por sua prisão e "interrogatório", sabendo que vai voltar para a mesma Delegacia e continuar sendo "interrogado" pelos mesmos policiais?"⁸⁷

Ao contrário do festejado jurista de São Paulo, FREDERICO MARQUES, cuja opinião foi supracitada a respeito da inquisitorialidade no inquérito, o que considero verdadeira aberração é esta desconcertante realidade focalizada pelo eminente jurista de Minas Gerais. Sem dúvida, o eminente Doutor JOSÉ CIRILO DE VARGAS se inclui dentre aqueles notáveis juristas, que estão atentos ao seu tempo, e não deixam de conciliar — como é imperativo — a realidade política e social com a realidade normativa, mostrando todos os seus contrastes. É a postura independente desse verdadeiro cientista do direito que nos permite detectar as mazelas do sistema, e não apenas percebê-las, mas lutar contra elas. Nada há de acrescentar às suas lúcidas conclusões sobre o inquérito policial que a seguir transcrevemos: "a) o inquérito faz parte do processo; b) é o meio de prova que o Ministério Público tem em mãos mais facilmente obtido, porque de maneira inquisitorial; c) praticamente a totalidade das condenações resulta de prova ou de princípio de prova obtidos sem a observância do contraditório; d) esta praxe é atentatória da garantia da paridade substancial das partes; e) o Judiciário conhece completamente a situação, mas nada faz para alterar o quadro de inconstitucionalidade"⁸⁸.

A análise de alguns de seus aspectos revela-nos que o procedimento policial é inadequado e anacrônico como instrumento preparatório na solução do litígio penal. Aliás, o sistema não vai solucionar nada, apenas decidir.

Tanto o inquérito, quanto o processo penal que dele irá resultar, é um exercício de poder claramente arbitrário. "É o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente"⁸⁹.

Como disserta EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, o destacado penalista da América Latina, muitas pessoas existem que fizeram o mesmo que o indiciado e não foram escolhidas ou selecionadas; outras ainda existem que não o fizeram e foram escolhidas pela autoridade policial e submetidas a todo o séquito de gravames e vexames que o procedimento acarreta. "É absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio

87 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 136-7.

88 VARGAS, José Cirilo de. *Op. cit.*, p. 194.

89 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 268.

da legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que estruturalmente estão preparados para os violar a todos”⁴⁰.

A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação. “A agência judicial penal carece do poder necessário para produzir a grande mudança social que a consecução do objetivo mediato ou utópico de sua estratégia exigiria (a abolição do sistema penal) e, conseqüentemente, a única coisa que deve fazer é o que está ao seu alcance, ou seja, reduzir progressivamente sua própria violência seletiva e arbitrária, com vistas a uma atitude aberta ou *inacabada*”⁴¹.

Com efeito, já dizia Aristóteles que a idéia de privilégio aguça a consciência da injustiça e provoca o desconcerto social. De fato. “Por que somente eu?”. “Cadê os outros?”. “Por que não eles também que fizeram o mesmo?”. Tais perguntas não podem ser respondidas pelo sistema penal, o que torna evidente a profunda crise de *deslegitimação* do poder na qual está mergulhado.

Em consonância com os ensinamentos de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, supracitados, para sermos coerentes, neste caso não se poderia reprovar ninguém e muito menos aquele que foi selecionado e se encontra como objeto de publicidade de poder repressivo estatal. Não há nenhum conteúdo ético em tal atitude.

Nesta ordem de idéias podemos concluir com apoio na magistral ensinância do brilhante jurista argentino:

“O sistema penal resulta deslegitimado ante a constatação social de sua operatividade real. Os discursos jurídico-penais legitimantes vão sendo descartados e abandonados ao largo do penoso caminho das frustrações do direito penal como ilusões destroçadas dos penalistas dos últimos séculos, porque as penas carecem de racionalidade. Qualquer tentativa para restabelecer a legitimidade dessas penas equivale a agir da mesma forma quanto ao sistema penal, e é por isso condenada ao fracasso. A pena não é mais que um ato de poder, e a teorização da mesma não deixa de ser uma tentativa legitimante de todo o exercício de poder do sistema penal.

Em sendo a pena irracional ou parte de ato violento de poder muito mais amplo, urge a necessidade de se intensificar o esforço jurídico para limitá-la bem como à sua violência”⁴².

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 235.

41 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 268.

42 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, pp. 274-5.

7. Conclusões

Não é a polícia nem a política que resolverão o problema da injustiça das desigualdades sociais no Brasil, mas o outro pólo do poder social, pois a liberdade é preocupar-se com o outro e não ser indiferente.

Aquilo que o poder estatal programa legislativamente como hipótese criminalizantes está muito longe de encontrar capacidade operativa, já que o sistema opera quando e contra quem decidir, apesar da lei ter sido feita para todos.

A falsidade do discurso jurídico-penal reside em mostrar um poder através de uma inesgotável capitulação de tipos penais, mas que só se exercita de forma ínfima e eventualíssima.

O princípio da igualdade perante a lei tem por fundamento de justiça a hipótese de uma igualdade material entre os cidadãos, e não a mera igualdade de trato jurídico que se traduz em resultados iníquos.

O jurista tem de interpretar os textos legais incorporando dados da realidade de forma que ponha o direito ao lado das aspirações da sociedade. Não se pode ser apolítico, no sentido de ignorante e indiferente ao coeficiente de politicidade que existe nas leis.

Não são novas leis que vão resolver o problema da violência do próprio aparelho estatal e a crescente criminalidade de nossos dias. A inoperância do Direito Penal já é manifesta, de modo que urge uma atuação séria e profunda no campo social atacando as causas que primeiro atingem a própria dignidade do homem.

A Ciência do Direito tem de assumir uma posição crítica, pois a referência dos conteúdos valorativos do direito tem de ser a vida humana, a dignidade ética do homem, razão e fim de todo o direito.

O saber penal deve aliar-se aos demais saberes sociais como também à filosofia e à ética. O jurista exegeta que se move no domínio da pura lógica, será sucedido pelo jurista político, o homem de luta, a serviço da pessoa humana, propugnando pelo fim da violência em todos os níveis.

O Poder Judiciário tem missão política, posto que não há poder estatal que não seja político: ou é político ou não é poder.

A pena não encontra nenhum fundamento na ciência jurídica. É castigo sem nenhuma racionalidade ou fundamento ético; pura manifestação de poder.

A dor da pena deve ser repartida entre toda a sociedade de vez que vítima e delinqüente são duas construções sociais.

Em substituição ao ilegítimo sistema penal, calcado na opressão, deve-se lutar pela construção de um novo modelo de sociedade inspirada na liberdade, igualdade, fraternidade, solidariedade e justiça.

Para instauração de um processo penal condenatório, inadmite-se uma acusação infundada, carente de elementos de convicção e que em tudo aumentaria o drama do indivíduo submetido ao rigor desse processo.

A polícia judiciária pauta sua ação em fortíssima arbitrariedade ao selecionar as pessoas as quais indiciará. É instituição das mais decadentes, rotineiramente denunciada por mortes, extorções, espancamentos, tortura e toda sorte de iniquidades.

O aparelho de repressão que o Estado tem montado é obsoleto e arcaico e deve ser substituído pela moderna tecnologia de investigação.

Os comandos constitucionais da ampla defesa e do contraditório não se coadunam com a sigilação e a inquisitorialidade do inquérito policial justificados por uma lei perversa e autoritária.

Não se pode pretender que os sistemas penais respeitem o princípio da legalidade, da reserva, da culpabilidade, de humanidade e de igualdade, quando é óbvio que estruturalmente estão preparados para os violar a todos.

A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação. Não há nenhum conteúdo ético na atitude de se reprovar alguém se há muitos que fizeram ou praticaram o mesmo injusto.

O sistema penal resulta deslegitimado ante a constatação social de sua operatividade real. O Direito Penal é apenas um discurso para justificar o poder político, sendo em sua essência inoperante.

8 — Bibliografia

- ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. Rio de Janeiro, "Edautor", 1984.
- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte, FDUFG, 1984.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Dos preâmbulos nas Constituições*. Belo Horizonte, FDUFG, 1989.
- . *A nova, a velha, a polícia de sempre*. Belo Horizonte, Fatos da Justiça, 1º de maio de 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília, UnB, 1986.
- COELHO, Daniel. *Interpretação e democracia*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris. A.L.F.E. 1928, T. II.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- LUCHAIRE, François. *De la méthode en droit constitutionnel*. Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger. Paris (2) : 275-329, mars./aver. 1981.
- MARITAIN, Jacques. *Le pouvoir*. Paris, Annales de l'Institut International de Philosophie, 1957.
- . *Princípios de uma política humanista*. Rio de Janeiro, Agr, 1946.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1980, v. II.
- MEIRELES, Cecília. *Escolha o seu sonho*. Rio de Janeiro, Record, s/d.
- MOREIRA, Albertino G. *Noções gerais de direito social*. São Paulo, Saraiva, 1940, v. I.
- NETO, Artur Ribeiro. Para eleitor, justiça significa apenas menos miséria. *Folha de S. Paulo*, 24-9-89, p. B-8.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo, Saraiva, 1981.
- PINTO, Estevam. *Da ação penal privada no processo penal*. Revista dos Tribunais, v. 50, p. 530, julho de 1944.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, UFMG, 1986.
- SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo*. São Paulo, Saraiva, 1988.
- . *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- VARGAS, José Cirilo de. *Processo Penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, FDUFMG, 1991.
- VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade: por uma ordem social — não violenta*. Belo Horizonte, FDUFMG, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro, Revan, 1991.