Temas de Direito Constitucional:

Estudos em Homenagem ao Prof.º Carlos Augusto Alcântara Machado

Ubirajara Coelho Neto
Organizador e Editor
Especialista, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG
Ex. Prof.º do Curso de Direito - UFMG
Ex. Prof.º Adjunto do Curso de Direito - UFRN e UFT
(Graduação e Mestrado)
Prof.º Adjunto II do Curso de Direito - UFS
(Graduação e Mestrado)

Temas de Direito Constitucional:
Estudos em Homenagem ao Prof.º Carlos Augusto Alcântara Machado

Ubirajara Coelho Neto Editor
Aracaju - 2013

© Copyright 2013
Ubirajara Coelho Neto

Catalogação da Publicação na Fonte. UFS / Biblioteca Setorial
Divisão de Serviços Técnicos

Coelho Neto, Ubirajara (Organizador e Editor).
Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao Prof.º Carlos Augusto Alcântara Machado / Ubirajara Coelho Neto (Organizador e Editor). - Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2013.
235 p.
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-905346-4-8.
1. Ativismo Judicial. 2. Concretização. 3. Constitucionalismo. 4. Constitucionalização do Direito. 5. Controle Judicial. 6. Convenção. 7. Correntes Filosóficas. 8. Deficiência. 9. Direito Autoral. 10. Direito Constitucional Contemporâneo. 11. Direito Penal Contemporâneo. 12. Direitos Fundamentais. 13. Direitos Humanos. 14. Eficácia. 15. Filosofia. 16. Fraternidade Constitucional. 17. Hermenêutica Constitucional. 18. Imperatividade. 19. Neoconstitucionalismo. 20. Normas e Princípios Constitucionais. 21. Políticas Públicas. 22. Pós-Positivismo. 23. Seguridade Social. 24. Teoria da Complementariedade. 25. Tratados Internacionais. I. Título.

SE/BS/CCSA CDU 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS - É proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos do autor (Lei n.º 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei n.º 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Aos mestrandos em Direito UFS - Turma 2012-2: Alan Jefferson Santos Varjão, Alexandre Albagli Oliveira, Eunices Bezerra Santos e Santana, Guilherme da Costa Nascimento, Manoel Cabral Machado Neto, Maria Lucia Ribeiro dos Santos, Mariése Garcia C. Rodrigues de Alencar, Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior e Waltenberg Lima de Sá, coautores do presente trabalho.

Ao Graduando em Direito UFS, Yuri André Pereira de Melo, coautor.

Em especial, a Prof.ª Dr.ª Flávia Moreira Guimarães Pessoa (prefaciadora) e ao Prof.º Me. Carlos Augusto Alcântara Machado, homenageado da presente obra.

SUMÁRIO

Apresentação..... IX

Prefácio..... XI

Alan Jefferson Santos Varjão: *A Proposta da Constitucionalização do Direito Como via de Legitimidade para o Direito Penal Contemporâneo*..... 15

Alexandre Albagli Oliveira: *Os Direitos Fundamentais no Estado Moderno: matriz, conteúdo, gerações, dimensões, efeitos e limites*..... 37

Eunices Bezerra Santos e Santana: *O Controle Judicial das Políticas Públicas como Reflexo do Modelo Constitucional Brasileiro*..... 59

Guilherme da Costa Nascimento: *Direito da Seguridade Social e a Constituição*... 79

Manoel Cabral Machado Neto: *Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo: fundamentos teóricos para o controle judicial de políticas públicas*..... 95

Maria Lucia Ribeiro dos Santos: *Da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a sua Recepção com Hierarquia Constitucional*..... 121

Mariése Garcia C. Rodrigues de Alencar: *A Constitucionalização do Direito Autoral no Brasil: efetivação do princípio da função social*..... 141

Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior: *A Constituição Filosófica*..... 159

Waltenberg Lima de Sá: *O Círculo Hermenêutico como Fator de Legitimação da Jurisdição Constitucional*..... 181

Yuri André Pereira de Melo: *Direito Fraterno: novo paradigma Constitucional*..... 201

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho é fruto da seleção e organização dos artigos apresentados em 2012-2, na disciplina "Constitucionalização do Direito", ministrada no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, por este professor.

Tendo em vista a relevante e incontestável contribuição ao magistério superior jurídico, bem como, aos estudos desenvolvidos em Teoria da Constituição e Direito Constitucional, a presente obra é uma justa homenagem ao ilustre colega de magistério, Prof.º Me. Carlos Augusto Alcântara Machado.

O Prof.º Me. Carlos Augusto Alcântara Machado formou-se em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, em 1983.

É Especialista em Direito de Estado pela PUC/SP, Mestre em Direito Constitucional (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará - UFC (1999) e Doutorando em Direito Econômico pela PUC/SP.

Ingressou no Ministério Público do Estado de Sergipe como Promotor de Justiça em 1991, exercendo o referido cargo até o ano de 2010, quando foi promovido por merecimento a Procurador de Justiça.

Atualmente, além de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, também é Professor Efetivo de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes (graduação e pós-graduação).

Tem vasta experiência na área de Direito Público, com especial ênfase em Teoria da Constituição, Hermenêutica Constitucional e Controle de Constitucionalidade.

É autor de três livros jurídicos, com destaque especial aos seguintes: "Mandado de Injunção - um instrumento de efetividade da Constituição" (Atlas) e "Direito Constitucional" (Revista dos Tribunais).

Autor de cinquenta e dois artigos científicos, com dez capítulos de livros publicados, bem como, quinze textos em jornais e revistas.

Aracaju, maio de 2013.

Ubirajara Coelho Neto
Organizador e Editor

PREFÁCIO

O presente livro é o resultado da seleção e organização dos artigos apresentados em 2012-2, na disciplina "Constitucionalização do Direito", ministrada pelo Prof.º Ubirajara Coelho Neto no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

A obra é o segundo fruto do curso a ser publicado em forma de livro, devendo ser destacada a importância do seu organizador e editor, Prof.º Ubirajara Coelho Neto, na criação do mestrado e no seu sucesso. Teve ele fundamental participação no projeto que levou à aprovação do mestrado em Direito da UFS, sendo ainda colaborador de todas as horas. Compenetrado, dedicado, disciplinado e pragmático, muito contribui para a excelência do nosso curso.

Em boa hora a homenagem ao estimado Professor e Procurador de Justiça Carlos Augusto Alcântara Machado, que sempre honrou a Universidade Federal de Sergipe e o Ministério Público Estadual com seus ensinamentos teóricos e sua experiência prática, formando gerações. Ressalte-se que o homenageado é referência nacional em Direito Constitucional, lecionando não apenas na UFS, como em diversas outras instituições de ensino do país. Mais do que isso: um mestre querido por todos, homenageado por diversas turmas que colaram grau nos últimos vinte anos pela UFS!

Deve ser mencionado, ainda, que os autores dos artigos deste livro são alunos da segunda turma do curso, que ingressaram na instituição em 2012. Naquela época, como coordenadora do Mestrado em Direito da UFS, pude acompanhar o desempenho desses alunos, que foram motivo de regozijo para toda a instituição.

No primeiro artigo, Alan Jefferson Santos Varjão aborda "A Proposta da Constitucionalização do Direito Como via de Legitimidade para o Direito Penal Contemporâneo" em que procura analisar as principais características do Direito penal contemporâneo para, a partir daí, denunciar o seu afastamento de suas raízes filosóficas, que permitiram a formação do penalismo moderno.

Já Alexandre Albagli Oliveira publica o artigo "Os Direitos Fundamentais no Estado Moderno: matriz, conteúdo, gerações, dimensões, efeitos e limites" em que aponta que os direitos

fundamentais funcionam como direitos subjetivos e como vetores que legitimam todo ordenamento jurídico, irradiando-se por ele, justificando assim a necessidade do estudo de seu conteúdo e de suas dimensões, gerações, efeitos e limites.

Eunices Bezerra Santos e Santana escreve sobre o "O Controle Judicial das Políticas Públicas como Reflexo do Modelo Constitucional Brasileiro", em que analisa o controle judicial das políticas públicas como reflexo do modelo constitucional analítico, o qual, além de estabelecer um catálogo de direitos e garantias fundamentais, traz instrumentos que possibilitam exigi-los.

Guilherme da Costa Nascimento apresenta artigo sobre "Direito da Seguridade Social e a Constituição" em que busca demonstrar à importância da Seguridade Social, no panorama do modelo constitucional vigente.

Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo: fundamentos teóricos para o controle judicial de políticas públicas é o título do artigo de Manoel Cabral Machado Neto, no qual o autor examina como o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo servem de marcos teóricos na fundamentação do controle judicial de políticas públicas, ressaltando a força normativa da Constituição e o princípio da dignidade humana como argumento na efetivação de direitos sociais, propondo, por fim, a possibilidade do exercício do controle judicial da proposta do orçamento.

Maria Lucia Ribeiro dos Santos escreve o artigo "Da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a sua Recepção com Hierarquia Constitucional" em que discute a nova redação do § 3º, do artigo 5º, da Constituição, focando, especialmente, na hierarquia constitucional da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Mariése Garcia C. Rodrigues de Alencar apresenta "A Constitucionalização do Direito Autoral no Brasil: efetivação do princípio da função social" em que aponta que em decorrência da constitucionalização do direito do criador intelectual, tornou-se imprescindível a efetivação de sua função social, cabendo ao Estado Democrático de Direito essa responsabilidade, em razão de ser ele o Estado concretizador dos direitos e garantias fundamentais.

Por sua vez, Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior escreve sobre a "A Constituição Filosófica" em que aponta que o pleno reconhecimento da Constituição como o texto juridico central do Estado passou por três fases evolutivas fundamentais, as quais são explicadas no artigo: o reconhecimento da força normativa da constituição, a superação do ideário positivista e a reaproximação entre direito e moral.

Já o artigo "O Círculo Hermenêutico como Fator de Legitimação da Jurisdição Constitucional", da autoria de Wanteberg Lima de Sá, inicialmente aborda os diversos conceitos de Círculo Hermenêutico, e em seguida, passa a discorrer acerca da aplicação do referido conceito ao ambiente da interpretação constitucional, de acordo com o viés ontológico da fenomenologia hermenêutica de Heidegger e Gadamer, para finalmente direcionar o estudo às formas de implementação do Círculo Hermenêutico no debate dos temas pela jurisdição constitucional.

Por fim, Yuri André Pereira de Melo apresenta o artigo "Direito Fraterno: novo paradigma Constitucional", em que demonstra que o Direito Fraterno e a Teoria da Complementariedade apresentam-se como novo ponto de partida da Hermenêutica Constitucional, para maximizar a eficácia da Carta Magna em direção a uma interpretação complementar-constitucional dos enunciados normativos.

Exposto brevemente o conteúdo da obra, é com grande prazer que recomendamos a sua leitura a todos aqueles que se interessam pelas discussões mais atuais relativas ao Direito Constitucional e a Teoria da Constituição.

Aracaju, maio de 2013.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju
Professora da Graduação e Mestrado em Direito da UFS

A PROPOSTA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO VIA DE LEGITIMIDADE PARA O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Alan Jefferson Santos Varjão
Bacharel em Direito - UFS;
Mestrando em Direito - UFS.

Sumário: Introdução; 1. O Direito Penal Contemporâneo: da busca por legitimidade a necessidade de resposta prática; 2. A Constitucionalização do Direito Penal: uma promessa de legitimidade para o penalismo de nossos dias; 3. Constitucionalização do Direito e Teoria dos Bens Jurídicos; 4. A Constitucionalização do Direito Penal e a Teoria dos Fins da Pena; 5. O Simbolismo do Direito Penal Contemporâneo que Desafia a Constitucionalização; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Este artigo procura analisar as principais características do Direito penal contemporâneo para, a partir daí, denunciar o seu afastamento de suas raízes filosóficas, que permitiram a formação do penalismo moderno, para se voltar exclusivamente à necessidade de respostas práticas, como resultado de uma falsa Política criminal. Este distanciamento de suas fontes denunciam a grave crise de legitimidade do Direito penal de nossos dias, que nesta situação, utiliza-se de falsos argumentos para justificar o seu uso. Neste cenário, apontamos o fenômeno da Constitucionalização do Direito como via de conferir legitimidade para o uso do poder punitivo nos dias de hoje. Mediante o respeito às normas e princípios constitucionais no momento de criação, aplicação e execução das leis penais seria possível fundamentar o Direito penal, que seria utilizado apenas para garantir a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Todavia, o simbolismo do Direito penal contemporâneo aparece como uma séria barreira a ser superada no sentido de busca por legitimidade.

Palavras-chave: Direito penal contemporâneo; legitimidade; Constitucionalização do direito.

Abstract: This paper intends to analyse the main features of the Contemporary Criminal law and, from that point, evidence the distance from its original bases, that allowed the creation of the Modern Criminal Law that now turns only to the necessities of pratical answers, as a result of a false criminal politic. This distance from the main bases evidence the big crisis of legitimacy of the Contemporary Criminal Law that, in this situation, uses false arguments in order

to justify its utility. In this scenario, we point the Law Constitutionalisation process as a way that gives legitimacy for the use of the punishment power. This process is known from the respect of the standards and principles of the constitution in the moment of cration, application and execution of the criminal rule, that would be used only for the protection of the main constitutional rights. However, the symbolism of the Criminal Law is a is a serious obstacle that we need to beat in order to give legitimacy for our Criminal Law.

Keywords: Contemporary Criminal Law; Legitimacy; Law Constitutionalisation.

INTRODUÇÃO

O sistema de garantias que serve como base para os ordenamentos jurídicos modernos foi concebido pela Filosofia Iluminista, e serviu como fonte de legitimação do poder de punir do Estado durante muito tempo. Nestes sistemas, predominou uma imagem do Direito penal que, graças a política o Iluminismo, foi caracterizada pela atenção aos perigos representados pelo Estado no momento de restringir a liberdade dos cidadãos.

A legitimidade do Direito penal era determinada pelo respeito por parte do legislador a um conjunto de garantias individuais: reserva legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, direito de calar-se e recusar-se a depor em certas ocasiões, revisibilidade das decisões, *in dubio pro reo* etc.

A invocação a esses princípios garantistas não podia ser restringida apenas ao momento de criação do legislador penal, devendo ser a fonte da argumentação também no momento de verificação do delito, ou seja, na fase de cognição processual. Para os ordenamentos jurídicos modernos somente um Direito penal garantista poderia ser considerado legítimo, e somente um objetivo deveria ser perseguido: a proteção de interesses humanos fundamentais (bens jurídicos). Não há espaço para a atuação do poder punitivo sem o fim de garantir a proteção, ou mesmo reparação, de um bem jurídico lesado.

Nesta escolha de interesses fundamentais deve haver o questionamento a respeito da essencialidade de determinados valores para a sobrevivência da comunidade humana. É assim que se protegem a vida, a liberdade, a integridade física, a fé pública, o patrimônio etc.

Por trás da aceitação deste sistema de garantias, sem dúvida, está a teoria de um contrato social, que estabelece o respeito máximo ao princípio da legalidade, pois a renúncia mútua à liberdade absoluta por parte dos cidadãos só faz sentido mediante uma atuação estatal que se destine, exclusivamente, a garantir a manutenção das liberdades contempladas no contrato social. Não pode haver uso do poder punitivo fora da legalidade fundamentada pelo contrato social. Como consequência, os ordenamentos deveriam definir claramente o alcance do Direito penal, por meio de uma previsão legal para as condutas criminosas.

Esta condição é a premissa máxima para o uso do Direito penal. O princípio da reserva legal, para a concepção de um sistema garantista, é fielmente descrito por Ferrajoli:

> [...] o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. [...] o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito. (FERRAJOLI, 2006, p.38)

A contribuição do Iluminismo no campo das justificativas filosóficas de punição também não pode ser subestimada. Voltaire (1694-1778), o barão de Montesquieu (1689-1755), Jeremy Bentham (1748-1832), entre outros, desafiaram as práticas penais de seus dias e as suas fundamentações no momento de definir a pena. Estes pensadores foram fortemente influenciados pela ideia de estabelecer uma consequência racional para o delito. A única razão para a punição é proteger a sociedade e os interesses individuais fundamentais pela prevenção da criminalidade futura, ao invés da irracional busca por vingança ou exibição do poder esmagador do rei.

Os pensadores Iluministas argumentaram que a punição só devia resultar de violações do direito, não de preceitos puramente religiosos, e que o crime deveria ser distinguido do simples pecado. A Filosofia Iluminista criticou fortemente o uso da pena por violações de cerimônia religiosa ou dogma.

Da mesma forma, também atacou as punições mais leves infligidas à aristocracia e as sentenças arbitrárias proferidas por juízes com critérios indefinidos, exigindo-se a motivação, ou mesmo uma espécie de dosimetria no momento de estabelecer a pena. Para ser eficaz, segundo os pensadores Iluministas, a definição da pena deveria ser rápida e não poderia ser arbitrária.

Este cenário foi durante muito tempo o grande argumento a favor do Direito penal para fins de legitimidade. No entanto, desde o surgimento da Filosofia Iluminista não se tem visto argumentos que são suficientes para fundamentar o modelo contemporâneo de Direito penal.

Pelo contrário, temos presenciado retrocessos em suas teorias, ocorrendo um distanciamento das bases Iluministas, que cedem lugar para a contemplação de um Direito penal voltado para a prática e para a solução de problemas sociais que nada tem a ver com a essência do próprio Direito penal.

Assim, a busca por uma legitimidade do Direito penal contemporâneo é deixada de lado em nome da urgência de respostas práticas, caracterizada pela ausência de alternativas que possam substituir o Direito penal.

O propósito deste artigo é colocar em evidência este distanciamento do Direito penal de suas raízes filosóficas, em um cenário caracterizado pela falsa ideia de que a práxis penal supera qualquer necessidade por busca de fundamentação. Este falso argumento é simplesmente uma consequência do simbolismo do Direito penal contemporâneo, que esconde sua verdadeira função nos nossos dias.

Neste cenário de crise, analisaremos ainda o fenômeno da Constitucionalização do Direito, que, em Direito penal, se apresenta como uma via de delimitação da validade e do sentido das normas penais, conferindo, assim, legitimidade pelo respeito aos princípios contidos na Constituição.

1. O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: da busca por legitimidade à necessidade de resposta prática

O grande argumento daqueles que ignoram a crise de legitimidade do Direito penal atual é o da falta de alternativas que possam substituí-lo

diante da necessidade de respostas para os problemas sociais. Para estes, a resposta no âmbito de práxis penal é muito mais importante do que a busca por ideias filosóficas que possam ser capazes de fundamentar os novos mecanismos que caracterizam o Direito penal de nossos dias.

O nosso Direito penal esgotou as bases modernas de fundamentação, sem, no entanto, abrir mão dos velhos argumentos no momento de tentar se justificar. "As tendências que caracterizam o Direito penal clássico caracterizam também sua nova versão, mas elas se desprenderam de seu contexto." (HASSEMER, 2003, p. 249)

Na verdade, o que vemos é uma tentativa desesperadora de adequação do Direito penal aos problemas atuais da comunidade, em um movimento caracterizado pelo aumento do processo de criminalização e pelo aumento das penas cominadas.

O Direito penal atual não é sustentado em nome da preservação dos sistemas de garantias como forma de proteger interesses humanos fundamentais, mas sim pelo fato de supostamente ser o único instrumento capaz de garantir a ordem e a defesa da sociedade diante dos problemas atuais: ataques ao ambiente, violência, intolerância, drogas, corrupção, inversão de valores, informatização, terrorismo etc.

Neste aspecto, podemos delimitar as principais características do Direito penal contemporâneo: proteção de bens jurídicos abstratos, falsa prevenção, tipificações exageradas, arbitrariedade no exercício de poder, seletividade pela falta de capacidade operacional, uso dos velhos argumentos garantistas como tentativa de se justificar, renúncia à legalidade de importantes segmentos, prevenção e orientação para as consequências.

Não podemos negar que uma das questões mais controvertidas em matéria penal para o legislador de nosso tempo é a forma de superar a pressão da opinião pública por respostas em Política criminal, sem deixar evidente o caráter de impotência da lei penal para resolução de questões sociais. Esta questão é de especial relevância para a denúncia da crise do Direito penal contemporâneo, pois não há como negar, pela análise empírica dos acontecimentos, que os problemas sociais estão longe de ser resolvidos pela utilização da via punitiva.

Pressionado pela urgência de respostas em Política criminal, o legislador penal mergulha no abismo da criminalização desenfreada,

criando novos tipos penais sem qualquer relação com a tutela específica de bens jurídicos fundamentais.

Nessa gigantesca onda de criminalização, o legislador penal contemporâneo só mostra o tamanho da crise de legitimidade, pois aumenta a evidência do caráter simbólico do Direito penal atual, que é incapaz de cumprir aquilo que se propõe, ou seja, o próprio sistema penal, formado pelos órgãos judiciais e executivos, não é capaz de processar, julgar e executar os casos tipificados pelo Direito penal.

Neste sentido, o professor Zaffaroni já denunciava:

> A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças etc. fossem concretamente criminalizadas, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado. (ZAFFARONI, 1991, p. 26)

Diante desta incapacidade operacional de cumprir fielmente o programa tipificado pelo Direito penal, os órgãos do sistema penal exercem o poder punitivo de forma arbitrária, deixando escapar uma série de condutas criminosas. A seletividade é, sem dúvida, uma das principais características da falta de legitimidade do Direito penal contemporâneo.

O legislador penal, ao inflacionar as hipóteses de condutas criminosas, só aumenta a atuação seletiva do sistema penal que, diante da impossibilidade concreta de efetivar o programa do Direito penal, escolhe as condutas que devem entrar para a contabilidade do sistema penal.

Neste processo seletivo para nutrir a falsa importância prática do Direito penal, as principais vítimas do poder punitivo são representadas por indivíduos que pertencem aos menores estratos sociais. Retomando a ideia da criminologia positivista, que considerava a criminalidade como sendo atributo de uma minoria de indivíduos socialmente perigosos (loucos, feios, negros, pobres etc.), a arbitrariedade do exercício de poder se dirige aos setores mais vulneráveis, deixando impune um grande setor representado principalmente pelos indivíduos dos estratos sociais

superiores. Os crimes políticos, de corrupção, *white collars* etc. representam muito bem este fenômeno.

Ainda sobre esta característica marcante, Zaffaroni assinala:

> A seletividade estrutural do sistema penal, que só pode exercer seu poder repressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas, é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm o "espaço legal" para exercer o poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem. (ZAFFARONI, 1991, p. 27)

Além do arbitrário uso do poder punitivo de forma seletiva, por meio da farsa da criminalização exagerada, o legislador ainda permite que o próprio Direito penal renuncie à legalidade, deixando espaço para uma atuação de poder ilegal por parte dos órgãos executivos. Em resumo, ocorre a criminalização do desnecessário, que representa uma reduzida parte da realidade.

Aproveitando-se da ideia garantista que confere um caráter fragmentário ao Direito penal, o legislador escolhe as condutas que supostamente seriam mais graves, ignorando importantes esferas que sofrem o controle social do órgão executivo, à margem de qualquer legalidade.

Assim, renunciando a inserção no programa normativo de importantes matérias, o legislador penal exclui de seu alcance as instituições manicomiais, a tutela dos menores, dos anciões, o conteúdo das contravenções etc. O Direito penal possibilita um enorme espaço para o exercício de poder dos órgãos executivos que, além de ilegítimo, é ilegal, caracterizando-se pelo total desrespeito as supostas garantias concebidas pelo Direito penal.

A atuação ilegítima do nosso Direito penal conta, ainda, com a ajuda de um instrumento muito hábil e eficiente capaz de introduzir as ideologias necessárias para a manutenção do exercício de poder punitivo: a veiculação de assuntos penais por meio da mídia.

Os meios de comunicação representam um elemento essencial para a permanência de um Direito penal sem fundamentação filosófica. "Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores". (ZAFFARONI, 1991, p. 128)

Esta influência da mídia é responsável pelo sentimento paradoxal de insegurança e justiça, que faz com que a sociedade vibre com a atuação dos órgãos policiais e com as notícias de violação de direitos em nome de uma necessidade de esclarecimento de condutas criminosas. A televisão nutre sua grade com programas policiais importados de outros países, introjetando de forma inconsciente a violência e a crença na capacidade operacional dos órgãos executivos. "O sentimento de falta de segurança da população em razão da simples dúvida quanto à ineficácia tutelar de todo este aparato é enorme, já que atinge um plano psicológico muito profundo." (ZAFFARONI, 1991, p. 129)

A mídia evidencia os principais problemas sociais, defendendo a falsa premissa de que o os órgãos executivos são capazes de resolver a criminalidade simplesmente pelo controle social e uso de poder. As câmeras se voltam para jovens delinquentes, para a crise das drogas, para o terror da violência urbana, para as mega operações dos órgãos policiais etc.

Os números acentuados na violência juvenil aumentaram a sensação de risco experimentado por aqueles que vivem e trabalham em áreas urbanas e contribuiu fortemente para a generalização do medo da criminalidade em geral. Este medo deriva, além do próprio problema em si, do sensacionalismo dos órgãos de comunicação. A ansiedade do público se estende além dos seus medos para segurança pessoal para incluir preocupações sobre uma ruptura irreparável do contrato social.

Talvez, muitos possam defender a utilidade do Direito penal contemporâneo, mas a sustentação desta ideia passa longe de ter como fundamento as premissas da Filosofia Iluminista. Somente um Estado em crise, diante de falhas estruturais no âmbito de educação, saúde, economia, política etc. pode encontrar no Direito penal as melhores ferramentas para resolver problemas sociais.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: uma promessa de legitimidade para o penalismo de nossos dias

Paralelamente ao distanciamento do Direito penal contemporâneo de suas bases Iluministas, temos presenciado um fenômeno que se propõe a servir de fundamento para a atuação do poder de punir: a

Constitucionalização do Direito. Trata-se aqui de considerar a influência da força normativa das normas constitucionais em todo o sistema jurídico.

Os princípios e valores contidos na Constituição servem como fonte de sentido para a criação e interpretação das normas infraconstitucionais. O Direito, por este fenômeno, encontra seu fundamento de validade e legitimidade no respeito à Constituição. Os princípios constitucionais subordinam a atuação do legislador infraconstitucional e a interpretação do órgão judiciário, que passa a controlar a constitucionalidade das normas criadas.

Um sistema legal em regime constitucional deve ter consequências reais e palpáveis nos diversos ramos do Direito, especialmente no campo do Direito penal, já que esta é a forma mais agressiva que o Estado possui para ordenar o comportamento das pessoas. O uso do Direito penal com previsão constitucional exige o respeito a algumas limitações, especialmente porque o conjunto de princípios constitucionais penais retoma o modelo de garantias clássicas, que tem como elemento principal a legalidade.

Muitas constituições modernas contêm regras e princípios relativos ao Processo penal e Direito penal. Poderíamos até mesmo dizer que a própria ideia de uma Constituição foi concebida a partir dos conflitos sobre processo penal. A experiência da prisão arbitrária alvo de ataque da Filosofia Iluminista foi um dos momentos motivadores da regra geral de limitação do poder de punir consagrado em um documento público e escrito.

Um olhar mais atento ao fenômeno da Constitucionalização revela duas características gerais das normas constitucionais relativas ao Direito penal. Em um primeiro aspecto, as normas constitucionais têm um significado negativo, ou seja, proíbem o Estado de punir. Mesmo se elas contêm deveres do Estado como prender um determinado indivíduo, esses deveres são apenas parte de um direito negativo: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada de autoridade competente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória etc.