

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

JOSÉ GERALDO GOMES

**A PERENIZAÇÃO DOS REGISTROS CRIMINAIS DOS
INOCENTADOS PELA JUSTIÇA: UMA ABORDAGEM À LUZ
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA
2011

JOSÉ GERALDO GOMES

**A PERENIZAÇÃO DOS REGISTROS CRIMINAIS DOS
INOCENTADOS PELA JUSTIÇA: UMA ABORDAGEM À LUZ
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora no Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, sob orientação do Prof. Dr. **DAURY CESAR FABRIZ**, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

VITÓRIA

2011

JOSÉ GERALDO GOMES

**A PERENIZAÇÃO DOS REGISTROS CRIMINAIS DOS
INOCENTADOS PELA JUSTIÇA: UMA ABORDAGEM À LUZ
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em 18 de Novembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. DAURY CÉSAR FABRIZ – Orientador.

Prof. Dr. ALOISIO KROHLING - FDV

Prof. Dr. MÁRIO LÚCIO QUINTÃO SOARES – UFMG/PUCMG

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente à Faculdade de Direito de Vitória, na pessoa de seus ilustres diretores e corpo administrativo, aos seletos professores e à coordenação do programa de mestrado, pelos sábios ensinamentos. À incansável Juliana Sartório, fonte de competência e polidez no trato com os alunos. O nosso reconhecimento e admiração.

Ao mestre e amigo Professor PAULO ROBERTO ULHOA, grande incentivador e responsável por esta conquista. Aos colegas do mestrado e do magistério das Faculdades Novo Milênio e São Geraldo, meu reconhecimento pessoal.

Ao Prof. Dr. DAURY CÉSAR FABRIZ, além de iluminado professor, orientador neste trabalho e amigo das horas difíceis vividas durante a jornada que ora se finda.

Aos demais professores que doaram parte de seus preciosos tempos e conhecimentos, preocupados com o nosso aprendizado, a eterna gratidão. Saibam que pessoas desse quilate fazem a diferença, pois, se destacam na nobre tarefa tendente ao desenvolvimento do país e dos povos.

Profª Drª ADA PELLEGRINI GRINOVER;

Prof. Dr. ADRIANO SANT'ANA PEDRA;

Prof. Dr. ALOISIO KROHLING;

Prof. Dr. ANDRÉ FELIPE PEREIRA REID SANTOS;

Prof. Dr. CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE;

Profª Drª CAROLINA BONADIMAN ESTEVES;

Prof. Dr. DAURY CÉSAR FABRIZ;

Profª Drª ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER;

Profª Drª GISLENE PASSON PICORETTI FRANCISCHETTO;

Prof. Dr. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE;

Profª Drª PAULA CASTELLO MIGUEL;

Prof. Dr. SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR.

DEDICATÓRIA

À dedicada esposa e amiga ERENILDA COIMBRA GOMES, às nossas queridas filhas Lysânea Coimbra Gomes Caçador e Lyssandra Coimbra Gomes, pela compreensão e carinho, fundamentais à realização desta tarefa.

“Ao lado da demora, o custo e os percalços gerais que atravancam o itinerário processual localizam-se dentro desse quadro de negação da humanidade que decorre da negação da Justiça. A Justiça cara, a Justiça inacessível ao trabalhador é um arremedo de Justiça, é uma hipocrisia com nome de justiça (com “j” minúsculo). Só merece ser grafada com maiúscula a Justiça que corporifica o mais fundamental dos Direitos Humanos, a Justiça que é Justiça para todos, a Justiça que socorre os fracos no enfrentamento da arrogância do forte, a Justiça que está à disposição do pobre, do órfão, da viúva, dos sem-terra, dos sem-teto, dos sem-nome, dos sem-poder.”

(João Baptista Herkenhoff)

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BIC	Boletim de Identificação Criminal
Ccrim	Câmara Criminal
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
Des.	Desembargador
DJ	Diário da Justiça
DJU	Diário de Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
FAC	Folha de Antecedentes Criminais
FDV	Faculdade de Direito de Vitória
HC	Habeas Corpus
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
INFOSEG	Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização.
LEP	Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/84)
Min.	Ministro
Pet.	Petição
Rel.	Relator
Resp.	Recurso Especial
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
ROMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
Secrim	Seção Criminal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RESUMO

Busca-se conhecer a hermenêutica constitucional, especificamente no que tange às normas relacionadas aos direitos fundamentais, com o escopo de identificar possível violação de direitos da personalidade, sobretudo a dignidade humana, diante da perenização dos registros criminais do indivíduo que, embora tenha sido indiciado em inquérito policial ou submetido a processo-crime, comprova sua inocência perante a justiça. Necessário interpretar e investigar o alcance das normas contidas nos artigos 1º, III e IV; 5º, III, X e XIII da CF; 93 do CP; 20 e 748 do CPP, bem assim, o artigo 202 da LEP para finalmente entender a (des) necessidade da perpetuação dos antecedentes criminais em face da comprovada inocência. Vislumbra-se, a priori, ofensa a direitos fundamentais inerentes à dignidade humana, no tocante ao art. 5º, III, CF, posto que ninguém será submetido a [...] “tratamento degradante”. O inciso X tutela a imagem, a intimidade e a vida privada do indivíduo. O art. 1º, III declara como fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, “a dignidade da pessoa humana”, e inciso IV, “os valores sociais do trabalho”. Na hipótese de identificar lesão a direitos fundamentais, investigar a posição dos tribunais pátrios a respeito da matéria, objetivando encontrar juridicamente, a possibilidade de exclusão dos dados cadastrais do inocente, como forma de reparação de dano por parte do poder público em detrimento do cidadão. Argumenta-se da existência e validade do Direito Fundamental ao Esquecimento, como legitimação para afastar os inocentados do elenco criminal dos órgãos de controle social do Estado. Utiliza-se o método dialético, ancorado em pesquisa bibliográfica, levantamento de publicações avulsas, artigos jurídicos, livros, monografias e dissertações sobre temas correlatos, pesquisas jurisprudenciais e votos do STF e STJ. O Estudo está estruturado em quatro capítulos. O primeiro, sobre os direitos fundamentais. O segundo, sobre o direito de investigar e punir do Estado, com suas limitações legais. O terceiro sobre o direito fundamental ao esquecimento, e o quarto, sobre a perenização dos registros criminais de pessoa não condenada pela justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Antecedentes Criminais. Perenização. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

We seek to meet the constitutional hermeneutics, specifically regarding the rules relating to fundamental rights, with the aim of identifying possible violation of personal rights, especially human dignity, on the perpetuation of the criminal records of individuals who despite being indicted in the police investigation or subject to criminal proceedings, prove your innocence before the courts. Necessary to interpret and investigate the scope of the rules contained in Articles 1, III and IV, 5, III, X and XIII of the Constitution, 93 CP, 20 and 748 of the CPP, as well as Article 202 of the LEP to finally understand the (un) necessary to the perpetuation of the criminal in the face of proven innocence. Sees itself, a priori, an offense against the fundamental rights of human dignity, with respect to art. 5, III, CF, since no one [...] "shall be subjected to degrading treatment". The protection item X image, intimacy and privacy of the individual. Art. 1, III states as the foundations of the Federative Republic of Brazil, among others, "the dignity of the human person" and section IV, "the social values of work". In the event of injury to identify fundamental rights, investigate the position of the courts of their ancestors on the matter, trying to find legally, the possibility of exclusion from registration data of the innocent, as a way to repair the damage by the government at the expense of citizens. We argue the existence and validity of the fundamental Right to oblivion, as legitimacy to rule out the cast acquitted of criminal social control bodies of the state. We use the dialectical method, grounded in research literature, loose collection of publications, legal articles, books, monographs and dissertations on related topics, polls and votes of the Supreme Court case Law and Supreme Court. The study is structured in four chapters. The first, on fundamental rights. The second, on the right to investigate and punish the state, with its legal limitations. The third, on the fundamental right to oblivion. The fourth on the perpetuation of criminal records of unconvicted justice.

KEY-WORDS: Criminal Background. Perpetuation. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
1.1 REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS À EXISTÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
1.1.1 Surgimento dos Direitos Fundamentais	26
1.1.2 Os Direitos Fundamentais no Brasil.....	33
1.1.3 O Aparato Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira.....	37
2 O DEVER DE INVESTIGAR E PUNIR DO ESTADO E SEUS LIMITES	51
2.1 O ESTADO, PODER E DEVER	51
2.1.1 O Direito Como Limite ao Poder	54
2.1.2 O Poder Punitivo e o Processo	62
2.1.3 A Fase Preliminar da <i>Persecutio Criminis</i>	68
3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO	72
3.1 HISTÓRIA, HISTORICIDADE e MEMÓRIA.....	72
3.1.1 O Esquecimento Como Direito Inominado	79
3.1.2 A Dignidade da Pessoa Humana.....	85
4 A PERENIZAÇÃO DOS REGISTROS CRIMINAIS	88
4.1 DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DO INDICIADO.....	88
4.1.1 Da (im) Possibilidade de Exclusão dos Registros Criminais	93
4.1.2 A Posição dos Tribunais Brasileiros.....	100
4.1.3 Impossibilidade de Cancelamento de Registros Criminais.....	103
4.1.4 Possibilidade de Cancelamento de Registros Criminais	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar as consequências jurídicas advindas da manutenção por tempo indeterminado em arquivos policiais, dos registros decorrentes de investigações sobre pessoa que, embora indiciada em inquérito ao argumento da prática ou participação em uma ilicitude penal, resulta em absolvição do agente; extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, ou qualquer outra causa; ou mesmo pela possibilidade do titular do direito de ação em promover o arquivamento das peças informativas pertinentes.

A existência e perenização desses dados, na prática, proporcionam o seu uso para informações indesejáveis e não raro prejudiciais ao cidadão, mormente quando inscrito em concurso público sujeito a investigação de conduta, como vem ocorrendo com frequência nos dias atuais.

Impertinente descuidar que desde 05 de outubro de 1988 encontra-se em vigor, moderno e democrático ordenamento constitucional no Brasil. O texto vigente está sedimentado em novo momento político inserido na sociedade brasileira e, portanto, apresenta diversos princípios inerentes aos direitos fundamentais até então desprestigiados pelas cartas anteriores, sobretudo a de 1967 e sua reforma de 1969.

Com maior prestígio, o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre tantos outros, acabam por colidir com determinados diplomas legais editados durante o regime ditatorial, a exemplo da lei 5.250/67 (lei de imprensa), recentemente invalidada pelo STF pela ADPF nº 130, que não reconheceu a sua recepção pela nova ordem constitucional. Além de textos infraconstitucionais, determinados procedimentos na rotina policial, gestados em conformidade com ideologias fascistas do Estado Novo, também se apresentam incompatíveis com as garantias fundamentais dos nossos tempos.

O banco de dados ou registros cadastrais da pessoa condenada ou não, é um exemplo de possível colisão procedimental com os princípios norteadores dos direitos humanos inseridos na vigente Constituição brasileira. Isto porque o sistema de índole policialesco exige a manutenção de bancos de dados por prazo indeterminado, ainda que comprovada a inocência do investigado.

A existência desses cadastros sobre crimes e criminosos, de um lado tem uma função social relevante sob vários aspectos, incluindo-se os estatísticos que orientam na formulação de políticas públicas de prevenção criminal e tratamento do criminoso. Outro ponto importante diz respeito ao instituto da reincidência, que deve ser levado em consideração pelo juiz no momento de aplicação da pena e sua dosimetria ao se estabelecer a pena-base.

Visto sob outro ângulo, a manutenção dos registros criminais *ad aeternum* pode se mostrar afrontosa à dignidade da pessoa humana do investigado, em diversas situações fáticas, sobretudo quando acaba absolvido da imputação que lhe é dirigida, ou ainda, quando sequer tem contra si a propositura da respectiva ação penal.

O mero indiciamento do suposto violador da norma penal origina as incidências alusivas, em tese, que no plano apuratório pode resultar em formal acusação, com o oferecimento de denúncia ou queixa e assim, instaura-se a ação penal, podendo culminar em condenação, se a prova for robusta, ou em absolvição, por insuficiência ou ausência de provas.

Outra hipótese se afigura com o provimento judicial de que o acusado não é o autor ou partícipe da infração. Por fim, encerrada a instrução criminal, pode-se concluir, pelo conjunto probatório, que o acusado agiu sob o amparo de alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Nos três casos, impõe-se absolvição.

Diante do exposto, pretende-se analisar as consequências jurídicas e sociais, na perspectiva de possível violação de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana que por algum incidente em sua vida, ainda que involuntário, tenha sido indiciada em inquérito policial, cujos registros são inseridos em bancos de dados estatais sem expectativa, *a priori*, de exclusão.

A problematização nuclear da pesquisa exige reflexão e o seguinte questionamento: a manutenção perpétua dos registros criminais de pessoa não condenada afronta direitos fundamentais inerentes à dignidade humana? Urge, pois, perquirir, à luz da teoria dos direitos fundamentais, eventual colisão de normas principiológicas e a técnica adotada para a sua resolução, objetivando possível resposta ao término da pesquisa.

À *prima facie*, nos parece crer que a ressocialização da pessoa condenada em processo penal é importante e desejada pela sociedade. Para tal, torna-se necessário que o Estado desenvolva políticas públicas assertivas nessa reinserção dos sujeitos. Neste aspecto vale ressaltar o direito fundamental ao esquecimento por parte do Estado em relação ao indivíduo, como forma de reconhecer a não condenação na perspectiva de inclusão social, posto que excluído simbolicamente, ou faticamente a partir do momento em que incorpora o estigma típico do processo penal.

Trata-se de tema social e juridicamente relevante sob a ótica dos direitos humanos fundamentais e, por isso mesmo, merecedor de estudo crítico, vez que a análise sobre a temática em tela tem como alvo, procedimento estatal que prestigia resquício calcado na teoria ditatorial anterior ao vigente ordenamento constitucional.

Hipoteticamente, vislumbra-se violação aos direitos da personalidade humana, no que tange à dignidade, à imagem, à honorabilidade, refletindo sobremaneira no direito social ao trabalho, a inscrição dos nomes e demais dados pessoais do indivíduo que respondeu a inquérito policial ou ação penal culminando em absolvição definitiva, arquivamento dos autos do inquérito ou peças de informações

pertinentes, ou depois de extinta a punibilidade, o que carecerá de estudos comparativos e críticos, objetivos seguidos ao longo do presente texto.

Objetiva-se, portanto, avaliar, à luz do sistema constitucional vigente, compatível com o Estado Democrático de Direito, os fundamentos da manutenção *ad aeternum* em banco de dados de registros criminais relativos às pessoas que não forem irrecorrivelmente condenadas.

Analisar as consequências jurídicas, sociais e familiares do funcionamento dessas bases de dados nas condições alhures mencionadas, em detrimento da imagem, da honra, da vida privada e da intimidade do sujeito, nomeadamente no que tange à sua exclusão do exercício e gozo dos direitos ao trabalho em determinados postos da vida pública.

Analisar eventuais antinomias entre normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais, para, a partir daí, inferir-se o grau de garantismo do referido sistema, ou seja, o grau de efetividade da norma constitucional.

Avaliar o alcance pretendido pelas normas dos artigos 20 parágrafo único e 748 do CPP, 93 do CP, e 202 da Lei 7.210/84 (LEP), no contexto da realidade político-social em que se manifesta frente ao caso concreto, bem assim, a questão principiológica de direitos fundamentais violados.

O marco teórico que dará sustentação à pesquisa é a Teoria do Garantismo Penal defendida pelo seu maior expoente, Luigi Ferrajoli, *in* Direito e Razão, com suporte constitucional em José Joaquim Gomes Canotilho, em Teoria da Constituição, Herrera Flores em sua Teoria Crítica dos Direitos Humanos e Robert Alexy, com sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

Embora adepto ao juspositivismo de tradição kelseniana, Ferrajoli desenvolveu a teoria garantista como instrumento apto a enfrentar o descompasso existente entre a validade formal e a substancial das leis, nomeadamente o conteúdo constitucional no plano da fundamentalidade das normas e a realidade vivida na prática. Acreditando na sua eficácia o citado autor ampliou seu modelo teórico garantista, até então, restrito à esfera penal, às demais áreas ou ramificações do Direito, com aplicação de seus pressupostos e a mesma matriz conceitual e metodológica.

Logo, seu interesse maior reside em elaborar um sistema geral do garantismo jurídico, ou seja, a construção das colunas mestras do Estado de Direito, que têm por fundamento e finalidade a tutela das liberdades individuais frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder.

As Constituições do Século XX reconheceram outros direitos fundamentais e suas garantias, além dos direitos de liberdade inseridos no Estado de Direito pela tradição liberal. O garantismo acaba por ser determinante na releitura dos conceitos de constitucionalismo, substancializando-os.

A validade das leis infraconstitucionais tem como paradigma essencial as normas constitucionais, de modo a não admitir lesão a direitos fundamentais, ou ameaça de lesão a tais direitos, ainda que sob a égide de regras jurídicas ou decisões judiciais contrárias ao texto maior.

Tutelar os direitos fundamentais constitui o fundamento e objetivo central do garantismo. Nesse contexto garantista, busca-se ponto de apoio na argumentação jurídica defendida por Robert Alexy, considerando-se que referido autor, na lógica da otimização do procedimento discursivo, estuda as normas de direitos fundamentais e elabora a teoria dos princípios, concluindo que o ordenamento jurídico é composto por normas que se dividem em regras e princípios, sendo estes mandados de otimização que têm uma relação de prioridade *prima facie*.

O garantismo pode ser visto como uma opção para concretização do modelo substancialista do Direito. Ferrajoli e Alexy formularam teorias voltadas ao Estado constitucional, sendo o procedimento argumentativo apoiado na razão prática.

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, presta enorme contribuição no campo constitucional, prestigiando a terminologia: “novos constitucionalismos” e “novos desenhos” para as instituições políticas conduzindo ao repensar os problemas de Direito Constitucional, não desprezando a estrutura de sua obra, a finalidade de fornecer uma abordagem acadêmica dos principais tópicos de Direito Constitucional. Cuida do paradigma normativo, justificando o recurso à teoria e à dogmática.

O aporte oferecido por Joaquín Herrera Flores, em sua obra “Teoria Crítica dos Direitos Humanos”, surge como oposição ao imenso poder que adquiriram as teorias dogmáticas no último terço do século XX. Aponta para a efetiva implantação dos direitos humanos no mundo contemporâneo, em face da ambiguidade original: se por um lado, a esperança de encontrar um mínimo ético e jurídico que garanta igualmente o resultado das lutas sociais pela dignidade da pessoa humana, por outro, o descumprimento sistemático de tais garantias, por parte do poder político.

Um paradoxo se estabelece, nem só no dizer de Herrera Flores, mas no nosso cotidiano, quando em nome das liberdades públicas e bem estar social, incluindo-se a segurança pública, o próprio Estado insere quebra da paz e outras violações de direitos fundamentais, a exemplo do que se pretende investigar neste contexto. E justamente aqui reside a complexidade dos direitos que a Teoria Crítica está empenhada em expor, analisando os fundamentos filosóficos, conceituais e políticos que sustentam, ainda que inconscientemente, o estrabismo contextual da contradição e da indignidade.

A metodologia empregada será a pesquisa bibliográfica. O método proposto, o dialético, conforme a concepção marxista de Roberto Lyra Filho (1999), o qual propõe que, “para uma concepção dialética do Direito, teremos de rever, antes de

tudo, a concepção dialética da sociedade, onde o Estado e o Direito estatal são, a bem dizer, elementos não desprezíveis, mas secundários”.

Busca-se no processo histórico-social o aspecto peculiar na práxis policialasca como algo que surge na vida guardando a acidez autoritária e violadora de direitos fundamentais, antecedentes a 1988.

O trabalho está sedimentado em quatro capítulos, à saber: no primeiro, sob a rubrica “Teoria dos Direitos Fundamentais”, se atenta para um tratamento geral sobre direitos humanos, em suas diversas dimensões, em especial, os requisitos imprescindíveis à existência dos direitos humanos; o surgimento dos direitos fundamentais de modo geral e os direitos fundamentais no Brasil. Cuida ainda do estudo sobre o aparato internacional de proteção dos direitos humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil.

No segundo capítulo, destaca-se a temática relativa ao “Dever de Investigar e Punir do Estado e seus Limites”, observando o Direito como limite ao poder. Nesse sentido, observa-se o poder punitivo e o processo, não se descurando da fase preliminar inquisitorial da *persecutio criminis* com suas nuances, daí derivando a identificação criminal do imputado.

O terceiro capítulo fica reservado ao estudo do “Direito Fundamental ao Esquecimento”, direitos não enumerados, ou inominados. Numa subdivisão priorizou-se a investigação em torno do direito fundamental ao esquecimento por parte do Estado, como limite à perenização aos registros criminais daquele que foi inocentado pela justiça. Portanto, necessário uma breve passagem pelo estudo conceitual da história, historicidade e memória. Por fim, o esquecimento como direito fundamental inominado, ancorado implicitamente em várias disposições legais vigentes.

O quarto capítulo, núcleo da pesquisa, destina-se à discussão acerca da “Perenização dos Registros Criminais do Indiciado”. Pesquisa-se sobre a práxis da identificação criminal e seus métodos: Datiloscópico, de Vucetich e Antropometria, de Bertillon, conhecida como “Bertillonage”. As hipóteses determinantes e as proibições constitucionais e legais da identificação. Dos órgãos estatais incumbidos dessa tarefa, e difusão aos bancos de dados do poder público, SECRIM e REDE INFOSEG. Debate-se quanto à possibilidade ou não da exclusão dos antecedentes da pessoa inocentada pela justiça, à vista da posição dos tribunais brasileiros, com ênfase, o STJ.

1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da impossibilidade do divórcio entre Direito e Política, com maior razão, a temática “direitos fundamentais” matém estreitos laços com a política, que se expande por todos os quadrantes da vida no planeta, não raro com imposições de lutas, revoluções, guerras civis e tantos outros eventos de ruptura. Vale ressaltar que “a lista de pessoas que lutaram reivindicando direitos é extensa e a historiografia de qualquer país relata inúmeras mortes em nome da liberdade e da igualdade”.¹

Com razão tais direitos despertam calorosas e sentimentais discussões políticas na atualidade. Numa rápida abordagem ao vigente sistema político-jurídico brasileiro, forçoso refletir sobre algumas demandas submetidas ao Supremo Tribunal Federal e discutidas extrajudicialmente por políticos e especialistas no assunto, destacando-se a reforma tributária²; racismo³; aborto⁴; sigilo bancário⁵; tratamento penitenciário dos condenados por crimes hediondos⁶; biotecnologia⁷; tutela dos direitos dos índios⁸, configuração infraconstitucional de uma ordem da comunicação social compatível com os artigos 220 a 224 da CF⁹; validade da lei de anistia de 1979¹⁰; infidelidade partidária¹¹; dentre outros temas igualmente relevantes.

Não se pode assegurar o tecnicismo estrito de nenhum desses temas, como sói acontece no campo do Direito Processual, sobre decisões pelos procedimentos ordinários ou sumários, bem assim, a verificação de dolo ou culpa do acusado em matéria penal. Isso porque a solução dada aos casos sob comento não se vinculam exclusivamente a interpretação literal ou autêntica de regras constitucionais, tendo

¹ DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 15 e 16.

² ADIn 3.105, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18.02.2005, p.4

³ HC82.424, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.2004, p. 17

⁴ ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio.

⁵ ADIn 2.389, 2.390 e 2.397, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁶ HC 82.959, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.09.2006, p.18

⁷ ADIn 3.510, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 28.05.2010, p. 134

⁸ Pet. 3.388, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009

⁹ ADPF 130, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009

¹⁰ ADPF 154, rel. Min. Eros Grau, DJ, 06.08.2010, p 1

¹¹ ADIn 3.999 e 4.086, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 17.04.2009.

em conta a sua essência, de origem e de repercussão política, de modo que as decisões a serem tomadas pelo legislador ou em sede jurisdicional tendem à produção de efeitos políticos, [...] “havendo, inclusive controvérsias (jurídicas e políticas) sobre a autoridade que deve poder decidir de maneira definitiva sobre problemas de interpretação dos direitos fundamentais”¹² .

Regra, em tese, aplicável a quase todos os casos de conflitos em torno de direitos fundamentais, entretanto, passível de equivocada exegese do leitor que poderia chegar à conclusão de que os direitos fundamentais seriam desprovidos de caráter normativo, logo, não se constituindo em normas jurídicas vinculantes, por conseguinte, a politicidade acabaria por inutilizar a referência ao direito positivo, tese veiculada entre doutrinadores em postura dicotômica.

Sob esse prisma pode-se detectar uma abordagem dos direitos fundamentais de natureza retórica, prestigiando a prevalência dos direitos humanos e os valores por eles expressos. Cabe destacar que em tempos de autoritarismo, esses discursos encontram relevância na seara política, mas acabam por correr o risco da sucumbência, ou na melhor das hipóteses, um enfraquecimento na medida em que as estruturas liberais e democráticas vão se consolidando.

Cita-se o Brasil como exemplo nas últimas duas décadas, com novo ordenamento constitucional e discursos extremados a celebrar ideia de direitos fundamentais, com reiterados indicativos de conquistas internas e na ordem internacional que as positivaram, distanciando-se, entretanto, do oferecimento concreto de solução aos problemas que se arrastam há muito, e continuam na ordem do dia.

Nota-se com nitidez que esse tipo de abordagem vem produzindo discursos repetitivos e vazios de conteúdo, estéreis por excelência, posto não prescrever forma juridicamente fundamentada desses direitos e porque prevalecem em cada caso concreto e as suas formas de implementação.

¹² Cfr. Vieira, 2006, p. 60

Não há óbice teórico para que um direito fundamental venha a ser proclamado como absoluto, com superposição em face aos demais. Inobstante o constituinte pátrio, seguindo orientação prática geral, não demonstrou intencionalidade de instituir direitos superiores ou absolutos. Preferiu catalogá-los no mesmo texto, com equivalência normativa. Cabe à doutrina jurídica a tarefa de perquirir e indicar o que, como e até onde deve ser juridicamente tutelado, no plano da tese da relatividade dos direitos fundamentais, denominada “máxima da cedência recíproca”¹³.

Noutro olhar, encontra-se uma postura hipoteticamente democrática, a falar do caráter programático dos direitos fundamentais que não passariam de mero manifesto político, dada a impossibilidade da satisfação de todos os direitos proclamados pela norma fundamental e com esse discurso, preferível e, sem dúvida, mais confortável, transferir essa tarefa ao legislador ordinário, para que este encontre uma solução para a consecução dos objetivos nacionais em torno da efetivação de tais direitos.

Essa mesma postura, [...] “que predominou na França por dois séculos e influenciou o pensamento constitucional mundial, continua presente no Brasil, como indício de uma inércia histórica” (DIMOULIS e MARTINS). Esses modelos do pensamento político ignoram ou desmerecem a força normativa do texto constitucional, tendo-o como espécie de manifesto ou programa político, o que não permitiria que as normas constitucionais ultrapassassem os limites programáticos, frente ao prestígio conferido às normas infraconstitucionais, entendidas como de maior concretude.

Tal posicionamento espezinha a supremacia constitucional, cuja finalidade é estabelecer múltiplos e estritos limites ao legislador ordinário, de modo a impedir desvios e abusos ao poder de legislar evitando-se a opressão de indivíduos e grupos minoritários. Sinteticamente, tais posturas resultam da negligência acadêmica e científica dos juristas, no plano dos direitos fundamentais.

¹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 452-453, com referência à análise de Celso Ribeiro Bastos.

Não se pode olvidar a natureza política de toda e qualquer norma jurídica, visto que o “Direito pertence à Política”¹⁴ em todas as suas dimensões e elementos. Todavia, o caráter afirmativo da politicidade dos direitos fundamentais não alcança uma qualidade específica da matéria, muito menos o desclassifica para menos jurídico, vez que todo o Direito tem caráter político. Isso não afasta a necessidade da criação de instrumento dogmático de filtragem ao máximo possível, de elementos puramente político-subjetivos da decisão judicial, que não seja alicerçada em decisões político-subjetivas do legislador que é democrática e constitucionalmente legitimada.

Noções elementares do constitucionalismo refletiram claramente nos Estados Unidos da América e, em seguida na Alemanha, a ideia de que ao reverso do desprezo ou ignorância da origem e legitimidade democrática do poder político, urge o disciplinamento jurídico de seu exercício¹⁵. Refere-se a critério jurídico disciplinador da relação do indivíduo com as autoridades ou órgãos do poder público, o qual se identifica como direitos e garantias fundamentais¹⁶. Nesse sentido, os direitos fundamentais revelam histórica e atualmente uma especial proximidade com a política.

Esses direitos tiveram de ser politicamente exigidos e sua interpretação e aplicação acabam sempre se enveredando pela disputa política, o que poderia levar a uma ilusão de ótica sobre a hermenêutica constitucional e com maior relevo a interpretação dos direitos fundamentais daria a falsa aparência de que nada mais seria do que política no sentido pejorativo. Todavia, paralelo à origem democrática do poder político, a maior conquista do Estado Constitucional moderno foi conferir uma forma jurídica ao exercício do poder político. Na relação do indivíduo para com o Estado, os critérios do direito são vigentes por intermédio dos direitos fundamentais¹⁷.

¹⁴ DIMOULIS, 2007, p. 124 – 126

¹⁵ TAVARES, 2005, p.447 -487.

¹⁶ PIEROTH e SCHINK, 2008, p.2

¹⁷ Idem.

Em que pese sua abstração e generalidade, simplória leitura fragmentada do texto constitucional atinente aos direitos fundamentais, resulta insuficiência a permitir aos operadores do direito e aos cidadãos em geral entenderem, aplicarem e reivindicarem os direitos fundamentais contrapondo-se às decisões das autoridades públicas competentes, carecendo, por conseguinte, adoção de abordagem de índole jurídico-constitucional. O escopo seria uma análise dos direitos fundamentais no plano de uma configuração jurídica munidos de instrumentos hábeis à resolução dos conflitos.

Importante amostra para análise vem do art. 5º, IV, da CF ao dispor que “é livre a manifestação do pensamento”, exibindo uma das penosas tarefas ao intérprete, diante da amplitude, generalidade e abstração do texto, concitando-o à uma indagação que exige resposta concreta à luz da hermenêutica constitucional diante do caso concreto. Nessa linha de pensamento DIMOULIS e MARTINS¹⁸ lecionam:

Nesse caso, o pensamento surge como núcleo semântico do sujeito da oração e hipoteticamente como bem jurídico tutelado. A final, o que significa pensamento no sentido da norma? Como se dá sua manifestação? O que vem a significar manifestação do pensamento livre? Livre de quê? Em que circunstância tal caráter livre, ou de liberdade sofrerá restrição? Quem é o titular desse direito fundamental? O catálogo dos questionamentos seria por demais extenso. De qualquer modo, a exiguidade do texto constitucional não pode causar empecilho aos critérios resolutivos das questões jurídicas práticas.

De outra parte, vislumbra-se a demanda por uma dogmática jurídica apta a efetivar a politicidade *sob comento*. Atribui-se responsabilidade solidária à jurisprudência e à pesquisa jurídica na construção dessa dogmática que deve alavancar a partir dos cânones clássicos e metodológicos da hermenêutica jurídica, com observância dos elementos gramaticais, históricos e por fim, o grau de racionalidade jurídica, alusivo ao método teleológico, considerando-se o fim a que se destina a norma.

¹⁸ DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 19.

Fontes doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive à base de estudos comparados, são recursos imprescindíveis à avaliação de legalidade e constitucionalidade das diversas medidas adotadas, pois, examinam questões relativas aos limites dos direitos fundamentais. Sob essa ótica, doutrina e jurisprudência carregam a tarefa de elaborar regras e métodos com clareza, rigidez e rigor de modo a não se desviar da segurança jurídica numa seara de incontestável relevância.

Nesse sentido, o estudo dos direitos fundamentais segue sistematizado em tríplice aspecto: a) teoria geral, empregada no sentido do estudo sistemático dos conceitos instrumentais da técnica de interpretação do direito posto. Preocupa-se com a análise e estudo dos conceitos elementares e construção de métodos resolutivos das questões atinentes aos direitos fundamentais, bem assim, a harmonização desses direitos em rota de colisão; b) Dogmática especial, com a tarefa precípua da análise no plano legislativo e jurisprudencial, quanto à concretude de cada direito constitucionalmente garantido.

Nessa parte especial tem aplicação todo o instrumentário desenvolvido na teoria geral atinente a cada direito fundamental, com realce a natureza e o alcance específico e os limites constitucionais de sua proteção. Por derradeiro; c) a visão filosófica ou teórica¹⁹ dos direitos fundamentais, a ocupar-se das justificações político-filosóficas e das respostas de pensadores dos diversos campos dos saberes, formulando um pensamento complexo na ordem dos direitos fundamentais.

A importância do estudo dos direitos fundamentais em sua tríplice fundamentação na forma exposta acima reside na possibilidade do operador do Direito conhecer limites claros e concretos referentes aos direitos fundamentais tutelados, porém, inseridos nas normas principiológicas de índole constitucional, em sentido vago e abstrato exigindo esforço interpretativo. No estudo ora em desenvolvimento, vislumbra-se hipótese de violação desses direitos, vistos sob vários aspectos.

¹⁹ “Teoria” utilizada aqui no sentido da reflexão teórica sobre o aparato dogmático, seu impacto político e as propostas de reforma.

1.1 REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS À EXISTÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Interpretar direitos fundamentais sob a perspectiva de direitos humanos positivados em documentos internos dos países que os reconhecem, forçosamente há de se concluir da imprescindibilidade de três requisitos básicos, ou três elementos inseparáveis para a sua constituição e existência.

O primeiro deles é sem dúvida o Estado, ente detentor do poder organizado, com força coativa limitada pela ordem jurídica, dotado de instrumento centralizado com capacidade efetiva de controlar determinado território geográfico ou jurídico por intermédio do exercício de soberania e impor suas decisões através da Administração Pública em sentido estrito, aí incluindo-se a polícia, as forças armadas, aparelhos de educação e propaganda política, dos demais organismos detentores de parcela do poder, em destaque os órgãos jurisdicionais.

De sorte que sem a existência do Estado, eventual proclamação dos direitos fundamentais cairia no vazio por carência de relevância prática, tendo-se em conta que não haveria certeza de garantia e cumprimento das cláusulas assecuratórias, por consequência, perderia a função precípua de limitar a fúria do Estado em face do indivíduo. Esse Estado como pressuposto de existência dos direitos fundamentais, outro não é, senão o Estado moderno, democrático e de direito, cujo surgimento vem relacionado às reflexões político-filosóficas do século XVII contrapondo-se à estratificação e fragmentação medieval do poder político desenvolvido a partir da base teórica fundada na obra de Thomas Hobbes, o qual defendia a existência de um Estado forte e absoluto, capaz de enfrentar as questões conflituosas vividas à sua época.

Para justificar a necessidade do Estado Soberano²⁰, Hobbes formulou uma teoria hipotética. Utilizou o método resolutivo - compositivo, isto é, análise e síntese, a

²⁰ HOBBS, Thomas. (O Leviatã, original publicado em 1.651). Os Pensadores. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

composição daquilo que foi detalhadamente analisado. Defensor do absolutismo estatal do rei, HOBBS criou uma teoria que fundamenta a necessidade de um Estado soberano como forma de manutenção da paz social.

Portanto, nada justifica, senão um gigantesco paradoxo, o próprio Estado moderno, dito Democrático de Direito estimular e promover a discórdia social, a ofensa a bens jurídicos dos seus súditos, subtraindo direitos básicos e imprescindíveis à convivência humana, como a dignidade e o trabalho mantendo e difundindo informações sobre registros criminais do indivíduo que ele próprio inocentou por intermédio do devido processo legal.

Em segundo lugar, vem o indivíduo, o homem. Destacar o ser humano como destinatário dos direitos fundamentais, pode, em princípio, nos parecer redundante diante do questionamento sobre a existência do ser humano desde o início da humanidade. Ocorre que sob a ótica filosófica e política, o questionamento não se sustenta, e a resposta seria negativa, pela observação de que em tempos idos, as pessoas eram consideradas membros de grandes ou pequenas coletividades, tais como famílias, clãs, feudos, reinos, sendo a estas subordinadas, desprovidas de vida própria e, por consequência, privadas de direitos próprios.

O que não se pode perder de vista é o fato de ser o indivíduo o elemento formador do Estado. Devendo realçar a posição do indivíduo nas constituições modernas, como um ser moral, independente e autônomo e, essencialmente não social²¹, cuja opção, além de caracterizar as sociedades capitalistas, possibilita o reconhecimento de direitos individuais, a permitir o seu titular a fazer valer esses direitos tanto perante o Estado quanto à sociedade, levando-se em conta a garantia constitucional e sua condição de sujeito de direitos.

²¹ DUMONT, Louis. **O Individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1991, p. 84. O autor propõe uma esclarecedora análise do individualismo nas sociedades modernas, em contraposição à subordinação do indivíduo aos coletivos, que caracterizava as sociedades anteriores ao capitalismo (sociedades holísticas). Sobre o individualismo moderno, cfr. NAVES, 2000, p. 53- 78.

Por fim, para a caracterização da existência de direitos fundamentais reclama a presença indispensável do terceiro requisito, que é o texto normativo a regular a relação entre Estado e indivíduos. Esse texto é sem dúvida a Constituição no seu sentido formal, que abriga em suas entranhas, e concomitantemente garante o catálogo de direitos fundamentais, dando de conhecer ao indivíduo sua órbita de atuação livre de interferências estatais, vinculando o Estado a determinadas regras impeditivas de cerceamentos injustificáveis das garantias de liberdade individual, cuja força normativa vinculante, com validade em todo o território do Estado Democrático de Direito, goza de supremacia em face às demais normas jurídicas.

1.1.1 Surgimento dos Direitos Fundamentais

Desponta com desenvoltura nos dias atuais o interesse pelos estudos sobre direitos fundamentais²² ou direitos humanos positivados nos textos constitucionais internos dos países ditos desenvolvidos ou em desenvolvimento. Tal assertiva pode ser constatada pela análise das principais revistas especializadas e demais meios de difusão da cultura jurídica que procuram avaliar o interesse dado ao tema, em face de sua extrema atualidade, riqueza, diversidade e imponência.

Tais direitos constituem-se em objeto de intermináveis elucidações da teoria jurídica dos nossos tempos, e a importância de seu debate exige cada vez mais a participação ativa de especialistas dos mais variados campos dos saberes no afã de alcançar os seus infinitos desdobramentos. No Brasil, emerge sensível a preocupação com os estudos do tema dos direitos fundamentais, não só pela

²² Uma das tarefas iniciais que se apresentam, está relacionada à terminologia, razão pela qual torna-se mister um esclarecimento sobre a expressão empregada. Vários termos foram utilizados para designar o fenômeno dos direitos humanos, bem assim, diversas foram as suas justificações. Três expressões são usadas na atualidade: direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais. Direitos do homem e direitos humanos são empregados ao referir-se àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, valendo a crítica quanto ao termo “direitos do homem” que hodiernamente parece crer um desprestígio à mulher, por isso mesmo, caindo em desuso. Direitos fundamentais referem-se àqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico interno de um Estado. Entendem como expressões sinônimas “direitos humanos e direitos fundamentais”: PEREZ, Luño Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución*, p.31; BARRANCO, Maria del Carmen. *El Discurso de los Derechos*, p. 20; SARLET, Ingo W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 33

relevância temática, mas, sobretudo pela importância da matéria, essencial ao desenvolvimento de determinados valores da sociedade, lamentavelmente ignorada por muitos, e à riqueza do vigente texto constitucional, hospedeiro desses direitos.

Embora não se possa ignorar o abismo existente entre a teoria e a prática relacionada à efetividade dos direitos fundamentais em nossa sociedade, perceptível por qualquer cidadão minimamente instruído, não escapa igualmente a noção de fatores reais de poder impeditivos da realização dos fins a que se destina a Carta Magna, e que por isso mesmo, deveriam figurar como objeto de estudos e análises nas academias jurídicas brasileiras. Já nos idos de 1987 em conferência no Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madrid, Norberto Bobbio²³ expôs que:

Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal de progresso moral da humanidade. Mas é esse o único sentido? Quando reflito sobre outros aspectos de nosso tempo, por exemplo, sobre a vertiginosa corrida armamentista, que põe em perigo a própria vida na terra, sinto-me obrigado a dar uma resposta completamente diversa. [...] O progresso para Kant, não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os “políticos” por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que “o mundo foi sempre assim como vemos hoje”. Kant comentava que, com essa atitude, tais “políticos” faziam com que o objeto de sua previsão, ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história, se realizasse efetivamente. Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para melhor. Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo, Não temos tempo a perder.

Nesse contexto, Bobbio expressa claramente a que devemos fundamentar os direitos aludidos, que a história não é uma repetição de fatos como querem alguns e que o ser humano pode perfeitamente transformar sua realidade através do respeito aos direitos fundamentais. Nessa mesma linha de raciocínio Nicolás Lopez Calera se manifesta que “o índice de respeito aos direitos humanos serve de parâmetro, de medidor, da evolução de um povo, do real desenvolvimento de uma nação.”²⁴

²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 1987, p. 64

²⁴ LOPEZ CALERA, Nicolás. **Filosofía Del Derecho**, I, p. 206.

Portanto, inúmeros temas se mostram relevantes na compreensão do distanciamento entre o direito positivo e a realidade social nas quais residem os direitos fundamentais do nosso país. Não menos importante a constatação de três vertentes temáticas a lastrear a base da questão: conhecer a origem dos direitos fundamentais; delimitar os respectivos conceitos; conhecer a formação de nossa sociedade.

O conhecimento ora focado, objetiva a elaboração de um estudo dos temas, sem a pretensão de se chegar a uma verdade absoluta, até porque essa não existe, chega-se ao máximo uma verdade relativa e a priori, mas tão somente com o intuito de produzir elementos aptos a que o cidadão possa optar ou não, pelos valores dos direitos fundamentais. Nesse caso, o objeto do estudo seria as origens da formação do conceito dos direitos fundamentais, ou seja, um estudo preliminar dos dois primeiros eixos temáticos supramencionados.

Numa análise superficial a respeito, verifica-se a confusão entre as origens e a fundamentação dos direitos humanos, daí dever estudar as origens dos direitos humanos justamente para fundamentá-los, posto que estudando suas origens históricas estaria fundamentando, o que o contrário também parece verdadeiro. A razão de tudo isso é que os direitos humanos podem ser considerados sob a perspectiva de um processo evolutivo de modo a alcançar níveis de dimensões ou gerações de direitos, os quais, a depender do autor poderão chegar a três, quatro ou cinco dimensões.

Assim, a primeira dimensão abrangeria os direitos de liberdade: direitos civis e políticos; na segunda dimensão estariam os direitos à igualdade, relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais; na terceira dimensão, os direitos difusos inerentes aos direitos de solidariedade; admitindo-se uma quarta dimensão, englobaria os direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética, e por fim, comenta-se numa quinta dimensão de direitos

relativos à tecnologia da informação, do ciberespaço e da realidade virtual, em que pese a carência de elementos para uma classificação como direitos fundamentais²⁵.

Nesse cenário das origens dos direitos fundamentais, interessante estudo de Gregório Peces-Barba, em aporte às questões basilares do tema em tela, vem demonstrar que os direitos fundamentais constituem um conceito histórico do mundo moderno que surge progressivamente a partir do trânsito à modernidade. Dentre as linhas de evolução dos direitos fundamentais desenvolvidas pelo citado autor estaria o processo de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação²⁶.

Merece destaque a observação de que antes mesmo do processo de positivação decorrente das revoluções burguesas do século XVIII, vislumbra-se anterior processo evolutivo, atinente à formação do ideal de tais direitos, diretamente vinculado à básica indagação filosófica sobre qual seria o seu conteúdo. A solução desse primeiro problema deveria antes de qualquer esforço, enfrentar dois outros questionamentos de alta relevância. Seriam eles: o porquê (?) e o para quê (?) dos direitos fundamentais²⁷.

O problema não é tão simples como se poderia imaginar, entretanto, em conformidade com o autor ora focado, “o porquê (?) dos Direitos Fundamentais, isto é, por que devem ser respeitados tais direitos” (?) encontra resposta no próprio conteúdo da sua fundamentação, vez que atrelada à cognição de sua história, sua evolução e seu conceito. Ainda conforme o autor,

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral de Novos Direitos**. In: ____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.) **Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1 – 30.

²⁶ PECES-BARBA, Gregório. **Las líneas de evolución de los derechos fundamentales**. *IN: ____*. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 146 – 198. Sinteticamente: o processo de positivação refere-se à passagem da discussão filosófica ao Direito positivo (primeira dimensão – direitos de liberdade); processo de generalização significa a expressão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real (direitos sociais, em segunda dimensão); processo de internacionalização, ainda em fase incipiente, de difícil realização prática e que implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos e que ele esteja sobreposto às fronteiras de sorte a alcançar toda a comunidade internacional (tentativa de universalização dos direitos humanos), finalmente, o processo de especificação, pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja como titular de direitos subjetivos como criança e adolescente, idoso, mulher, como consumidor, etc., ou como alvo de direitos, v.g., de um meio ambiente saudável ou à paz (direitos difusos, em terceira dimensão).

²⁷ PECES-BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**, p.101 – 112.

[...] se cruamente não fundamentamos, não justificamos moralmente os direitos fundamentais, os mesmos seriam uma força sem moral; o que somente como moral, como querem entre outros os atuais seguidores de um direito natural contemporâneo, seria uma moral sem força (PECES-BARBA, Gregório, Curso de Derechos Fundamentales, p. 104 – 105).

O processo de formação ideal dos direitos fundamentais, imprescindível à formação dos direitos, principia no *trânsito à modernidade*, isto é, a passagem da Idade Média para a Idade Moderna. Longo período, iniciado no século XIV até o século XVIII, lapso temporal em que a sociedade aos poucos vai se transformando e se preparando para o surgimento dos direitos fundamentais, a reclamar sua liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, nesse caminhar progressivo partindo de uma sociedade teocêntrica e estamental à antropocêntrica e individualista.

No trânsito à modernidade as estruturas medievais acabam progressivamente substituídas por outras, ainda que algumas daquelas permaneçam até as revoluções liberais do século XVIII. Ao longo desse período é que se constrói a filosofia dos direitos fundamentais, ditas por PECES-BARBA “como aproximação moderna da dignidade humana, em meio das feições características das mudanças que se influem e se entrelaçam” (PECES-BARBA, Gregório. Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales, p. 5 - 6 e 10 – 24).

Estas mudanças se dariam resumidamente nos campos da economia, da política e, sobretudo, na mudança de mentalidade. No que tange à mudança na situação econômica com o surgimento e progressivo amadurecimento do capitalismo e com o crescente protagonismo da burguesia, termina por favorecer a mentalidade individualista diante da visão do homem em estamentos.

Na seara política o pluralismo do poder será substituído pelo Estado como forma de poder racional centralizado e burocratizado. O Estado é soberano, na construção doutrinária que se inicia com Jean Bodin, ou seja, o Estado não reconhece superior e detém o monopólio no uso da força legítima. Seu crescente poder como Estado absoluto e a utilização do Direito como instrumento do poder exigirão como antítese,

para garantir ao indivíduo um espaço pessoal, a reclamação de uns direitos. Para Peces-Barba²⁸

[...] o Estado absoluto é uma etapa imprescindível. Seu esforço de centralização, de robustecimento de uma soberania unitária e indivisível, sua consideração do indivíduo abstrato, o homem no gozo dos seus direitos, como destinatário das normas, criará as condições necessárias para o aparecimento dos direitos fundamentais positivados exatamente com as revoluções liberais contrárias ao Estado absoluto.

A reforma e o humanismo impulsionam nova mentalidade que se caracterizará pelo individualismo, o racionalismo e o processo de secularização. A reforma protestante, com a ruptura da unidade eclesial, de concreto, gera o pluralismo religioso e a necessidade de uma fórmula jurídica tendente a evitar as guerras por motivações religiosas, em cujo espaço a tolerância, precursora da liberdade religiosa, será o primeiro direito fundamental²⁹.

Ultrapassada a hegemonia intelectual teológica, o auge da nova ciência e a exaltação do naturalismo, em suas influências complexas, atinge importância extrema do individualismo e de sua capacidade de iniciativa. O conceito de contrato social³⁰ e do Direito que surge se orientará também para explicar o aparecimento dos direitos fundamentais³¹. A partir dessa metamorfose social no ocidente, começa a despontar o conceito dos direitos fundamentais, vistos no início como direitos naturais, graças à contribuição do iusnaturalismo racionalista.

Segundo leciona Antonio Enrique Pérez Luño, “O conceito dos direitos humanos tem como antecedente imediato a noção dos direitos naturais em sua elaboração

²⁸ PECES-BARBA, Gregório. 1982, p. 7, 25 e 52

²⁹ (PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a La Modernidad y Derechos Fundamentales**, p. 7-8 e 53-122).

³⁰ “Las terias contractualistas vendrán a dar solución a la búsqueda de un nuevo principio de legitimidad democrática em los siglos XVII y XVIII, que explique El origen y fundamento de La sociedad civil y política. Este tipo de legitimidad, encarnado em la teoría Del contrato social, será El principio de La legitimidad democrática, ya que explica El origen de La sociedad em um pacto de individuos libres e iguales y fundamenta La legitimidad de los gobiernos em El consentimiento de los gobiernos”. FERNANDEZ, Eusébio. *El Constructualismo Clásico (Siglos XVII y XVIII) y los Derechos Naturales*, p. 147.

³¹ Aludido processo de formação do ideal dos direitos fundamentais não ocorre somente na época denominada trânsito à modernidade, é um processo em constante transformação, e que segue seu curso até os dias atuais. Alguns direitos fundamentais que não eram considerados em épocas anteriores, agora são e o contrário também ocorre, os exemplos são muitos. *Ibidem*.

doutrinal pelo iusracionalismo naturalista³². No transcorrer de uma teoria do direito natural a uma teoria dos direitos naturais concretos, que desaguará nas declarações de direitos do século XVIII, terá fundamental importância um novo significado que define o iusnaturalismo racionalista e que o diferencia substancialmente de todas as teorias iusnaturalistas anteriores. Conforme Alessandro Passerin D'Entreves, “a moderna teoria do direito natural não era, falando com propriedade, uma teoria do direito subjetivo, senão uma teoria de direitos subjetivos”. [...] “*O ius naturales* do filósofo moderno já não é a *lex naturalis* do moralista moderno nem o *ius naturales* do jurista romano”³³.

A mudança de mentalidade propulsora da luta e a positivação dos primeiros direitos fundamentais, então direitos do homem e do cidadão, alguns autores do iusnaturalismo serão fundamentais para o seu aparecimento, dentre os quais citam-se Johann Oldendorp, os autores da escolástica tardia espanhola Johannes Althussius e o fundador por excelência do iusracionalismo Hugo Grotius³⁴. Outros tantos autores prestaram grandiosa contribuição nesse desenvolvimento humanista, classificados por Wieacker como de segunda geração dessa corrente basilar da formação do ideal dos futuros direitos humanos.

A segunda metade do século XVIII, por vários aspectos, constitui-se num período decisivo para a formação do pensamento filosófico e jurídico contemporâneo, o qual se denomina “Iluminismo”, e os filósofos desse movimento irão contemplar as transformações que resultaram na separação das questões de ética pública reguladas pelo Direito, das questões de ética privada, então reguladas pelos moralistas religiosos.

³² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Delimitación conceptual de los Derechos Humanos**, p. 17. Da mesma forma como recorda o professor Pérez Luño não se pode esquecer a importante contribuição ao tema da chamada escolástica tardia, dos teólogos e juristas espanhóis dos séculos XVI e XVII. Op.cit. p. 33-34. Sobre o mesmo assunto: MARAVAL, J.A. La Idea de Tolerancia em España: siglos XVI y XVII. In ____ La Oposición Política Bajo los Austrias. Barcelona: Ariel, 1974, p. 93-105; ABELLÁN, José Luis. **História Crítica Del Pensamiento Español: La Edad de Oro** (Siglo XVI). Tomo II, Madri: Espasa Calpe, 1979, p.349-589.

³³ D'ENTREVES, Alessandro Passerin. **Derecho Natural**, p. 75.

³⁴ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**, p. 303, 304 e 315

1.1.2 Os Direitos Fundamentais no Brasil

Nossa primeira lei básica, de 1824 já previa um catálogo de direitos fundamentais, em seus incisos do art. 179, à semelhança dos listados pelas constituições norte americana e francesa. No entanto, a efetivação desses direitos restou comprometida pelas forças ilimitadas conferidas ao chefe do Poder Moderador, na pessoa do Imperador. Com o fim da monarquia no Brasil, a Constituição Republicana de 1891 abriga em seu art. 72 o rol dos direitos previstos no texto imperialista, com importantes acréscimos, a exemplo do reconhecimento do direito de reunião e de associação, amplas garantias penais e o instituto do habeas corpus outrora assegurado apenas na legislação ordinária. Além do mais, albergou não somente aos brasileiros, conforme previsão da carta anterior, mas também aos estrangeiros residentes no país.

Os direitos fundamentais listados na carta de 1891 reaparecem nas posteriores, 1934, 1937, 1946 e 1967/69, inovando a partir de 1934, ao incorporar alguns direitos sociais, em especial “o direito à subsistência”, “assistência aos indigentes” e institui o Mandado de Segurança e a ação Popular.

O vigente texto constitucional de 1988, com nítidos traços de ruptura com o regime militar ditatorial iniciado em 1964, não se apega à sistematicidade em face à garantia dos direitos fundamentais, para priorizar esses direitos em vários pontos do texto maior, sendo certo que a pedra basilar de proteção encontra-se no Título II que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, assegurando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim como as respectivas garantias.

Então, o artigo 5º, CF, arrola em seus setenta e oito incisos, uma série de direitos individuais, de garantias clássicas, conforme DIMOULIS e MARTINS, sem desprezar os direitos coletivos e deveres individuais e coletivos. O art. 6º, por sua vez, discrimina os direitos sociais a serem efetivados pelos organismos estatais, enquanto que no artigo 7º, assegura em nível constitucional, o direito ao trabalho, de

sorte a gerar consequências dogmáticas, com o dever estatal de tutela, cuja omissão ou descumprimento por parte do Estado, origina motivação suficiente para interposição das ações constitucionais pertinentes.

Merece destaque as críticas advindas de determinados setores da sociedade, sobretudo dos conservadores, cujo alvo refere-se aos direitos sociais, numa alusão depreciativa do caráter dirigente da Constituição da República Federativa do Brasil. Argumentam a prática inflacionária de direitos, com ênfase nos direitos sociais que tendem à expansão, em contraponto aos objetivos progressistas que reclamam a omissão do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais³⁵. Ocorre que na lição de BOBBIO³⁶,

“[...] Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não são todos de uma vez e nem de uma vez por todos.”

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade”, e estes abarcam os direitos de Estado, v.g., direito de cidadania, os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida), à integridade moral e física, à privacidade, dentre outros. Por essa razão, urge uma abordagem dos direitos fundamentais formalmente constitucionais e os direitos fundamentais sem assento constitucional. Reafirma o citado autor que os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional.

A Constituição brasileira de 1988 admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e tutelam não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais. Na lição de Canotilho,

³⁵ Cfr. BARROSO, 2000; COUTINHO (org.), 2003.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 2004, p. 25.

“os direitos fundamentais cumprem as funções de defesa ou liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiro, e função de não discriminação”.

No Brasil, a exemplo das constituições anteriores, o vigente texto não pretende listar à exaustão, visto que além daqueles direitos fundamentais explicitamente reconhecidos, admite a existência de outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Contudo, frise-se que a CF/88 trouxe em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, dentre outros, os direitos individuais e coletivos, inerentes ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, dentre eles, a vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a honra, a liberdade e a propriedade.

Os direitos sociais são aqueles, onde o Estado Social de Direito tem a responsabilidade constitucional de garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos referem-se à educação, à saúde, ao trabalho, previdência social, lazer, proteção á maternidade e à infância e, a assistência aos desamparados. Seu objetivo é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, em prol da igualdade social.

Os direitos de nacionalidade são chamados de vínculo jurídico-político, que ligam um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que este se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção. Então, o Estado deve cumprir seus deveres impostos a todos.

Por sua vez, os direitos políticos permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado, de sorte que é “dever de cada cidadão brasileiro estar vigilante no que se refere às mudanças do conceito de sociedade, de nacionalidade, de moral, de respeito à dignidade da vida humana [...]”³⁷. Segue o autor lecionando que “desrespeitadas as normas constitucionais, cria-se um Estado de fato, governado

³⁷ SIQUEIRA, Luiz Roberto Teixeira de. **A Ruína do Estado Democrático e do Estado de Direito**. Vitória: ALL PRINT Editora, 2010, p. 15.

pela força, destruindo o poder popular, destruindo as tendências humanitárias que foram construídas ao longo dos anos de lutas sociais”.³⁸

Importante observar e compreender que todo ser humano, no âmbito do seu círculo social, já nasce com direitos e garantias, não podendo estes ser considerados como simples concessão do poder público, pois alguns desses direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos e outros, pela manifestação de vontade, onde são reconhecidos nas cartas legislativas e outras vezes pelas decisões judiciais, quando se busca aquilo que lhe pertence e é negado explícita ou implicitamente.

Etimologicamente, a sociedade moderna, prima pela busca constante de seus direitos, na medida em que acreditam na essência da sua dignidade, e almejam garantir os meios de atendimento das suas necessidades básicas. Portanto, os direitos humanos são bidimensionais, porque de um lado, tem um ideal a atingir, que é a conciliação entre os direitos do indivíduo e os da sociedade; de outro, sua função é a de assegurar um campo legítimo para a democratização social, sem perder de vista que na expressividade dos direitos fundamentais, os direitos da pessoa humana são direitos válidos para toda a humanidade, em diferentes épocas e distintos povos, de uma determinada sociedade, de uma cultura. Nesse aspecto, a lição de FABRIZ.³⁹

A ideia em torno dos direitos humanos surge da confluência de várias fontes _ filosóficas, jurídicas, teológicas __, num imbricado jogo de concepções em torno de leis universais, que se impõem acima de qualquer lei criada pelo próprio homem. Apregoam-se ideias universalizantes, direitos que possam alcançar todos os indivíduos, independentemente de nacionalidade, credo ou etnia.

Identifica-se desse modo, a ordem constitucional como medidora das limitações dos direitos fundamentais, os quais se apresentam, ora como “direitos subjetivos do indivíduo, ora como direitos objetivos da sociedade”, no dizer de Konrad Hesse, mas

³⁸ Idem, p. 19.

³⁹ FABRIZ, Daury César. **Direitos Humanos Fundamentais na Construção de um Novo Humanismo**, *IN*: __ KROHLING, Aloísio (org.). **Justiça e Libertação: A Dialética dos Direitos Fundamentais**. Curitiba: Editora CRV, 2009, p. 46.

não pode o legislador ordinário produzir regras tendentes à violação dos direitos individuais assegurados constitucionalmente, a pretexto de proteger a coletividade, senão, orientar a sua tarefa legiferante de modo a conciliar a tutela individual e a coletiva, sem que uma venha a lesionar a outra. Se nem mesmo o legislador infraconstitucional tem esse poder, menos ainda as instituições públicas integrantes dos poderes estatais estão autorizadas a violar direitos fundamentais que são incondicionais e inerentes ao ser humano.

1.1.3 O Aparato Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira

Vislumbra-se grande interesse, investigar a forma pela qual se relacionam o sistema internacional de tutela dos direitos humanos e o ordenamento jurídico pátrio, o aporte desses organismos externos ao nosso sistema, de modo a desvelar as veredas diretivas da Constituição de 1988 na concepção e implementação desses direitos no âmbito interno do país, numa concepção contemporânea de direitos humanos, onde [...] “os valores de liberdade e igualdade se conjugam e se completam”⁴⁰.

De igual importância a verificação do modo pelo qual a Constituição vigente integra à arena internacional de tutela dos direitos humanos, bem assim, os mecanismos utilizados pelo aparato internacional para o fortalecimento do constitucionalismo de direitos no País.

A priori constata-se um estreitamento das relações entre o Direito Constitucional brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, este último, apresentando caráter específico distintivo do Direito Internacional Público em geral. Enquanto este tradicionalmente disciplina as relações entre Estados, via negociações e concessões nos interesses respectivos dos Estados pactuantes, aquele tem por objetivo a

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65.

garantia do exercício dos direitos da pessoa humana⁴¹. Ao cuidar do tema atinente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma Clémerson Merlin Clève:⁴²

O que poderia ser apenas um movimento político teve como consequência, talvez a mais importante, a transformação do Direito (além, é claro, de sua reavaliação) que passou a se caracterizar, a partir de então, no plano internacional como instrumento privilegiado de garantia das liberdades. Essa transformação traduziu-se por uma mudança em dois planos. No plano técnico-jurídico, ao nível internacional, foram efetivados diversos documentos, criando para o Direito Internacional um novo espaço de ação, qual seja o relativo aos direitos fundamentais. A nova área de saber alterou substancialmente o direito das gentes, antes voltado, de modo geral, para a disciplina das relações entre Estados e organizações internacionais, não alcançando, pois, uma matéria praticamente monopolizada pelas disciplinas de Direito Público Interno. Ainda no plano técnico-jurídico, mas agora ao nível de Direito Interno, verificou-se a implementação de procedimentos novos voltados à garantia das liberdades, alterando-se profundamente o Direito Constitucional, por ser este o que, nos Estados que adotam Constituição rígida, mais eficazmente pode proteger certos direitos tidos como fundamentais.

Considerando-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos focaliza seu objeto na pessoa humana, fica claro seu conteúdo de natureza materialmente constitucional, em face do que vem demonstrando a experiência de que tal matéria sempre foi tratada na seara das cartas políticas.

Note-se, contudo, que no âmbito do Direito Internacional de Direitos Humanos a fonte de tais direitos é de natureza internacional, razão suficiente para a compreensão de que está se tratando de interdisciplinaridade na junção entre Direito Constitucional e Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo estudo complexo resulta no Direito Constitucional Internacional⁴³.

Parece-nos que entre os primeiros autores a falar em Direito Constitucional Internacional está M. A. Caloyanni que ao estudar a Corte Permanente de Justiça Internacional e ao mencionar o Pacto de Paris (1928) de renúncia à guerra, afirma que ao “proibir o recurso à guerra, ele domina o direito de declaração de guerra

⁴¹ Op. cit., p. 67.

⁴² CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 129.

⁴³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 347.

inscrito nas diversas Constituições” e pode ser considerado um embrião de um Direito Constitucional Internacional. [...]

A fusão e a interação entre esses dois ramos do Direito são determinantes por assumir papel de especial grandeza, vez que formam um concurso paralelo no resguardo do mesmo valor, qual seja a primazia da pessoa humana. Analisar a relação e o diálogo entre a Constituição Federal brasileira de 1988 e o aparato internacional de proteção dos direitos humanos constitui tarefa que extrapola os limites do simples estudo de dispositivos do Direito Constitucional que disciplinam o Direito Internacional dos Direitos Humanos, senão, e também, desvelar a fórmula pela qual este último reafirma e consolida os direitos constitucionalmente assegurados na ordem interna, de modo a fortalecer os mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana.

Com marco jurídico relevante caracterizado pela ruptura com um sistema ditatorial opressivo e transição ao regime democrático, a vigente Constituição brasileira ampliou significativamente o catálogo dos direitos e garantias fundamentais, o que a guindou à posição de uma das mais avançadas do mundo nessa categoria. O preâmbulo projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais, constituem, no entender de José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁴ “[...] as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito [...]”. Daí a percepção de que nosso texto básico prioriza essas dimensões em seus artigos 1º e 3º trazendo à colação princípios⁴⁵ norteadores dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 357.

⁴⁵ Observa José Afonso da Silva que princípio nesse sentido exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema.

Integram esses fundamentos em posição de destaque, logo em seu artigo 1º, II e III da Constituição de 1988, a cidadania e a dignidade da pessoa humana em perfeita sintonia entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, de modo que estes se referem aos componentes indispensáveis para a realização do princípio democrático, tendo em conta o exercício da sua função democratizadora. Com razão Jorge Miranda ao afirmar que:

“A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa humana fundamento e fim da sociedade e do Estado”.⁴⁶

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, são objetivos fundamentais do Estado brasileiro, insculpidos no artigo 3º da Constituição vigente⁴⁷.

Os dispositivos elencados demonstram a preocupação da Constituição da República em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social. A escala de valores é inerente a todo grupo social, dotada de importância na caracterização das diversas sociedades no tempo e no espaço.⁴⁸ Entende José Afonso da Silva⁴⁹ que:

É a primeira vez que uma Constituição assinala especificamente objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, v. 4, p. 166.

⁴⁷ <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id386.htm>. Acesso em 15/08/2011

⁴⁸ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 222.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

O pano de fundo é a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, em especial, o da dignidade da pessoa humana, num verdadeiro reencontro com o pensamento kantiano, com as idéias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita ou universal e paz perpétua. Para Kant, “as pessoas devem existir como um fim em si mesmas e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou para aquele propósito”⁵⁰. Continua o autor a esclarecer que as pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio.

E arremata dizendo que a autonomia⁵¹ é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. A ideologia libertária guarda vinculação com a concepção de autonomia, via princípio universal da moralidade que se faz presente e fundamenta todas as ações de seres racionais. Nessa linha de raciocínio kantiano, o imperativo categórico universal dispõe: “aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal”.

Esse viés kantiano impactante na órbita internacional ganhou fôlego e sustentação com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todo ele fundamentado no valor da dignidade humana, como valor intrínseco à própria natureza e essência do homem. Já no plano interno, isto é, nos constitucionalismos locais, a vertente em apreço, ganhou espaço e supremacia com a aderência à normatização principiológica com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵⁰ KANT Immanuel; WOOD, Allen W. (Eds.) **Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals**. **IN:** Basic Writings of Kant. New York: The Modern Librari, 2001. A Teoria Moral kantiana exerceu enorme influência nos fundamentos de diversas teorias sobre direitos. Kelsen, por sua vez, pretendeu separar completamente o âmbito da moral do âmbito jurídico, considerando que Direito e Moral constituem sistemas diferentes, chegando a referir que “ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de moral”.

⁵¹ Significativas teorias sobre direitos humanos tendem a enfatizar a importância e o valor da autonomia pessoal. Para J. Raz: “Uma pessoa autônoma é aquela que é autora de sua própria vida. Sua vida é o que ela faz dela. [...] Uma pessoa é autônoma somente se tem uma variedade de escolhas aceitáveis e disponíveis para serem feitas e sua vida se torna o resultado das escolhas derivadas dessas opções [...]”.

A tendência de receptividade das Constituições modernas a valores e princípios, mormente no pós-guerra, não escapa à análise acurada de Canotilho ao deduzir que “o Direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o Direito das regras dos códigos; o Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um Direito de princípios”.⁵²

Nesse sentido, verifica-se em tese, uma nova visão de mundo em face da perceptível decadência do positivismo puro. Assim, a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, seu ponto de partida e de chegada, justamente no princípio da dignidade humana, para a hermenêutica constitucional contemporânea.⁵³

Tal princípio, por sua magnitude acaba por orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno. Com a mesma compreensão, Paulo Bonavides, para quem “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁵⁴ Ao cuidar da força normativa do princípio fundamental da dignidade humana, leciona o citado autor:

Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Na concepção de Ronald Dworkin, a ordem jurídica é um sistema no qual, paralelo às normas legais, residem princípios incorporadores das exigências de justiça e dos valores éticos que constituem o suporte axiológico a conferir coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. John Rawls leciona que “o sistema jurídico é uma ordem coercitiva de regras públicas endereçadas a

⁵² A “Principialização” da Jurisprudência através da Constituição. Revista de Processo, n. 98, p. 84. No caso brasileiro, se os Princípios Gerais do Direito, de acordo com a Lei de Introdução do Código Civil, constituíam fonte secundária e subsidiária do Direito, aplicável apenas na omissão da lei, hoje os princípios fundamentais da Constituição Federal constituem a fonte primária por excelência para a tarefa interpretativa.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica** e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**, p. 233.

peças racionais, com o propósito de regular certas condutas e assegurar os fundamentos de uma cooperação social [...]”⁵⁵. Como bem observa Habermas, “os princípios morais, de origem jus-racional, são, hoje, parte integrante do direito positivo. Por esse motivo, a interpretação constitucional assume forma cada vez mais filosófica”⁵⁶.

A Constituição Federal de 1988, sem sombra de dúvida é a primeira carta brasileira a prestigiar a prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais. A ação imediata dos princípios, como escreve Jorge Miranda, “[...] consiste em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois conferem coerência geral ao sistema. [...]”⁵⁷.

Na trilha do cenário internacional, a vigente Constituição consagra um universo de princípios, fixando valores diretivos da agenda externa do Estado brasileiro, o que se pode considerar medida sem precedente na história do constitucionalismo nacional. Por isso mesmo, o Brasil tem como guia, dentre outros, os seguintes princípios: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.⁵⁸

No que tange à prevalência dos direitos humanos como princípio a reger o Brasil na seara política externa, forçoso admitir a legítima preocupação e interesse da comunidade internacional com esse valor supremo, de modo a brotar em nossa lei básica como tema global, o que contribuiu essencialmente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que nas palavras do então Ministro Celso Lafer “o princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional

⁵⁵ RAWLS, John. **A Theory of Justice**, p. 235-236.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**, 1992, p. 39.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, v. 2, p. 226-227.

⁵⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 4º e incisos. Com inspiração no art. 7º, 1 da Constituição Portuguesa de 1982.

politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos [...]”⁵⁹.

No plano dos tratados internacionais, torna-se mister breve esclarecimento sobre o respectivo significado jurídico, processo de formação e seu impacto jurídico na ordem interna do Brasil. Enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, passam a constituir a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Atua como sistema legal conceitualmente próprio e distinto, independente dos sistemas nacionais com os quais interage. Constitui o direito de uma ordem política internacional, possui seus procedimentos próprios relativos à elaboração e aplicação normativa.

A par disso, o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece como fontes do Direito Internacional, segundo HENKIN, “os tratados internacionais; o costume internacional; os princípios gerais de direito; as decisões judiciais e a doutrina”⁶⁰. Para o citado autor a expressão ‘tratado’ significa acordo vinculante celebrado entre sujeitos de Direito Internacional. Entende-se também como termo genérico empregado para se referir às convenções, os acordos, os protocolos e a troca de instrumentos, portanto, o termo eleito para se referir a um acordo não é em si mesmo importante e não apresenta maior consequência jurídica. Nesse sentido, diversas denominações são propaladas, tais como: Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, Tratado, ou Acordo Internacional, sendo que alguns termos são usados para denotar solenidade.

O processo de formação dos tratados internacionais resultou na elaboração da Convenção de Viena em 1969, com a categoria de Lei dos Tratados⁶¹. Limitou-se,

⁵⁹ LAFER, Celso. Prefácio ao livro de Pedro Dallari, **Constituição e Relações Exteriores**, p. XIX.

⁶⁰ HENKIN, Louis et al., **International Law**, p. XVII – XXXI.

⁶¹ A Convenção de Viena foi concluída em 23 de maio de 1969 e o Brasil formulou reservas aos artigos 25 e 66. Em 14 de Dezembro de 2009, foi expedido o Decreto de promulgação, n.º 7030. Até Outubro de 2009, a Convenção contava com 110 Estados - partes.

entretanto, aos tratados celebrados entre os Estados, sem envolvimento daqueles dos quais participam organizações internacionais.

Então, para fins de Convenção, o termo tratado tem o significado de acordo internacional concluído entre Estados, na forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, cabendo a observação de que tal análise restringe-se aos tratados celebrados pelos Estados, pela sua importância geral de proteção dos direitos humanos.

Por isso, a regra é a de que os tratados internacionais só têm aplicação aos Estados que expressamente consentiram em sua adoção, com fundamento no art. 6º da Convenção de Viena ao estabelecer que “todo Estado possui capacidade para concluir tratados”. Daí não poderem os tratados criarem obrigações para os Estados que neles não consentirem.

Nestes termos dispõe a citada convenção que “todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”, de modo que uma parte não pode se fundar em normas internas para eximir-se do respectivo cumprimento. Consagrado fica o princípio da boa-fé, a orientar ao Estado plena observância aos termos do que foi pactuado, considerando-se o pleno exercício de sua soberania ao contrair obrigações jurídicas no plano internacional⁶². Tendo-se em conta o processo de formação dos tratados, com força jurídica vinculante, vale notar que a sua inobservância resulta na violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. Como leciona Arnaldo Sussekind:⁶³

Se o respeito à soberania do Estado constitui um dos princípios basilares do Direito Internacional Público, não menos fundamental é o acatamento do aforismo *pacta sunt servanda*, em virtude do qual o Estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, sob pena de responsabilidade na esfera internacional [...].

⁶² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p.47

⁶³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**, p. 59.

Preceitua a Constituição brasileira de 1988, ao fim do catálogo de direitos por ela assegurados, que estes “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5, § 2º). Isso significa a incorporação pelo Texto Constitucional, de outros direitos previstos pelos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Esse processo de inclusão acaba por atribuir aos direitos internacionais natureza especial, isto é, norma de índole constitucional, de modo que os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte, integram o rol dos direitos constitucionalmente assegurados. Necessário compreender que esses direitos concorrem com as devidas garantias, sem as quais, perderia sentido e força obrigatória no que tange ao seu efetivo cumprimento. A proposta de Flávia Piovesan de nova classificação dos direitos previstos na Constituição, direciona à organização em três grupos distintos, à saber:

[...] a) O dos direitos expressos na Constituição a exemplo do art. 5º, e seus incisos; b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente c) o dos direitos implícitos – aqueles direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Os direitos implícitos constituem-se de abstração e vagueza, de alta subjetividade, já os expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte integram um universo claro e preciso, bastando examinar os instrumentos internacionais de proteção para se delinear os direitos constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, a Constituição recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais aos quais o Brasil se vinculou por ato de livre exercício de soberania, razão pela qual lhe confere natureza normativa constitucional.

Por isso mesmo, os direitos constantes dos tratados internacionais fazem coro ao elenco de direitos constitucionalmente previstos, o que por si só justifica a extensão a esses direitos o regime constitucional reconhecido aos demais direitos e garantias fundamentais. Para tanto, a Constituição brasileira de 1988 assegura a incorporação

automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, com aplicação imediata na ordem interna, de modo a irradiar efeitos de plano, no sentido de assegurar direitos imediatamente exigíveis no ordenamento jurídico pátrio.

Por consequência não há de se estranhar certo impacto jurídico desses tratados no Direito brasileiro. O primeiro deles se relaciona ao fato de nosso ordenamento jurídico, em especial a constituição em vigor, albergar vários dispositivos que reproduzem enunciados previstos em tratados internacionais de direitos humanos. A iniciar pelo art. 5º, III da CF, com a previsão de que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”.

Reproduz literalmente o art. V da Declaração Universal de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ainda art. 5º, 2 da Convenção Americana. Segue o princípio da igualdade inserido no caput do art. 5º da CF, reflexo de cláusula internacional no mesmo sentido, conforme art. VII da Declaração Universal, art. 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 24 da convenção Americana.

Sem a pretensão de exaurir o elenco dos princípios e direitos assegurados internamente, todos com inspiração e referência ao Direito Internacional, vale ressaltar o mais recente, listado no inciso LXXVIII do art. 5º inserido na Carta Constitucional de 1988 pela EC 45/2004, que diz respeito à duração razoável do processo, como reflexo da convenção Americana dos Direitos Humanos, art. 7º, n. 5. Isso significa a preocupação do nosso legislador em buscar orientação nesses mananciais jurídicos, e nem só isso, senão também equacionar o direito interno às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

O segundo impacto jurídico no plano da incorporação do direito alienígena dos direitos humanos à ordem jurídica pátria resulta na ampliação dos direitos já

assegurados, de sorte que “os tratados internacionais reforçam as normas tutelares, inovando-as, completando-as com a inclusão de novos direitos”⁶⁴.

Por isso, com a ratificação dos instrumentos internacionais de direitos humanos, vislumbra-se a possibilidade de elencar inúmeros direitos ainda não previstos na ordem interna, mas que a partir de então, passam a incorporar o Direito brasileiro.

Citam-se como exemplos, o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Ainda, direito das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas a ter a sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, nos termos do art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre tantos outros.

Como terceiro impacto jurídico estabelecido em decorrência da incorporação de normas estrangeiras ao sistema pátrio no tocante aos direitos humanos como reforço imperativo dos direitos assegurados, vem a hipótese de eventual conflito normativo entre as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do direito interno. Merece questionamento sobre a técnica de solução desse eventual conflito normativo, o que em princípio levaria à interpretação de se adotar o critério da lei posterior, invalidando a anterior naquilo que lhe for incompatível, levando-se em conta a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Noutra visão, entretanto, busca-se solucionar o conflito sob a ótica dos direitos fundamentais, carecendo de critério diferenciado a orientar para a norma mais favorável à vítima ou titular do direito violado. O critério que norteia à norma mais favorável à vítima na hipótese de conflito acima exposto, encontra resguardo, não apenas nos tratados de direitos internacionais de proteção dos direitos humanos,

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2011, p.151.

senão com espeque na jurisprudência dos organismos de supervisão internacionais.⁶⁵ Na lição de Antonio Augusto Cançado Trindade:

Desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito Internacional ou de Direito Interno.

Então, na perspectiva de tutelar os direitos humanos, movidos pelas mesmas necessidades e com o mesmo objetivo, caracteriza-se a interação das normas de Direito Internacional e Direito Interno, com prevalência daquelas de maior eficácia protetiva da pessoa humana, sem perder de memória a finalidade precípua dos tratados a que alude o presente estudo, aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos inscritos no plano normativo constitucional, jamais a sua restrição ou alienação.

Nestes termos se manifesta o Supremo Tribunal Federal em voto do Ministro Celso de Mello, no HC nº 96.772, em 09 de junho de 2009, aplicando a hermenêutica tendente aos direitos humanos, de conteúdo prevalente à norma mais favorável à vítima, no caso, ao paciente, conforme abaixo transcrito:

Os magistrados e tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana [...].

⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 1.998, p. 28 - 29.

Aliás, o princípio diretor de aplicação de lei mais favorável já vem contemplado, inclusive, nas primeiras linhas do vigente Código Penal brasileiro, que inobstante gestado na “Era Vargas”, com nítida ideologia fascista, logo, tendente à maior repressão e fortalecimento do Estado, passa por reforma ainda durante o regime militar, preservando a garantia de aplicação da lei penal mais favorável ao agente, em face do conflito intertemporal de leis dessa natureza. Nesse sentido, aplicação de leis ou tratados mais benevolentes ao ser humano, acusado de crime ou na qualidade de ofendido, na hipótese supramencionada, nos parece indubitável num ordenamento jurídico de Estado Democrático e de Direito.

2 O DEVER DE INVESTIGAR E PUNIR DO ESTADO E SEUS LIMITES

2.1 O ESTADO, PODER E DEVER

Preliminarmente, cabe analisar a concepção de Estado como noção de poder, visto ser responsável pela organização e pelo controle social, pois, detém o monopólio da violência legítima, numa concepção weberiana, e não raro, ainda que se digam democráticos de direito, por serem detentores da coerção, geralmente reivindicam alguma forma de legitimar seu poder político de modo a manter o domínio sobre os indivíduos.

Para o sociólogo, o conceito crucial da ciência política é o do poder. O poder legítimo, efetuado por meio de coerção legal, é a característica de um grupo em sociedade denominado Estado. Essa coerção é a função do Estado em uma sociedade, e tem por objetivo a proteção de direitos conferidos aos indivíduos, bem como a obrigação do cumprimento de seus deveres. Diga-se, deveres fundamentais, dentre eles, o de servir à pátria, o de votar, o de recolher os tributos, o de colaborar com a segurança pública abstendo-se de certas condutas positivas ou negativas perigosas tendentes à exposição do processo de vitimização, dentre tantos outros.

No nosso tipo de sociedade, o poder político, teoricamente ampara as pessoas e seus bens, mas não está isento de controle por parte por parte daqueles cujas pessoas e bens protege. Nem se reconhece como definitivo qualquer sistema de poder, pois, este funciona nos termos da estrutura da sociedade que se propõe a amparar. O objetivo do Estado Democrático de Direito não é abrigar o seu poder das transgressões dos governados, mas o de se mostrar sensível à manifestação das suas vontades e necessidades. Por isso, a força do Estado Democrático de Direito moderno está na consciência da existência dos governados, não na perpetuação e arbítrio dos governantes, conforme apregoava Maquiavel no século XVI, de que a ciência política representava a descoberta de meios que assegurassem ao monarca a permanência no poder.

Alguns entendem a figura do Estado como um poder institucionalizado. De igual modo, defende-se que o Estado é mero titular de um poder derivado do povo, fundamento do qual se extrai que esse poder deva ser exercido em prol da coletividade. A última tese se alicerça no art. 1º, § 1º da Constituição da República de 1988 ao preceituar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, estabelecendo em seguida os objetivos fundamentais da República⁶⁶.

Com efeito, a presença do Estado interfere intensamente na vida da sociedade e do indivíduo, e sua ausência, por mais paradoxal que se apresente leva ao desastre social, em virtude da insegurança e carência de ações positivas e dirigentes, com vistas ao cumprimento de seus objetivos.

A interferência do Estado enquanto entidade sinaliza sua atuação impondo determinadas restrições individuais ao estabelecer o que pode e o que não pode fazer mediante ameaça de restrição ou limitação da liberdade ao indivíduo que eventualmente violar o seu comando. Interfere na execução forçada de certas condutas, na concessão de autorizações para que pessoas particulares prestem determinados serviços de relevância social, dentre outros. Tal acontece no exercício do poder de polícia, que se refere à prática de um ente ou agente governamental de fazer serviços voltados ao registro, fiscalização ou expedição de algum ato, a exemplo das expedições de licenças, alvarás, títulos, dentre outros.

Nesse contexto, vale ressaltar o significado da expressão “poder de polícia” na esfera administrativa, não se confundindo com as atribuições das agências policiais que fazem parte da estrutura organizacional do Estado. As modernas concepções do Estado de Direito tem na concessão e garantia de direitos aos seus cidadãos o seu fundamento mais precioso. A própria teleologia do Estado indica como elemento

⁶⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 3º prescreve que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

central esta função de garantia, o que se observa em qualquer das teorias filosóficas a respeito, com exceção às de matriz marxista.

Esta finalidade autenticamente estatal de conceder e garantir direitos, todavia, com a evolução jurídico-política que se assistiu nos últimos séculos, passou a ser desempenhada em primeiro plano, pela Constituição, que elevada à categoria de lei das leis veio a sistematizar esta outorga de direitos e deveres dos cidadãos, disciplinando, inclusive a forma, como as normas jurídicas inferiores disporiam do estabelecimento ou restrição a tais direitos.

Mas é exatamente esta ideia que presidiu o fundamento de legitimação do Estado, qual seja, de organizar a convivência social, a partir da restrição a direitos e liberdades absolutas, em favor de um interesse geral, que outorgou ao Estado a prerrogativa de indicar e identificar esse interesse geral e, na sua proteção exigir determinadas condutas dos indivíduos, ou mesmo restringir o conteúdo de determinados direitos a limites que permitam o respeito à garantia desse interesse genérico, a que hoje se denomina interesse público.

Por tais razões, o Estado que se funda nos paradigmas das ideias liberais exercita o poder que lhe delega a sociedade com o objetivo de garantir as mínimas condições existenciais dos indivíduos, em clima de ordem e de paz, garantindo-lhes proteção aos interesses fundamentais, não só para cada indivíduo de *per si*, mas para categorias de indivíduos, de modo a legitimar o uso da força do Direito na busca pelo bem comum.⁶⁷ “Portanto, foi constituído visando justamente esses ideais, o que implica em exercício de poder, mando governamental e obediência civil, com atributos de legitimidade e soberania”.⁶⁸

⁶⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 6. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para Uma Teoria Geral da Política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 68 – 69.

Trata-se de figura ficta, detentora do monopólio da força, usa o poder da soberania e da violência simbólica para fazer valer a sua autoridade e arrecadar tributos, a fim de angariar recursos suficientes ao cumprimento de suas finalidades precípuas. O benefício aos cidadãos se apresenta pela prestação de serviços públicos, como educação, segurança pública, saúde, moradia, transporte, etc.

Nesse particular, a população demonstra desalento com as ações estatais na área social, inobstante a pesada carga tributária que assola o país, que arrecada ao estilo europeu e presta seus serviços ao estilo africano, com o devido respeito a esses continentes e povos.

A insatisfação popular foi aferida em fins de 2002 através de pesquisa realizada pela Fundação Instituto de Administração da Universidade de São Paulo, cujo resultado demonstrou que apenas 15% dos entrevistados depositavam confiança no governo, à frente dos partidos políticos com 7% de credibilidade popular. Em contraponto, a família com 94 % de confiança, correios e bombeiros com 93%, para mencionar apenas dois índices de menor e maior aprovação respectivamente, conforme publicação no jornal “O Estado de São Paulo”, p. C-4, novembro de 2002.

As políticas públicas como dever geral, o respeito ao ser humano e suas garantias constitucionais são essenciais ao Estado Democrático de Direito, em conformidade com o preâmbulo da Carta Política e em seu art. 1º, de modo que pressupõe um tipo de regime de Estado e Governo identificado pela predominância da ordem jurídica como fonte de legitimidade do Estado e do exercício do poder. Regime, poder e dever, sempre limitados pelo direito.

2.1.1 O Direito Como Limite ao Poder

O abandono da vida em estado natural e a passagem a um novo estágio, o estado civil ou social, teve como consequência o fenômeno da criminalidade acompanhando o homem por toda a sua vida, qual sombra sinistra, em face da

própria natureza humana. Com a transformação do modo de vida das pessoas, tornou-se imprescindível instituir regras de convivência visando a paz e a harmonia, estabelecendo, por conseguinte, punição ao infrator.

A Antiguidade conheceu e praticou a vingança privada, em que num primeiro momento os crimes eram punidos pelo particular ofendido ou por seus familiares ou membros de tribos a que pertencia. Numa fase seguinte, porém, não estancou, o castigo ficava a cargo de sacerdotes ou líderes religiosos os quais puniam o transgressor no intuito de aplacar a ira dos deuses, ao entendimento de que o crime afetava todo o grupo social por ofensa à divindade. Era a fase da vingança divina. A finalidade do castigo, além da pretensa resposta ao Ser superior, objetivava a purificação da alma do criminoso a fim de que este alcançasse a bem-aventurança, pelo que a reprimenda era intensa e desumana.

Numa última etapa surge a vingança pública, onde o Estado assume o monopólio do poder punitivo, o exercendo com arbítrio e barbárie, o que foi alvo de severas críticas de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, dentre outros de sua época.

Já no século XVIII, com o advento das escolas penais, em destaque as decorrentes do pensamento filosófico do Iluminismo, a sociedade burguesa de então, não aceitando mais as práticas punitivas naqueles moldes, com caráter nitidamente vingativo do Estado contra o indivíduo, desenvolveu-se a ideia de limitação do poder do Estado e concessão de direitos individuais aos cidadãos, tudo alicerçado no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade.

A partir daí a legislação criminal incorpora a preocupação com alguns princípios que foram se desenvolvendo ao longo do tempo, elevando o indivíduo à condição de sujeito de direitos. No limiar dessa época praticamente predominava a criminalidade individual ou simples, no máximo, em concurso de pessoas, podendo-se dizer, uma delinquência local e isolada.

Após a Revolução Industrial, com o desenvolvimento da tecnologia e a globalização da humanidade, novas condutas lesivas vão surgindo, forçando o Direito Penal a expandir as normas incriminadoras de modo a ampliar o leque de proteção aos respectivos bens jurídicos difusos, coletivos ou transindividuais.

Por óbvio, sendo o crime produto da ação humana decorrente de seu livre arbítrio, e também uma construção sócio-política, na medida em que a sociedade se desenvolve, reflete à mesma proporção esse fenômeno deletério, numa escala crescente valendo-se os criminosos da tecnologia desenvolvida para o benefício da humanidade, em sentido reverso, vale dizer, para perpetrar novos comportamentos lesivos a bens jurídicos.⁶⁹ Conforme Marcelo Valdir Monteiro:

Identifica-se, portanto, duas principais facetas criminógenas: I - a criminalidade de massa, decorrente das desigualdades sociais, com ênfase naquela sociedade moderna e consumista, sobressaindo os delitos de natureza patrimonial praticados, em regra, por agentes oriundos das camadas desfavorecidas pela sorte e, na maioria dos casos, ignoradas pelo poder público, logo, relegadas ao completo abandono. As vítimas na sua maioria são pessoas individuais, não raro desinteressadas em comunicar o fato às autoridades pela mínima chance de resolução do problema com a identificação do agente, ante a sensação de falência dos organismos do poder. Em quase todo o mundo, principalmente no Brasil, a forma de controle social na atualidade ainda é o formal, cuja pena básica é a prisão.

II - A criminalidade organizada, por sua vez, se mostra em potencialidade lesiva de maior relevância para a sociedade do que os crimes individuais. Assim, a criminalidade moderna vem ao encontro da criminalidade organizada, considerando que os crimes são múltiplos, o que se constitui no concurso heterogêneo de crimes e de criminosos. Pela diversidade e abrangência lesiva desses crimes, eles podem atingir nem somente ao indivíduo, mas uma coletividade determinada e até indeterminada, sendo que para tal desiderato utilizam-se da tecnologia disponível, na divisão de tarefas entre seus agentes, na corrupção de agentes públicos e outros elementos facilitadores. Pelas suas características e *modus operandi* dos agentes, o controle social para esse tipo de delito torna-se dificultoso e incerto, porque o único meio de controle que se afigura é o formal por meio da pena e o aparato do Estado encontra uma série de obstáculos no processo apuratório e identificação dos agentes concorrentes, sobretudo pela tecnologia empregada na dinâmica das infrações penais e sua abrangência territorial.

Com a prática da infração penal, surge, em tese, para o Estado, o *jus puniendi*, isto é a punibilidade, que em última análise, vem retratada no poder-dever do Estado

⁶⁹ MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Crime Organizado e Criminologia**, IN: __ SÁ, Alvin August de, & SHECAIRA, Sergio Salomão (orgs.). **Criminologia e os Problemas da Atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 217-218.

aplicar a regra do Direito Penal objetivo, quer punindo, quer absolvendo o imputado das acusações que pesam contra si, a depender de cada caso concreto.

O poder-dever do Estado em face do fenômeno criminal tem sido largamente tratado como “Direito Penal subjetivo”, ou simplesmente “direito de punir”. Ocorre que todo direito, bem assim todo poder, necessariamente devem obediência a limites. Esses termos que delimitam as atividades estatais antecedem a prática delituosa, sobretudo no que tange à constituição do próprio Estado com sua respectiva organização. Sob essa ótica vem a formação, distribuição e atribuições dos diversos setores do poder público, sem perder de vista a clássica tripartição dos poderes, que melhor seria usar a expressão tripartição das atividades inerentes ao poder, o qual é uno e indivisível.

Nessa visão embrionária de comportamento, surge um poder originário a dar forma e vida ao Estado, limitando seu campo de atuação a partir do plano constitucional. Seu poder legiferante, jurisdicional e executivo ou administrativo. Cada dimensão do poder público deve interagir com os demais organismos, todos guarnecidos pelas regras e princípios adredemente traçados pelas Cartas Constitucionais e ordenamentos legais.

Aliás, um dos princípios basilares a reger um Estado Democrático de Direito é o princípio da legalidade em sentido amplo, conforme assento constitucional (art. 5º, II, CF/88) de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Segue-se a imposição de comportamento geral, tanto do Estado quanto do indivíduo, de que somente a lei os obrigará ou os proibirá de realizar esta ou aquela conduta. Nessa ordem de comando surge outro princípio, também denominado por alguns como “legalidade”, para outros “reserva legal”, sendo certo que ambas as terminologias conduzem ao mesmo entendimento, ou seja, a legalidade, neste

último caso, em sentido estrito, posto cuidar de conduta a ser definida como infração penal, tanto na sua forma comissiva quanto na omissiva.

De qualquer modo, em que pese o princípio da legalidade ou reserva legal, não fica ao livre arbítrio do legislador ordinário a incriminação aleatória de condutas, sem que estas possam causar lesão ou ofensa a bens jurídicos imprescindíveis à convivência coletiva, ou então, que outros ramos do Direito possam interferir no comportamento positivo ou negativo do indivíduo evitando a tipificação criminal de comportamentos de menor gravidade social. Nesse particular, o poder estatal incriminador fica limitado por princípios universalmente aplicáveis pelas legislações modernas e democráticas, fronteiradas pelo garantismo penal, notadamente os princípios da ofensividade ou lesividade, humanidade, fragmentariedade e intervenção mínima, esta resultante da teoria do Estado mínimo.

O princípio da legalidade deriva de ordenamento constitucional, tanto na ordem jurídica interna como em inspiração internacional advinda dos Tratados Internacionais a que o Estado brasileiro aderiu livre e soberanamente. Certo de que a conduta só pode ser considerada penalmente reprovável e punível diante da tipicidade objetiva e subjetiva, nos exatos termos do art. 1º, do Código Penal e art. 5º, XXXIX da Carta Política em vigor, incontestável que a sanção respectiva deva, antes que mais nada, encontrar previsão em lei, e mais, lei anterior à prática do fato, incorporando outro princípio igualmente de índole constitucional, qual seja, o da anterioridade da lei penal. “Não há crime sem lei **anterior** que o defina, nem pena **sem prévia** cominação legal” (grifou-se).

A par dessas considerações preliminares sobre as normas legais e constitucionais de regência da matéria, importante observação tem lugar no que se refere às atividades institucionais encarregadas legalmente de definir quais condutas apresentam potencial lesivo ao corpo social e ao indivíduo, ou ao menos, expõem a concreto perigo de lesão aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Tal escolha não pode atender a meros caprichos do legislador ordinário em determinado momento histórico e político. Deve atender aos legítimos e mais altos interesses sociais, em conformidade com a evolução sócio-cultural, política, religiosa, percepção e valoração dos sentimentos éticos e morais de um povo.

Dentro desses parâmetros, a eventual aplicação da lei penal como corolário da conduta reprovável do agente, carece de precedente e intensa atividade estatal, no intuito de apurar a respectiva autoria ou participação, prova da existência do fato típico, sua motivação, circunstâncias e consequências do delito, cercado das garantias constitucionais e legais atinentes ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à presunção de inocência e em especial, o respeito ao princípio da dignidade humana, tão caro ao nosso sistema democrático.

Com essa preocupação e responsabilidade na apuração das infrações penais, ao mesmo tempo em que a lei básica funda e estrutura o poder punitivo do Estado fixa regras e princípios fundamentais que vão governar a intervenção jurídico-penal, criando, paralelamente, um sistema de garantias em face do exercício deste poder. Na lição de LISZT:⁷⁰

O Direito Penal, mais que formal e materialmente, ele mesmo é uma forma de violência, tendo-se em conta as prisões, penas, medidas de segurança, legítima defesa, que se pressupõe justa e necessária relativamente às violências que regula e combate, isto é, os crimes, de modo que o Direito Penal é violência, nem sempre legítima a serviço do controle da violência, nem sempre ilegítima. O Direito Penal é assim uma espada de duplo fio, porque é lesão de bens jurídicos para proteção de bens jurídicos.

A violência não é algo estranho ou extrínseco ao Direito, mas inerente à ideia e à realidade típica dele. A natureza violenta do Direito encontra fundamento em sua gênese, a considerar que o Direito é uma construção política e social. O crime é uma construção social e uma opção política. Não fosse o sistema de autocontrole do

⁷⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, t. 1. Apud: QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal, Parte Geral**, 7. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 3.

próprio poder político, o legislador ordinário incriminaria a conduta que bem satisfizesse os seus caprichos. Sobre o tema, Jacques Derrida⁷¹ escreveu que:

[...] Tal situação é, de fato, a única que nos permite pensar a homogeneidade do Direito e da violência como exercício do Direito e o Direito como exercício da violência. A violência não é exterior à ordem do Direito. Ela não consiste, essencialmente, em exercer sua potência ou uma força bruta para obter tal ou tal resultado, mas em ameaçar ou destruir determinada ordem do Direito, e precisamente, nesse caso, a ordem de Direito estatal que teve de conceder esse direito à violência, por exemplo, o direito de greve.

Em decorrência do conteúdo essencialmente violento do Direito, ele mesmo, sobrevive à custa de um sistema de freios e contrapesos de sorte a controlar a força repressora e punitiva do Estado, se valendo de normas internas e aquelas decorrentes dos Tratados Internacionais no plano da proteção dos direitos humanos, e por isso mesmo, não pode admitir um “direito punitivo” dotado “[...] de coerção direta e, diferentemente do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta distante dos limites do processo correspondente”.⁷²

Ao mencionar “direito punitivo”, à evidência, está se referindo ao Direito Penal material, isto é, aquele definidor das condutas típicas e respectivas sanções. Esse ramo do Direito está intimamente ligado ao Direito Processual Penal, que por sua vez é “parte do ordenamento jurídico que institui e organiza os órgãos públicos que cumprem a função jurisdicional do Estado e disciplina os atos que integram o procedimento necessário para a aplicação da resposta penal”.⁷³

Ao processo cabe a definição das competências, os procedimentos ou formas de conduzir a marcha processual, restando entender o processo penal como o próprio Direito Penal em movimento, formando, destarte, uma atividade complexa. Dois ramos do Direito trilhando as mesmas veredas em perfeito e contínuo diálogo, na

⁷¹ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81.

⁷² LOPES Jr, Aury. **In: Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 3.

⁷³ MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I: Fundamentos. 3. Ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 75.

busca de um objetivo comum. Em que pese essa interação, os dois ramos do sistema normativo não se confundem, bastando a observação quanto à finalidade típica de cada um e sua própria natureza: um de índole material e outro formal ou processual.

Por tais razões, não se admite a equivocada interpretação que se faz, por exemplo, no plano das medidas coercitivas cautelares, notadamente as prisões provisórias (em flagrante delito, temporária ou preventiva) ao classificá-las como pena antecipada, porque não se confunde prisão-pena com prisão meramente processual, cujas motivações são distintas no tempo e no espaço.

As providências cautelares têm lugar em face de imperiosa necessidade durante o desenvolvimento do processo, sem a preocupação com a gravidade do delito a que se apura, e refere-se ao comportamento do imputado que eventualmente venha a frustrar a produção do corpo probatório, bem assim, assegurar a eventual aplicação da lei penal.

Ainda se fala em restringir a liberdade individual para manutenção da ordem pública ou da ordem econômica, numa alusão vaga e abstrata do que venha a ser entendido como ordem pública e econômica. O legislador ordinário não considerou o direito de protesto tendo como consequência a liberdade de expressão que encontra assento no plano constitucional, e por isso, qualquer insatisfação de pessoas ou grupos sociais abre espaço para manifestações públicas, com clamores e inconformismos, portanto, não podendo servir de pretexto para segregação individual antes do trânsito em julgado de um provimento jurisdicional, em homenagem ao princípio da presunção de inocência. A prisão decorrente da sentença condenatória irrecorrível tem a natureza de pena e não medida cautelar, logo, a primeira interessa ao processo, já a segunda, ao próprio direito material em sua efetivação por intermédio do processo.

2.1.2 O Poder Punitivo e o Processo

Uma das principais características do Estado Democrático de Direito é a limitação do poder por meio do Direito. Essa limitação vem nitidamente demarcada pela ordem jurídica conforme alhures mencionados, e em especial o exercício do poder punitivo estatal é regido pelas normas processuais com as garantias que lhe são inerentes. Nessa linha de orientação, a prática do fato típico faz estabelecer uma relação jurídico-punitiva entre o Estado e o agente ao qual se imputa o fato punível, carecendo intensa atividade dos órgãos públicos, na conformação das regras estabelecidas pelo Código de Processo Penal e leis extravagantes correlatas, no sentido de apurar a autoria ou participação e materialidade delitiva.

Tal ocorre com a instauração do inquérito policial, na hipótese de carência de elementos informativos suficientes à formação da *opinio delicti* por parte do titular do direito de ação, Ministério Público nas ações penais de iniciativa pública ou do querelante no caso de ações de iniciativa exclusivamente privadas.

A obrigação de investigar e punir encontra-se dentro das medidas positivas que o Estado deve adotar para garantir os direitos reconhecidos na ordem interna e internacional, sendo uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como simples formalidade, condenada *ab initio* a ser tarefa infrutífera, ou como simples gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares, salvo nos casos expressos em lei.

À luz desse dever, ao conhecimento do fato, as autoridades competentes devem iniciar *ex officio* e sem delongas, uma investigação séria, imparcial e efetiva, amparada pelos ditames do arcabouço normativo de garantias de respeito à dignidade humana, sempre orientada à determinação da verdade.

Em face da obrigação institucional, cabe analisar a natureza jurídica do poder punitivo do Estado e questionar se há na espécie, poder, dever ou direito, pelo que resulta peremptoriamente na questão relacionada aos seus limites, sabendo-se que no âmbito do Estado Constitucional e Humanitário de Direito não se pode conceber nenhum poder absoluto ou ilimitado.

Por certo que esses limites são exteriorizados por meio de princípios, na sua maioria esmagadora, com base constitucional expressa. Dois deles, de tal magnitude que em todas as hipóteses do exercício do poder hão de ser observados: o da legalidade e o da dignidade da pessoa humana, este, compreendido como pressuposto da ideia de justiça [...]

Porque ela é dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal e social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. [...] norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo.⁷⁴

Enfim, o núcleo central sustentado pela norma de direito fundamental, cuja ilação lógica é assegurar e consagrar a proteção à dignidade humana. Entretanto, esclareça-se que a dignidade humana está ancorada no entendimento de sua supremacia e absolutismo às demais normas de direito fundamental e que possibilita trazer ao discurso formador do sujeito do enunciado, com destaque ao lugar discursivo do julgado, a possibilidade de uma construção social da visão de mundo heterônoma.

Os demais são corolários destes, por visarem aos mesmos objetivos, quais sejam, a proteção aos direitos da pessoa humana dentro das fronteiras normativas. Dois fatores apresentam relevância em face dos limites do “*jus puniendi*”. Em primeiro lugar os nefastos efeitos da intervenção penal com seu impacto destrutivo e irreversível e os altos custos sociais exigíveis à restauração pertinente.

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 389.

Em segundo, a vocação intervencionista do Estado, conforme mencionado linhas atrás, que potencializa a sua presença assim como o emprego dos meios ditos (*in*) eficazes para a solução dos conflitos e dirigir a convivência social. Noutra dizer, a atuação punitiva do Estado é qualitativamente drástica e quantitativamente extensa.

A doutrina penal tem se ocupado dos limites do *jus puniendi* seguindo duas vertentes. Uma delas tem assento no princípio da legalidade estrita ou da reserva legal, para limitar o poder punitivo do estado exclusivamente às hipóteses mencionadas pelo Direito Penal objetivo, portanto, o exercício do poder encontra seus limites no direito normatizado, tanto na aplicação quanto na execução das penas legalmente cominadas.

Outra orientação refere-se aos limites do poder ou faculdade de elaborar normas penais, por mais que esse delineamento obrigue a ultrapassar em muito o âmbito próprio do Direito Penal. Assim, os limites são regrados em todas as fases do *jus puniendi*, desde a elaboração normativa penal, à aplicação da pena e à respectiva execução.

Sob esse enfoque admite-se a existência de limites puramente formais, referente ao princípio da legalidade ou reserva legal, de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”⁷⁵, bem como, os materiais, representados pelos princípios da intervenção mínima do Direito Penal, exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da culpabilidade, da ofensividade ou lesividade, etc., no que limita a própria atividade legiferante do Estado.

De suma importância a compreensão do que se possa ser entendido como princípio, regra, norma, preceito, valor e garantia. Inicialmente diga-se que o Direito se expressa por meio das normas. Estas emanam das regras e dos princípios. Toda norma penal é composta de um preceito primário e de um preceito secundário. O preceito primário define o crime, já o preceito secundário comina a pena respectiva.

⁷⁵ Art. 1º, do Código Penal. Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Pelo que se observa norma, princípio, preceito, regra são conceitos interligados, porém, distintos.

Os valores do Estado Constitucional Humanitário de Direito são os vetores fundamentais que retratam suas bases epistemológicas. O valor-meta é a justiça e o valor-síntese é a dignidade humana. As garantias são os instrumentos criados pelo ordenamento jurídico com o escopo de reduzir a distância entre o normativismo e sua eficácia, isto é, a realização prática do direito normatizado, sendo certo que sua eficácia só pode ser alcançada por meio das garantias.

Os princípios, diferentemente das regras, não prescrevem determinada conduta, porque não contêm a especificação suficiente de uma situação fática, face à sua generalidade e abstração. Por isso, expressam critérios e razões para determinada decisão, mas não os definem detalhadamente. Ainda distintamente das regras, os princípios podem se realizar em maior ou menor medida, em razão de serem “mandamentos de otimização com uma dimensão de peso”.⁷⁶

As regras disciplinam determinada situação fática e definem suas conseqüências. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada, na visão dworkiniana. Quando duas regras colidem, fala-se em “conflito de regras” a ser solucionado pelos meios clássicos de interpretação usando os critérios da especialidade, o da lei posterior, etc. Os princípios por sua vez, são diretrizes gerais de um ordenamento jurídico, com espectro de incidência mais amplo que as regras.

Entre eles haverá colisão e não conflito, e quando colidem não se excluem. A incidência se verificará diante dos casos concretos. Portanto, a diferença marcante entre regras e princípios reside no seguinte ponto: a regra cuida de uma situação concreta, enquanto os princípios norteiam uma multiplicidade de situações, a exemplo da presunção de inocência, forma de tratamento dispensado à pessoa do imputado, dentre outras.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

A legislação processual pertinente estabelece as regras e diretrizes que vinculam as autoridades encarregadas das apurações preliminares na fase inquisitória, para cada situação em particular. Nas infrações penais, cuja ação seja de iniciativa pública, o inquérito policial deva ser iniciado de ofício pela autoridade policial, ou mediante requisição do órgão do Ministério Público ou a requerimento do ofendido ou seu representante legal.

O Código ainda mantém positivada a iniciativa do juiz no tocante à requisição de inquérito, fato criticado pela doutrina penal, levando-se em conta o princípio da inércia da jurisdição e a exclusividade do Ministério Público na propositura das ações penais públicas, nos termos do art. 129, I da Carta Política vigente. Entende-se que a iniciativa do juiz ou qualquer ato de diligência visando a construção do corpo probatório compromete a sua imparcialidade no momento de julgar.

A norma penal incriminadora reserva a alguns tipos penais uma condição de procedibilidade da ação, à saber: representação do ofendido ou seu representante legal, e requisição do Ministro da Justiça. Preceitua o art. 5º, § 4º, do CPP⁷⁷ que nem mesmo o inquérito policial será iniciado nesses casos sem a satisfação dessas condicionantes, denominadas condições de procedibilidade, quanto mais a propositura da ação por meio do oferecimento de denúncia.

Outras infrações, expressamente declaradas em lei, a iniciativa da ação penal compete exclusivamente ao ofendido ou seu representante legal, ressalvado o caso de ação penal privada personalíssima, especificamente prevista na hipótese do delito previsto no art. 236, do CP.⁷⁸ Nos delitos cuja iniciativa da ação penal seja

⁷⁷ Art. 5º, § 4º, CPP diz textualmente: “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”.

⁷⁸ Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento: “Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Parágrafo único: A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento”. Os impedimentos constam dos artigos 1.521 e 1.522 do Código Civil.

atribuída ao ofendido, a instauração do inquérito policial dependerá de requerimento daquele que tiver qualidade para intentá-la.⁷⁹

Diante do silêncio da lei, e em conformidade com o art. 100, 1ª parte do Código Penal, a ação penal é pública incondicionada, isto é, não depende de condição alguma para a sua propositura, e de igual modo, a instauração do inquérito policial se realiza *ex officio*, por força de auto de prisão em flagrante ou mediante portaria instauradora da autoridade policial, seguindo aos ulteriores trâmites legais, conforme ditames dos artigos 4º *usque* 23 do CPP vigente.

Inobstante as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa⁸⁰, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que o inquérito policial constitui-se de peça meramente informativa, de natureza inquisitorial, não sujeita ao contraditório e ampla defesa, todavia, assegura ao defensor acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento investigativo na esfera da polícia judiciária.

Tal entendimento baseia-se no fato de que na fase extrajudicial inquisitória não há acusação nem acusado, e os elementos indiciários coligidos na instância policial só produzirão efeitos jurídicos capazes de sustentar uma condenação, na hipótese de ratificação das provas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como assegura a norma fundamental.

Esse raciocínio, de duvidosa constitucionalidade, contribuiu para que na reforma do Código de Processo Penal, cujo anteprojeto encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, já na exposição de motivos, dois renomados juristas Ministro Hamilton Carvalhido – Coordenador, e Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira –

⁷⁹ Art. 5º, § 5º, do CPP: “Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”.

⁸⁰ Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Suma Vinculante nº 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Relator, se manifestassem sobre uma convergência quase que absoluta sobre a necessidade de elaborar um novo Código de Processo Penal a partir da ordem constitucional de 1988, por duas razões: a) histórica: pelas determinações e condicionamentos materiais de cada época; b) teórica: alusiva à estruturação principiológica da legislação codificada que data de 1941, portanto, já definitivamente superada.⁸¹

Continua citando a incompatibilidade entre os modelos normativos do CPP (Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1.941) e da Constituição Federal de 1988, como algo manifesto e inquestionável. A comparar a exposição de motivos do vigente CPP com o catálogo de direitos e garantias fundamentais na ordem constitucional em vigor, deixa clara a incompatibilidade entre os dois textos, inadmissível, portanto, uma sobreposição de norma processual infraconstitucional que verbere sobre a diminuição de garantias e direitos individuais.

A constituição é sem dúvida a legitimidade, a energia e o limite do poder, de sorte que “nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático [...]”.⁸²

2.1.3 A Fase Preliminar da Persecutio Criminis

Seguindo as diretrizes normativas do vigente CPP, qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da prática de infração penal que se apure mediante ação pública poderá verbalmente ou por escrito levar a notícia ao conhecimento da autoridade policial e esta, certificando-se da procedência das informações mandará instaurar inquérito. Essa atividade *ex officio*, isto é, em razão do cargo ou da função que exerça, em regra, se efetiva pelo auto de prisão em flagrante, quando as

⁸¹ Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Exposição de Motivos, 2008, p. 15.

⁸² Idem. Op. Cit.

circunstâncias autorizam esse procedimento⁸³. Não havendo prisão em flagrante delito, o inquérito policial será instaurado mediante portaria da respectiva autoridade de polícia judiciária, seguindo os ditames do artigo 6º, incisos I a IX, e seguintes do CPP.

A ordem das diligências a realizar em torno da apuração fática dependerá do caso concreto que se apresente, e do poder discricionário da autoridade policial encarregada dos trabalhos investigativos. Todavia, algumas regras deverão ser trilhadas, com o objetivo de se alcançar o sucesso pretendido. Tais regras estão insertas no dispositivo legal sob enfoque, sendo a primeira determinação, o comparecimento da autoridade no local do fato, providenciando para que não se alterem o estado das coisas, até a chegada dos peritos.

Essa providência pode ser determinante na colheita dos indícios veementes de autoria e estabelecimento provisório da materialidade delitiva. Apreender os produtos e instrumentos relacionados ao crime, com observância das cautelas relativas às garantias constitucionais alusivas à dignidade da pessoa humana, inviolabilidade domiciliar e de correspondência ou outro meio de comunicação e demais dados amparados pelo sigilo. Realização de exames de corpo de delito e outras perícias pertinentes, quando a infração deixar vestígios, em regra, os crimes materiais, isto é, aqueles constituídos por conduta e resultado material.

Inquirir se possível, o ofendido, testemunhas ou pessoas sobre as quais recaiam indícios de autoria ou participação. Inúmeras diligências são possíveis a depender do caso concreto, incluindo-se a reprodução simulada dos fatos, desde que não atentem à moralidade pública e à dignidade humana.

⁸³ Art. 302 e seus incisos da CPP: “Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Do conjunto de dados informativos coligidos na fase preliminar da investigação podem-se extrair indícios veementes de autoria ou participação, que apontem a alguma ou mais pessoas, com possibilidade ou necessidade de adoção de medidas cautelares que assegurem o sucesso das apurações até a fase conclusiva, o que conduzirá a autoridade policial a representar judicialmente acerca das medidas necessárias, sem desprezar a razão e as garantias constitucionais.

Dentre elas, a mais drástica e irreversível: a segregação provisória. Amparada por disposição legal, a prisão temporária como *ultima ratio* nas investigações criminais, tem se banalizado nos últimos tempos, mesmo com as novas regras acautelatórias já em vigor desde julho de 2011, acenando para outras medidas cautelares restando a prisão como última providência e em caso de extrema necessidade. A odiosa medida legal, vem se apresentando injusta, em face do antecipado juízo de valor quanto ao mérito da questão, em violação ao princípio da presunção de inocência, ainda que relativo, mormente, quando se conclui ao final das apurações que o indivíduo não praticou e nem concorreu minimamente para o fato que se apura.

De suma importância para este estudo, os incisos VIII e IX do dispositivo em tela⁸⁴, notadamente a ordem expressa para a identificação criminal do indiciado, cujo procedimento sofreu mitigação com o artigo 5º, LVIII da CF vigente⁸⁵, regulamentada pela Lei 12.037, de 1º de outubro de 2009⁸⁶.

⁸⁴ CPP, art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: VIII. “Ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”.

IX – “averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter”.

⁸⁵ Constituição Federal. Art. 5º, LVIII – “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

⁸⁶ Lei 12.037/2009. Art. 1º - “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei”. Art. 2º - “A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II- carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado”. Parágrafo único. “Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificações civis os documentos de identificação militar”.

Este diploma legal elenca as hipóteses determinantes da identificação criminal do indiciado, matéria a ser enfrentada logo mais em outro capítulo, entretanto, desde logo, deixa-se claro o cerne da questão sob análise: identificado ou não o indiciado, seu nome será lançado em banco de dados do sistema de inteligência de segurança pública em nível nacional, sem a possibilidade de exclusão, *a priori*, ainda que absolvido das imputações objeto da investigação.

Cumpridas as fases investigatórias destinadas à apuração da existência do fato e sua autoria e/ou participação, a autoridade que preside ao inquérito fará minucioso relatório do que tiver sido apurado, bem como as diligências realizadas, mencionando, se for o caso, eventuais testemunhas por ouvir e, remeterá os autos a juízo, no prazo de 30 dias se o indiciado estiver em liberdade ou em 10 dias se estiver segregado, ressalvados os prazos referidos em legislação extravagante.

Com a remessa dos autos do inquérito ao seu destino, esgotam-se, as atividades da polícia judiciária, na órbita das apurações preliminares, exceto a superveniência de diligências complementares e outras medidas requisitadas pelo órgão do Ministério Público em sua função constitucional de controle externo da atividade policial, ou como imprescindível à formação ou não da sua *opinio delicti*.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO

3.1 HISTÓRIA, HISTORICIDADE E MEMÓRIA

A mais antiga e venerável ciência social é a História, que foi descrita pelo historiador Ranke⁸⁷ como o registro do “que realmente aconteceu”. Esse registro deve incluir, naturalmente, as condições que fazem as coisas acontecerem, a causa específica do seu acontecimento, os eventos mais importantes e a sua maneira de se relacionar com os demais. A História é um processo coletivo, dependendo a seleção dos fatores do ponto de vista do historiador. O historiador norte-americano Carl Becker dava tanta ênfase ao processo de seleção que declarou: “Cada homem é o seu próprio historiador”.⁸⁸ Mas se a História é uma disciplina tão antiga e respeitável, tanto ou ainda mais do que as ciências naturais, qual o motivo de tanto interesse pelo desenvolvimento relativamente atrasado das ciências sociais? A resposta à essa indagação emana do entendimento contraditório dos próprios historiadores, que em grande parte não a consideram uma ciência social. A maioria deles prefere a tese de que ela pertence ao campo das humanidades e das artes, e nega a existência de qualquer ciência da História. Um autor⁸⁹ declarou recentemente que

A História apresenta um espírito mais genuinamente científico, quando considera as razões pelas quais não pode ser rigorosamente objetiva ou estritamente científica em seu método [...]. Entre essas razões está a necessidade de tratar com um complexo de fatores físicos, biológicos e culturais, que não podem ser medidos, isolados em experiências controladas, ou reduzidos a uma única coisa.

A hipótese posta não se apresenta no todo inconcebível, tendo-se em conta o questionamento de Tércio Sampaio Ferraz Junior sobre a cientificidade do Direito⁹⁰, considerando-se que o termo ciência não é unívoco, e que as modernas discussões sobre o termo estão sempre ligadas à metodologia. Assim, a ciência seria

⁸⁷ RANKE, Leopold Von. (1795 a 1886), considerado o Pai da História Moderna.

⁸⁸ SIMPSON, George. (Título original: *Man in Society*. Nova York: Random House, 1.954). **O Homem na Sociedade**. Tradução de Milton Pernson. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1967, p. 19.

⁸⁹ MÜLLER, Herbert J. **The Uses of the Past**. Nova York: Oxford University Press, 1.952, p.30

⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

constituída de um conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá. E a História não dá conta de transmitir com exatidão o que existiu menos ainda estabelecer previsão do que existirá. A reconstrução de fatos pretéritos depende da existência de registros, vestígios e memórias que indiquem os eventos de outrora. Nesse contexto, a História nos faz lembrar alguma coisa ou acontecimento.

Para se esquecer alguma coisa ou algum fato, nada mais imprescindível do que a sua existência em memória. Logo, urge manter acesa a ideia de que algo aconteceu em algum momento pretérito da nossa vida. Então, a manutenção desse fato relevante memorizado diz respeito à história de vida de uma pessoa. Portanto, um fato histórico. O historiador católico Henri-Irénée Marrou⁹¹, retomando à análise de Santo Agostinho, desenvolveu a ideia da ambigüidade do tempo da história, para dizer que:

Ele está carregado de uma ambigüidade, de uma ambivalência radical; ele é certamente, mas não só, como o imaginava uma doutrina superficial, um fator de progresso; a história tem também uma face sinistra e sombria: este acontecimento que se cumpre misteriosamente traça um caminho através do sofrimento, da morte, e da degradação.

Significa que nem todo fato historicamente relevante faz bem ao ser humano e, por isso mesmo, necessita, de algum modo, dele ser desvencilhado. O que se efetiva através do esquecimento pelo próprio indivíduo, como também pela sociedade e, em especial, por parte do poder público, possibilitando ao indivíduo restabelecer o convívio social com dignidade.

Pertinente esclarecer acerca da criminosa eliminação da memória por meio da destruição de museus, livros, arquivos, bibliotecas, obras de arte e documentos, o que o venezuelano Fernando Báez chama de “memoricídio”, e reafirmado por

⁹¹ MARROU, Enri-Irénée. **Théologie de L'Histoire**, Seuil, 1968. (Teologia da História)

Eduardo C.B. Bittar⁹² em palestra proferida na Faculdade de Direito de Vitória em 26 de março de 2010, sob o tema “Direito à Memória e Justiça de Transição”.

Mas afinal, o que vem a ser memória? “A memória, no sentido primeiro da expressão, é a presença do passado”, nas palavras de Raimundo Nonato Pereira Moreira⁹³ em artigo publicado sobre o título “História e Memória: Algumas Observações”, a partir das obras de Peter Burke, Henry Rousso e Jacques Le Goff.

A memória é uma construção psíquica e intelectual que acarreta de fato uma representação seletiva do passado, que nunca é somente aquela do indivíduo, mas de um indivíduo inserido num contexto familiar, social, nacional. Na perspectiva de Maurice Halbwachs (1877 – 1945), “toda memória é coletiva”. Conforme Rousso⁹⁴:

Seu atributo mais imediato é garantir a continuidade do tempo e permitir resistir à alteridade, ao ‘tempo que muda’, as rupturas que são o destino de toda vida humana; em suma, ela constitui um elemento essencial da identidade, da percepção de si e dos outros.

Determinados acontecimentos na vida das pessoas podem edificar um acervo memorial de tamanha magnitude que determinam a felicidade ou infelicidade delas ou de seus familiares e amigos. Tal fenômeno decorre da própria vida, da natureza humana e das relações sociais, culturais, religiosas, jurídicas, familiares, dentre outras tantas. Cuida-se de registro psíquico consciente ou inconsciente cuja mão humana não logrou ainda a capacidade de extração dessa lembrança, ou de determinar a sua permanência no âmago da consciência do ser humano, de tal modo que venha a acompanhá-lo até o último instante de sua vida.

⁹² BITTAR, Eduardo C. B. Palestra proferida em 26.03.2010, na FDV, sobre o tema: **Direito à Memória e Justiça de Transição**.

⁹³ Doutorando pela Universidade de Campinas/SP – UNICAMP, Professor do curso de licenciatura em História das Faculdades Jorge Amado e da Universidade Estadual da Bahia (UNEB).

⁹⁴ ROUSSO Henry. **A Memória Não é Mais o Que Era**. In: AMADO, Janaína & FERREIRA, Marieta. (Coords.) **Usos e Abusos de História Oral**. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 94-95.

Algumas recordações, pela sua preciosidade merecem avivamento constante, por serem benéficas à humanidade. Outras, porém, indiferentes ou menos importantes, não alteram o comportamento de seu detentor. Algumas, de tão perniciosas, não deveriam sequer existir. A cada instante que se recorda, surge uma sensação de dor e desprezo, de ódio, fraqueza, sofrimento, sentimento de culpa, arrependimento ou sede de justiça.

Dessas situações, seja em qualquer grau ou profundidade valorativa, o indivíduo, moço ou idoso, dela não pode se desvencilhar. Entretanto, tem o direito de que as outras pessoas não façam menção a tais fatos, quando lesivos ao seu sentimento pessoal. Em que pese o direito constitucional de liberdade de expressão do pensamento, este direito encontra limites na própria constituição e nas regras de direito internacional de amparo à dignidade humana, de sorte que esquecimento e direito de expressão, típico dos órgãos de imprensa com toda a sua liberdade, podem colidir

Para Jacques Le Goff⁹⁵ foram os gregos antigos quem fizeram da memória uma deusa, de nome “Mnemosine”. Ela era a mãe das nove musas procriadas no curso de nove noites passadas com Zeus. Mnemosine lembrava aos homens a recordação dos heróis e dos grandes feitos e preside a poesia lírica. Deste modo, o poeta era um homem possuído pela memória, um adivinho do passado, a testemunha inspirada nos “tempos antigos”, da idade heróica e, por isso, da idade das origens.

À guisa de explanação, atenha-se à linha descendente da memória, que segundo a mitologia grega, as musas dominavam a ciência universal e inspiravam as chamadas artes liberais. As nove filhas da Mnemosine eram: Clio (história), Euterpe (música), Tália (comédia), Melpômene (tragédia), Terpsícore (dança), Erato (elegia), Polínia (poesia lírica), Urânia (gastronomia) e Calíope (eloquência).

⁹⁵ http://www.fja.edu.br/proj-acad/praxis_02/documentos/ensaio_2.pdf. Acesso em 17/08/2011

Então, de acordo com essa construção mítica, a história é filha da memória. Todavia, os cerca de vinte e cinco séculos de existência da historiografia demonstram uma relação ambígua e tensa entre mãe e filha, isto é, entre Mnemosine e Clio, o que faz sentido a análise de santo Agostinho e desenvolvida por Marrou. Ao final do século XX, a partir dos anos 70, inúmeras transformações ocorreram na história, em face de avaliações levadas a efeito pelas complexas relações que vinculam e separam história e memória.

Segundo Peter Burke⁹⁶, a visão tradicional das relações entre história e memória se apresentava sob uma forma relativamente simples: a função do historiador era ser o guardião da memória dos acontecimentos públicos, quando escritos para proveito dos autores, para lhes proporcionar fama, e também em proveito da posteridade, para aprender com o exemplo deles.

Para Cícero (106 a.C. – 43 a. C.) a história era a vida da memória. Na mesma perspectiva, Heródoto (484 a.C – 425 a. C.). Enquanto Jean Froissart (1337 – 1410) e o Conde de Clarendon (1609 – 1674) ambos de nossa era, afirmaram que se escrevia para manter viva a memória dos grandes fatos e feitos notáveis.

No entanto, não se pode considerar correta a afirmação segundo a qual a memória reflete o que aconteceu na realidade e a história espelha a memória. Ambas passaram a se revelar cada vez mais complexas. Lembrar o passado e escrever sobre ele não se apresentam como as atividades simplórias julgadas até bem pouco tempo, visto que tanto as histórias quanto as memórias não mais se parecem objetivas.

Coube a Maurice Halbwachs pesquisar mais profundamente o que se denominou “estrutura social da memória”, na década de 1.920, pelo que concluiu “ser as memórias, construções de grupos sociais”. Assim o diz levando-se em conta que embora sejam os indivíduos que lembram no sentido literal da expressão, são os

⁹⁶ http://www.fja.edu.br/proj-acad/praxis_02/documentos/ensaio_2.pdf. Acesso em 17/08/2011

grupos sociais que determinam o que é memorável e as formas pelas quais será lembrado. Portanto, os indivíduos se identificam com os acontecimentos públicos relevantes para o seu grupo.

“Lembram muito aquilo que não viveram diretamente. Um artigo de noticiário, por exemplo, às vezes se torna parte da vida de uma pessoa. Daí pode-se descrever a memória como uma reconstrução do passado.”⁹⁷ Inegável a importância do papel da memória na (des) construção da identidade, face à sua capacidade de filtrar e manter sentidos, cujos processos e efeitos podem refletir lembrança, redefinição e transformação, de esquecimento, ou ainda, de ruptura, de negação do vivido e do já dito.

Não escapam o testemunho de algum crime, a ocorrência de algo ilícito perpetrado pelo próprio indivíduo, ou então, conduta lesiva da qual foi vítima, com destaque uma ingratidão ou injustiça. Em relação à última, cita-se a inscrição do nome do imputado em bancos de dados policiais em rede local e nacional no limiar das investigações acerca de possível infração penal, sem a certeza *a priori*, de que ele seja seu autor ou partícipe. O que é pior, ainda que absolvido definitivamente ou em caso de arquivamento das peças investigativas, seu nome permanece perpetuamente dentre o elenco dos que foram definitivamente condenados.

Em todos esses casos a memória eterniza o sofrimento. Isso porque, com a absolvição caracteriza-se a sua inocência, e com o arquivamento do inquérito a culpa não se comprovou; com a extinção da punibilidade, restou desinteresse do Estado ao exercício do *jus puniendi*. Com a impronúncia nos processos do tribunal popular do júri, as provas produzidas em juízo diante do contraditório apresentaram-se tão fragilizadas que não apontaram sequer indícios capazes de convencer ao magistrado sobre a autoria ou participação. Por isso, não resistiu a um juízo de admissibilidade de acusação.

⁹⁷ BURKE, Peter. **História Como Memória Social. In: Variedades de História Cultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p.70.

Guardar memória de fatos desse quilate, além de ferir intensamente o inocentado, multiplicadamente vítima do Estado que ele ajuda a construir e manter, do qual faz parte na qualidade de cidadão, não interessa em nenhum momento ao interesse público. O que está em jogo é a liberdade individual e os direitos humanos fundamentais.

Em linhas derradeiras desse tópico, vale ressaltar o texto canônico de Jacques Le Goff, com a reflexão acerca do vínculo existente entre história e memória. [...] “A memória, onde cresce a história, que por sua vez a alimenta, procura salvar o passado para servir o presente e o futuro. Devemos trabalhar de forma que a memória coletiva sirva para a libertação e não para a servidão dos homens”⁹⁸. Caso contrário urge pensar e defender o direito fundamental ao esquecimento.

Não se refere ao esquecimento de fatos marcantes na vida de um povo, como ocorrera no Brasil, sobretudo entre 1.964 e 1.985 em que milhares de brasileiras e brasileiros foram impiedosamente molestados, e muitos deles mortos ou desaparecidos, sem que se tenham notícias de seus paradeiros até nossos dias. A história e a memória nesse ponto foram e ainda estão sendo por demais cruéis, sabendo-se que, pela sua importância, hão de permanecer eternamente registrados na vida nacional.

O dossiê dos mortos e desaparecidos políticos⁹⁹ desse período colaciona os fatos, com nomes e atividades políticas, profissionais e intelectuais das vítimas. Menciona documentos e arquivos consultados, além de muitos outros ainda permanecerem sob o manto do sigilo, quando o interesse público indica o inverso. Tal peça histórica é de tamanha magnitude que ao prefácio do Cardeal D. Paulo Evaristo Arns, Arcebispo Metropolitano de São Paulo, em 1994, assim se manifesta [...] “Este é um livro de dor. É um memorial de melancolias. Um livro que fere e machuca mentes e

⁹⁸ LE GOFF, Jacques. **Memória. In: História e Memória**. Campinas: Ed. Unicamp. 1994, p. 477.

⁹⁹ Dossiê da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos, Instituto de Estudo da Violência do Estado – IEVE e Grupo Tortura Nunca Mais, RJ e PE. CEPE – Companhia Editora de Pernambuco, 1995. Apresenta a relação nominal das vítimas da repressão político-militar desse período, fls. 41 – 415, num total oficialmente divulgado, de 253 entre mortos e desaparecidos.

corações. Um livro para fazer pensar e fazer mudar o que deve ainda ser mudado e pensado em favor da vida e da verdade”.

3.1.1 O Esquecimento Como Direito Inominado

O ser humano, pela própria natureza, é dotado de necessidades, algumas especiais, outras decorrentes de certos acontecimentos. A necessidade de esquecer é uma delas, e tão vital quanto a de lembrar certos fatos marcantes ao longo de sua existência. Logo, lembrar e esquecer determinados eventos são necessidades inerentes à espécie humana.

Tal ocorre em decorrência das informações recebidas ininterruptamente, de modo que se preservem as que são úteis, necessárias ou agradáveis e possibilite esquecer as nocivas ou inúteis, sem estabelecer contradição entre lembrar e esquecer, pois, fazem parte do mesmo processo. Segundo Filloux.¹⁰⁰

O esquecimento é dotado de um caráter teleológico, não é o avesso da memória, tem uma função positiva, e essa forma da sabedoria humana, que chamamos de experiência, não consiste menos em expulsar do espírito os pormenores inúteis, insignificantes e vãos, do que guardar os que comportam um ensinamento ou uma lição.

É possível reconhecer no ordenamento jurídico brasileiro a existência de um direito ao esquecimento, consistindo em poder esquecer e ser esquecido, manifestando-se em três posições básicas: a) o direito ao cancelamento dos registros criminais, conforme argumentação inserida no capítulo anterior; b) pelas diversas formas de prescrição e; c) pelos institutos da anistia, da graça e do indulto.¹⁰¹

A concepção do esquecimento como um direito modifica sobremaneira o seu significado jurídico porque, tradicionalmente, era concebido como forma de punição

¹⁰⁰ FILLoux, Jean-Claud. **A Memória**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959.

¹⁰¹ DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

ou benevolência. Enquanto penalidade pode ser citada a *damnatio memoriae*, um instituto de direito público romano que consistia em fazer desaparecer o nome do Imperador governante extinto, dos documentos dos arquivos e das inscrições monumentais¹⁰².

Como benevolência soberana o esquecimento é geralmente efetivado através da anistia, do indulto e da graça, colacionados no vigente Código Penal como causas extintivas de punibilidade ou da própria pena, no artigo 107, II. São empregados, de regra, para solucionar inconvenientes de ordem social ou política, pacificando, em tese, o sentimento coletivo e a opinião pública.

Tais institutos vistos como clemência soberana, enquanto faculdade ou benesse do governante em relação ao indivíduo se mostra como resquíio dos Estados Absolutistas, inobstante excepcionalmente justificável. Entretanto, deixa transparecer a necessidade de atualização nos moldes do Estado Democrático de Direito.

A aplicação desses institutos deve ser pautada pelo respeito aos princípios da legalidade e da igualdade, mormente porque está submetida ao juízo de discricionariedade dos poderes constituídos. Assim evitar-se-ia o risco da utilização abusiva, sobretudo da anistia, para fins opostos aos interesses da sociedade, conforme amplamente divulgado nos últimos dias, em relação à concedida pela Lei 6.683, de 19 de dezembro de 1979, anistiando as violações cometidas durante o período compreendido entre 02 de setembro de 1.961 a 15 de agosto de 1.979, e confirmada a sua validade pelo STF, em julgamento de ADPF nº 153 - DF.¹⁰³

¹⁰² LE GOFF, 2000, p. 26; WEINRICH, 2001, p. 59

¹⁰³ Lei 6.683/79 – Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativos e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Idem, § 1º - Consideram-se conexos, para os efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. ADPF nº 153-DF, Relator Ministro Eros Grau.

Não foram poucas as críticas de setores políticos e da própria sociedade interessada em ver a responsabilização e conseqüente punição de agentes públicos que laboraram na repressão política entre 1964 e 1985, quando se encerra o período do regime ditatorial, sabendo-se que a anistia contemplou os agentes até 1979.

Neste caso em especial, tem-se um esquecimento jurídico dos fatos, cujo benefício alcança pessoas indeterminadas, de forma genérica, o que não afasta da memória do povo brasileiro e das comunidades internacionais interessadas, as atrocidades cometidas nessas duas décadas sombrias, e nas palavras do ministro Eros Grau, relator da matéria, “a decisão pela improcedência da presente ação (ADPF 153-DF) não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes”.

No caso deste trabalho o que está em pauta é o direito ao esquecimento, sendo este direcionado aos inscritos nos institutos de identificação ou órgãos congêneres, após formal indiciamento em inquérito policial, com inarredável mácula em sua vida pregressa, o que o acompanhará perenemente, ainda que comprovada sua inocência por provimento jurisdicional irrecorrível.

Caso fosse condenado o agente do crime, justificável a manutenção de seus antecedentes naqueles órgãos, até a sua reabilitação, ou ao completar cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena. Isso se deve em virtude de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP e circunstâncias legais genéricas agravantes da reincidência previstas nos artigos 61, I e 63 do mesmo estatuto repressivo.

Todavia, decorrido o lapso temporal prescricional da reincidência (art. 64, CP) o sigilo dos registros se impõe, com os ditos registros somente nos anais judiciários, para aferição de maus antecedentes do acusado, caso volte a delinquir. Nas demais hipóteses, oportuna a exclusão definitiva do nome do cidadão dessas repartições. Aí está o fundamento do direito ao esquecimento, implicitamente previsto nos artigos 202 da Lei 7.210/84 e 93 do CP, e sua combinação com o artigo 748 do CPP.

Na órbita infraconstitucional, o direito ao esquecimento encontra escora no artigo 202 da Lei 7.210/84 (Lei das Execuções Penais), ao prescrever que

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração ou outros casos expressos em lei.

A proibição de noticiar os registros sobre a condenação e o processo, decorre de provimento jurisdicional condenatório irrecorrível, posto que já comprovada a culpa do agente na infração penal a que respondeu. Mesmo assim, entendeu o legislador que não se cogita mais sobre o tema, exceto nos casos específicos e previstos em lei, o que nos leva ao entendimento de que esse controle deve ficar por conta do Poder Judiciário, vez que somente a instrução de novo processo criminal ou outros casos previstos em lei, autorizam a emissão de certidões ou atestados, permanecendo as demais hipóteses isentas dessa notícia, resguardando o direito de personalidade individual, com ênfase, a dignidade humana.

Esse dispositivo legal conduziu ao vazio as disposições dos artigos 93, do Código Penal porquanto este assegura o sigilo dos registros criminais por meio do instituto da reabilitação. Exigível que a pena seja cumprida ou extinta e, somente decorridos o período de dois anos, o interessado ajuíze ação de reabilitação junto ao juízo processante, e comprove, mediante declarações e certidões, sua boa conduta. Cuida-se de uma ação penal não condenatória, pela qual o juiz, por sentença, concederá ou não a reabilitação. Na hipótese de concessão do pleito, se sujeitará à remessa necessária, pois, só produzirá efeitos após a confirmação pelo tribunal competente.

O artigo 748 do Código de Processo Penal assegura o sigilo desses registros por força vinculante da sentença concessiva da reabilitação. Razão pela qual perdeu sentido em face do artigo 202 da LEP. Este sim, se coaduna com as normas constitucionais de proteção a direitos fundamentais, logo, com aplicação imediata e obrigatória.

Não tratando as disposições legais sob comento, de questões processuais antecedentes à condenação, tais hipóteses não deveriam sequer merecer cuidados por total inexistência no mundo jurídico. Eis que vinculadas a atos da administração pública, como tais só terão lugar no plano da licitude se previstos em lei, e mais, autorizados por lei, o que não é o caso.

Nessa concepção, a interpretação do artigo 202 da LEP deve ser conforme a Constituição, para afastar qualquer expediente empregado para depositar em redes de comunicação, documentos ou arquivos, os fragmentos residuais inerentes a inquéritos ou processo findos sem condenações definitivas ou aqueles processo que resultaram em condenações, após o cumprimento ou extinção da pena, respeitado o prazo prescricional da reincidência, como forma de esquecer o passado jurídico do indivíduo, proporcionando a sua reinserção social e vida digna.

No plano constitucional, a garantia implícita do direito ao esquecimento vislumbra-se no art. 5º, XLVII, “b” da CF, ao prescrever que “não haverá penas de caráter perpétuo”. Apesar da inexistência de penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos, com essa característica, facilmente se percebe a estigmatização daquele que já cumpriu integralmente a sua pena, o que constitui perpetuação da sanção, como uma espécie de violência simbólica efetivada pelo próprio Estado contra o indivíduo.

Ante a carência de estrutura que garanta o retorno ao convívio social e familiar, ainda conta com outro peso em sua vida, qual seja, a enorme dificuldade em se realocar no mercado de trabalho, quando não impedido pelo Estado por ocasião de concurso público, ao expurgar do processo seletivo aquele que nada mais deve à justiça e pretende recomeçar a vida em liberdade física.

Nessa perspectiva, observa-se tamanha contradição entre os fins da pena apregoados no meio acadêmico e pelo poder público e a realidade. Se a pena tem

fim utilitário, ressocializador e pedagógico, injustificável não oportunizar o esquecimento viável ao recomeço produtivo de uma vida livre e digna.

O direito ao esquecimento se impõe como forma de proteger a imagem e a honra da pessoa estigmatizada pelos antecedentes criminais, posto que inocentada pela justiça. Trata-se de um processo de vitimização de inteira responsabilidade atribuída ao poder público, a merecer reparação do dano moral e material causado pela injustiça praticada, devendo-se excluir o nome da pessoa da Rede Infoseg e institutos de identificação.

O direito à imagem é um dos direitos da personalidade, e estes asseguram à pessoa o que lhe é próprio, ou seja, sua integridade física, moral, intelectual, com previsão no artigo 5º, X da CF, ao preceituar que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Segundo VENOSA¹⁰⁴ a violação aos direitos da personalidade tem tomado proporções cada vez maiores e cabe à jurisprudência o papel de aplicar sanções capazes de inibir condutas que firam esses direitos, de modo que:

Na repressão às ofensas aos direitos da personalidade, cabe importante papel à jurisprudência, que não pode agir com timidez, mormente nos tempos hodiernos, quando as comunicações tornam cada vez mais difundir transgressões a essa classe de direitos. Além dos danos materiais e morais que podem ser concedidos, há todo um sistema penal repressivo em torno desses direitos.

Logo, percebe-se a extensão e profundidade de tais direitos fundamentais, que são assegurados a todos e sem distinção de qualquer natureza. Por isso não se concebe a exclusão a uma vida digna daqueles inscritos indevidamente nos bancos de dados criminais e mais tarde inocentados, com o nome e imagem protegidos pelo direito fundamental ao esquecimento, haja vista serem multiplicadamente prejudicados. Pelo Estado, primeiro pelo constrangimento indevido de um processo penal injusto. Segundo, porque reconhecida a injustiça e conseqüente absolvição, persiste a

¹⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Parte Geral**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

manutenção de seus dados cadastrais em bancos de dados dos institutos de identificação dos organismos policiais. Pela sociedade, pela natural discriminação em face daquele que respondeu a processo criminal, condenado ou não. A sociedade é implacável nesse aspecto, lamentavelmente.

3.1.2 A Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana assume, a cada dia, papel mais importante no contexto do Estado Democrático de Direito. Em tempos pretéritos a humanidade sofreu com os horrores perpetrados pelo Estado. Vencida e ultrapassada aquela perniciosa política global de insensibilidade com o ser humano, com o advento da Declaração Universal da ONU em 1948, foram impostos limites aos poderes estatais, permitindo aos indivíduos a convivência em menor insegurança, mais paz e dignidade em suas vidas.

Por dignidade compreende-se um juízo analítico revelado *a priori* pelo conhecimento. Conforme Rosenthal, a raiz etimológica da palavra dignidade provém do latim *dignus*, que é aquele que merece estima e honra. Logo, o predicado dignidade que se atribui ao indivíduo integra a natureza do sujeito e um processo de análise o extrai do próprio ser humano.

Dworkin, ao tratar do conteúdo da dignidade da pessoa humana, reporta-se direta e expressamente a ideia de Kant, ao lembrar que o ser humano não poderá ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização dos fins alheios, destacando, todavia, que tal postulado não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que, se venham a negar a importância distintiva de suas próprias vidas. Na atualidade, a tendência dos ordenamentos jurídicos é possibilitar ao ser humano o exercício de suas atividades cotidianas com dignidade.

Flórez Valdés expressa que a dignidade da pessoa humana é a razão de ser do Direito e fundamento da ordem política e paz social. “Todo Direito é constituído para

servir ao homem [...]. A dignidade situa o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico”¹⁰⁵

No sistema normativo brasileiro, superado o período sob o regime militar, o constituinte de 1988 enfatizou que o Estado Democrático de Direito possui, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, consagrando-a como um alicerce da ordem jurídica democrática e justa. Em se tratando de fundamento há de se compreender como valor supremo e fundante da República. Nesse particular aspecto, vale recordar a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pelas Nações Unidas em 1948, em cujo artigo 1º consagra que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, em clara reação às atrocidades perpetradas pelo regime nazi-facismo.

Nessa direção, a Constituição italiana¹⁰⁶ de 1947 ao dispor que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Assim, a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, em seu artigo 1º, 1 dispõe incisivamente que “a dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”.

Constata-se, por isso mesmo, que a dignidade da pessoa humana não é uma criação da vigente Constituição brasileira (CF/1988), ela preexiste, inobstante sua forte carga de abstração. Resulta conceito vago e impreciso, de modo a comportar múltiplas opiniões na doutrina, à saber: DÜRIG a conceitua como o fato de que cada ser humano é humano por força de seu espírito, que distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.¹⁰⁷

¹⁰⁵ FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los Principios Generales del Derecho y Sua Formulación Constitucional**. Madri: Editora Civitas, 1990.

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico**.

¹⁰⁷ DÜRIG, Günther. *In: Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 43 – 44.

Portanto, cuida-se de valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, que constitui o princípio máximo do Estado democrático de Direito.

Já ao tempo de Kant, esse princípio ganhou sua formulação clássica na “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”¹⁰⁸, que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio, ou objeto, e que assim formulou tal princípio:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

A dignidade da pessoa humana alcança uma universalidade de valores existentes na sociedade. É um conceito que permite adequação à realidade social e sua modernização, concatenado à evolução e às tendências modernas das necessidades humanas.

Diante desses conceitos ou formulações preciosas, forçoso é reconhecer que alcançar definição precisa no âmbito protetivo e de incidência do conceito de dignidade da pessoa humana parece mesmo impossível. Em que pese a luta pela compreensão de sua essência e significados, o certo é que o alcance do sentido e operacionalidade advirá apenas em face do caso concreto. Essa realidade não privilegia com exclusividade esse princípio, senão, de modo semelhante e em geral, os demais princípios de direitos fundamentais.

¹⁰⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58. (Título original em alemão: *Grundlegung zur Metaphysik der Setten*, de 1785)

4 A PERENIZAÇÃO DOS REGISTROS CRIMINAIS

4.1 DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DO INDICIADO

No curso do inquérito policial, várias diligências são levadas a efeito em torno das apurações, conforme anteriormente delineadas, dentre as quais a identificação criminal como parte do procedimento indiciário.

A identidade é o conjunto de dados e sinais que caracterizam o indivíduo. No Brasil prevalece o método dactiloscópico, pelo que a identificação se faz por meio de cristas papilares que deixam as impressões digitais apostas em planilhas, cujo valor está na imutabilidade.

Identificação criminal é o processo usado para estabelecer a identidade do sujeito, sobre o qual se aponte indícios veementes de autoria ou participação em infração penal, em conformidade com a legislação vigente. O método dactiloscópico foi introduzido no Brasil por influência de José Félix Alves Pacheco¹⁰⁹, cujo Presidente da República, Francisco de Paula Rodrigues Alves expediu o Decreto nº. 4.765, de 05 de fevereiro de 1903¹¹⁰ instituindo a datiloscopia como método mais simples e

¹⁰⁹ José Félix Alves Pacheco. Nascido em Teresina, Estado do Piauí, em 02 de agosto de 1879, notável jornalista, poeta, escritor e político. Foi membro da Academia Brasileira de Letras. Diretor do Gabinete de Identificação da Polícia Civil do Distrito Federal, (RJ) influenciou ao então Presidente da República a introduzir no Brasil a identificação pelo método dactiloscópico criado por Juan Vucetich. Após ampla divulgação do novo sistema, participou de vários congressos internacionais alusivos ao modelo implantado no país.

¹¹⁰ Decreto nº 4.765, de 05 de fevereiro de 1903. "O Presidente da República dos Estados Unidos do Brazil, usando da autorização concedida pelo art. 14 da lei n. 947, de 29 de dezembro do anno findo, resolve decretar que na Secretaria da Policia do Districto Federal seja observado o novo regulamento, que a este acompanha, assignado pelo Ministro de Estado da Justiça e Negocios Interiores. Rio de Janeiro, 5 de fevereiro de 1903, 15º da Republica. FRANCISCO DE PAULA RODRIGUES ALVES". DECRETA [...] Art. 57. "A identificação dos delinquentes será feita pela combinação de todos os processos actualmente em uso nos paizes mais adeantados, constando do seguinte, conforme o modelo do livro de Registro Geral annexado a este regulamento: a exame descriptivo (retrato fallado); b) notas chromaticas; c) observações anthropométricas; d) signaes particulares, cicatrizes e tatuagens; e) impressões digitaes; f) photographia da frente e de perfil". Paragrapho único."Esses dados serão na sua totalidade subordinados à classificação dactyloscopica, de accordo com o methodo instituído por D. Juan Vucetich, considerando-se, para todos os effeitos, a

perfeito para identificar criminosos, cadáveres, pessoas desconhecidas ou não, e também pessoas sem envolvimento com ocorrências policiais, reunindo dados de qualificação, dados morfológicos, exames descritivos e sinais particulares.

Todos esses dados seriam subordinados à classificação dactiloscópica, de acordo com o sistema "Vucetich"¹¹¹, mantendo como subsidiário o antigo sistema da "Antropometria de Alphonse Bertillon"¹¹², também chamada de "Bertillonage", em homenagem ao seu criador, considerando-se, para todos os efeitos, a impressão digital como prova mais concludente e positiva da identidade do indivíduo, dando-lhe prioridade ao conjunto dos outros dados que vão servir para complementação da individualidade.

Existem duas formas de identificação da pessoa: a identificação civil e a identificação criminal. A primeira refere-se ao procedimento adotado pelos institutos de identificação objetivando diferenciar formal e oficialmente uma pessoa da outra. Para isso é necessário que haja um método destinado a estabelecer sua identidade, isto é, "determinar um conjunto de caracteres próprios que possam individualizar pessoas ou coisas entre si. Enfim, mais do que identificar pessoa é necessário individualizá-la, torná-la única, em relação aos demais indivíduos", conforme leciona

impressão digital como a prova mais concludente e positiva da identidade do indivíduo e dando-se-lhe a primazia no conjunto das outras observações, que servirão para corroborar-a" (grafia original).

¹¹¹ Juan Vucetich Kovacevich. Nascido no dia 20 de julho de 1858 na Cidade de Dalmácia, Império "Austro-Húngaro", atual Iugoslávia, naturalizou-se argentino, e aos 24 anos de idade ingressou na Polícia de La Plata em Buenos Aires. Foi incumbido de trabalhar no setor de identificação de La Plata, quando ainda se adotava o sistema de Bertillonage. A ele deve-se também o primeiro caso de identificação de um autor de crime através do estudo das impressões digitais, em 1892 na Argentina, quando Francisca Roja mata seus dois filhos, corta-lhes a garganta e acusa um vizinho. A polícia coleta as impressões digitais molhados de sangue na porta, e após a comparação, coincidiu ser de Francisca as impressões coletadas no local do crime.

¹¹² Alphonse Bertillon. Nascido em Paris, no dia 24 de abril de 1853 e falecido no dia 13 de fevereiro de 1914, foi oficial de polícia francês. Precursor da identificação humana, autor vários métodos de identificação, entre eles o antropométrico, baseado em medidas de várias partes do corpo, cor dos cabelos, medida e cor dos olhos, cor da pele, fotografias padronizadas dos criminosos, e impressões digitais como complemento desses dados. O sistema era uma ampliação de diversos princípios da antropologia aplicados aos criminosos e posteriormente passou a chamar-se Bertillonage.

o Perito Papiloscopista Antônio Tadeu Nicoletti Pereira, em artigo publicado no portal da Associação dos Peritos Papiloscopistas do Estado do Espírito Santo¹¹³.

E continua o autor a justificar a necessidade da identificação civil, até mesmo por uma questão de cidadania, sustentando que a convivência social, sobretudo nos centros urbanos requer o conhecimento de quem somos e com quem nos relacionamos o que nos parece de suma importância, e, por conseguinte, indiscutível.

Nossas relações sociais, trabalhistas, contratuais e políticas exigem um patamar de segurança no que tange à identificação das pessoas. Por tais razões, o Estado mantém um banco de dados civis de número elevado de pessoas, nos institutos ou departamentos de identificação, conforme a terminologia dada em cada unidade da federação.

Não se pode olvidar que funciona também como forma de controle social, posto que o Estado, nesse aspecto, mantém o maior número de informações possível sobre cada cidadão. Apesar do controle é um serviço de utilidade pública e um direito do cidadão ostentar uma identidade e respectivo documento que a instrumente e comprove.

A identificação civil é feita a partir da apresentação pelo interessado, de certidão de nascimento ou casamento e duas fotos 3X4 recentes, aos órgãos incumbidos dessa tarefa (postos de identificação) onde se colhem as impressões digitais da pessoa a ser identificada, seguido do preenchimento de formulários e assinaturas. Os dados são armazenados em seção distinta da seção criminal. A separação das bases de dados em tipos distintos tem a finalidade de facilitar a pesquisa por parte dos peritos em identificação papiloscópica, haja vista que o número de identificações civis supera em muito as identificações criminais.

¹¹³ [Http://appes.com.br](http://appes.com.br). Acesso em 11/07/2011.

A identificação criminal, nos dias atuais constitui exceção. A regra constitucional é orientada para a abstenção desse procedimento em relação àquele civilmente identificado¹¹⁴, com as ressalvas contidas na Lei 12.037/2009, em seu artigo 1º e seus incisos. Deverá ser identificado criminalmente o indiciado:

Portador de documento com rasura ou indício de falsificação; documento insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; portador de documentos conflitantes entre si; quando a identificação for essencial à investigação, situação especial a depender do controle judicial, devendo ser requerido ao juiz competente a autorização para identificar criminalmente o indiciado; constar o uso de outros nomes ou outras qualificações, situação comum de agentes procurados que se utilizam de outros nomes para garantir a impunidade; o estado de conservação, a distância temporal ou a localidade de expedição do documento impossibilite a completa identificação.

Essa modalidade de identificação (criminal) far-se-á pelo processo dactiloscópico e fotográfico, com o preenchimento de uma peça denominada “Boletim de Identificação Criminal” comumente chamado de BIC, onde são registrados os dados completos do imputado, suas características físicas, sinais particulares, tatuagens, cicatrizes, e outros dados importantes, data da ocorrência, horário e local; se em lugar aberto ao público ou não; se em dia de trabalho ou final de semana ou feriado; em período diurno ou noturno; se o agente encontrava-se desempregado no momento do fato que se apura, e outras informações adicionais.

Ainda se efetiva a coleta das impressões digitais de todos os dedos de ambas as mãos e, por fim, a tomada de fotos de frente e perfil, com uma placa trazendo as inscrições da data da identificação e de uma numeração de controle interno do órgão, o que resulta em constrangimento ao indigitado autor de infração penal, com maior peso em relação ao inocente.

Após a lavratura do boletim em três vias, duas delas são remetidas imediatamente à Seção Criminal do Departamento ou Instituto de Identificação da Polícia Civil dos Estados ou do Distrito Federal, cujos órgãos têm como atribuições na ordem interna, coletar, organizar e manter arquivos manuais ou eletrônicos, relativos aos

¹¹⁴ Idem.

procedimentos investigativos policiais a partir da conclusão dos inquéritos instaurados.

Uma terceira via, incluindo as fotografias deve ser anexada aos autos do inquérito quando de sua remessa a juízo, juntamente com a folha de antecedentes criminais do imputado. Todos esses dados, após lançados em arquivos são difundidos a um órgão central denominado REDE INFOSEG¹¹⁵, subordinado ao Ministério da Justiça, com atuação em âmbito nacional.

Decreto 6.138, de 28 de junho de 2007. Artigo 1º. Fica instituída, no âmbito do Ministério da Justiça, a Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização – Rede Infoseg, com a finalidade de integrar, nacionalmente, as informações que se relacionam com segurança pública, identificação civil e criminal, controle e fiscalização, inteligência, justiça e defesa civil, a fim de disponibilizar suas informações para a formulação e execução de ações governamentais e de políticas públicas federal, estaduais, distrital e municipais.

Art. 2º. Poderão participar da Rede Infoseg os órgãos federais da área de segurança pública, controle e fiscalização, as Forças Armadas e os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, e, mediante convênio, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Feito o lançamento dos dados relativos ao fato e ao sujeito investigado, passa-se a municiar o sistema de informações de tal modo que de qualquer parte do planeta em que haja conexão com a Internet, o servidor credenciado ao acesso pode consultar a vida pregressa do cidadão com as anotações que forem inseridas por ocasião da conclusão do inquérito.

Aliás, não só o servidor credenciado tem o poder de navegar por esse universo de dados pessoais, ditos sigilosos, tendo-se em consideração a amplitude permitida pelo § 1º do art. 2º do citado decreto¹¹⁶. Abre igualmente a possibilidade do

¹¹⁵ Decreto 6.138, de 28 de junho de 2007, institui, no âmbito do Ministério da Justiça, a Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização – Rede Infoseg, e dá outras providências.

¹¹⁶ Idem. Art. 2º. § 1º. O Ministério da Justiça fica autorizado a celebrar convênio com empresas públicas que têm por finalidade a prestação de serviço de processamento dos dados aos órgãos e entes de que trata o **caput**, vedada a utilização por essas empresas dos dados e informações da Rede Infoseg para finalidades próprias ou diversas daquelas relacionadas ao serviço de processamento de dados prestados aos referidos órgãos e entes.

conhecimento dos registros criminais às pessoas ligadas às empresas públicas conveniadas que tenham como atribuições o gerenciamento e atualização **on line** dos respectivos dados disponíveis para consulta via Rede Infoseg, em conformidade com o § 2º do dispositivo sob comento. Importa salientar o que determina o art. 3º:

A Rede Infoseg poderá disponibilizar informações nacionais de estatística de segurança pública e de justiça criminal, dos cadastros nacional e estaduais de informações criminais e de identidade civil e criminal, de inquéritos, de mandados de prisão, de armas de fogo, de veículos automotores, de processos judiciais, de população carcerária, de Carteiras Nacionais de Habilitação, de Passaportes de nacionais e de estrangeiros, de Cadastros de Pessoas Físicas e Jurídicas e outras correlatas.

Atualmente estão cadastrados cerca de 100 mil usuários na Rede Infoseg. Outros sistemas de interesse da segurança pública, justiça e de órgãos de fiscalização também foram integrados à nova rede, tais como: dados de armas das Forças Armadas, da Receita Federal (CPF e CNPJ), do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal. Todos esses organismos, através de seus inúmeros agentes, com acesso livre, basta o credenciamento, tomam conhecimento da vida pregressa sob o aspecto criminal do indivíduo, ultrapassando os limites do razoável quanto ao sigilo abstratamente amparado por lei e pela Constituição do país, podendo ser difundido indevidamente, como sói tem acontecido e com grandes lesões a direitos fundamentais.

4.1.1 Da (Im) Possibilidade de Exclusão dos Registros Criminais

Na dicção do art. 6º da lei 12.037/2009, “é vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Sem sentido essa disposição, visto que identificação criminal é o ato de legitimar e adjetivar a pessoa, sem que isso tivesse a menor importância no que tange aos assentamentos. O que se registra nos atestados e certidões não é a identificação e sim o que foi lançado em bancos de dados sobre o fato objeto de apuração, isto é, a

notícia de que determinada pessoa está sendo investigada sobre infração penal. E o art. 7º diz:

No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Veja-se, que o permissivo legal alcança a retirada da identificação fotográfica, permanecendo a dactiloscópica, inobstante a ausência de fundamento para propositura de ação penal, ou em caso de absolvição do imputado. Ainda assim, extraem-se dos autos apenas as fotografias do indiciado ou réu, desde que comprove cabalmente a sua identificação civil, isto é, a juntada de cópias autênticas de um dos documentos adredemente relacionados, vez que agora é reconhecidamente inocente. De qualquer modo, os registros resultantes da identificação criminal permanecerão nos autos do inquérito ou do processo, conforme o caso concreto.

Não se questiona neste trabalho a permanência ou não dos dados identificadores do cidadão nos autos do inquérito ou do processo, pois, uma vez decididos por provimento judicial com trânsito em julgado, têm como destino o arquivo morto. O que se discute são os registros em bancos de dados em rede local e nacional, com possibilidade ou probabilidade de acesso pelos usuários da Rede Infoseg e sua permanência, por prazo indeterminado, porque daí gera os antecedentes.

Nos casos de arquivamento dos autos do inquérito policial ou impronúncia nos processos de competência do Tribunal do Júri, nos parece sustentável a permanência dos registros criminais até alcançar o prazo prescricional em abstrato, como forma de controle de dados diante da possibilidade do surgimento de fato novo que torne relevante os ditos assentamentos, na fundamentação da propositura de nova ação penal.

Todavia, esses apontamentos mantidos em caráter perpétuo nos anais da Rede Infoseg e outros similares a demonstrar vida progressa do cidadão, só se justificam no legítimo interesse público, imprescindível ao controle interno, devendo ser, portanto, sigilosos.

Entretanto, a utilização desses dados informativos de caráter sigiloso vem se tornando constante por ocasião de proposta ou pedido de emprego em postos de trabalho. O candidato ao emprego em instituições de iniciativa privada ou em cargos públicos passa pelo constrangimento de eliminação do certame através de um expediente denominado “investigação social ou de conduta”, à vista de informes sobre seus apontamentos criminais, cuja mácula acompanha o indivíduo por toda a sua existência.

A violação do sigilo desses dados só se efetiva pela guarda perene de um registro criminal indevido, cuja memória em nada contribui para a pacificação social e reinserção do sujeito no seio da sociedade e sobremaneira, na seara laboral, de natureza pública ou privada. Ao contrário, desestimula à vida digna e a crença nas instituições. Desse modo, a injustiça que se repete a cada dia, fere mais um bem jurídico do que a suposta infração cometida. Se chegou a tanto. Na hipótese de comprovada inocência do imputado, a lesão aos direitos fundamentais ganha dimensões incalculáveis.

Com efeito, aquele que já passou por situações semelhantes, acaba sendo rotulado e estigmatizado e não consegue se reintegrar profissionalmente, razão pela qual se transforma em pessoa de segunda classe, o que não se admite num Estado Democrático de Direito. A conclusão de tudo isso é a eterna angústia perturbadora da paz individual e social.

Inegável, na hipótese levantada, a violação de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana. Apesar das disposições contidas no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, os registros inseridos nos bancos de

dados permanecem como subsídio para averiguação da vida pregressa daquele que foi indiciado em inquérito, ainda que absolvido das acusações. A Lei de Execução Penal prescreve:

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei (Lei 7.210/84, art. 202).

Neste caso, os antecedentes criminais servem de parâmetro na fixação da pena-base no momento de julgar eventual responsabilidade penal, pois, retratam a vida pregressa do acusado e quiçá, a sua personalidade criminógena. A concepção de antecedentes alberga tudo o que se refere à vida anteacta do indivíduo. Na órbita criminal, todo o histórico do sujeito fica registrado para fornecer ao julgador elementos que possam auxiliá-lo quando da análise da personalidade do acusado, à míngua de regras técnicas para o desempenho de tal função.

Sabidamente, o magistrado não é um psicólogo ou sociólogo, que disponha de técnicas capazes de aferir com uma preciosidade, inerente ao ofício, se de fato o acusado em julgamento possui ou não personalidade voltada para o crime, razão pela qual, socorre-se aos antecedentes criminais. Então, levam-se em conta os processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade, inquéritos arquivados, condenações em grau de recurso, processos em curso e absolvições.

Na lição de Bissoli Filho¹¹⁷, conquanto o conceito inicial de antecedentes considere como circunstância anterior qualquer ato positivo ou negativo que revele a conduta e o comportamento criminoso do autor do delito, ou episódios nos quais ele tenha se envolvido, as situações levadas a efeito na rotina da justiça penal, por se restringirem basicamente aos fatos anteactos policiais e judiciais, acabam por considerar tão somente os maus antecedentes, pois os registros existentes nas

¹¹⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização, dos Antecedentes à Reincidência Criminal**. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1.998.

repartições públicas, sobretudo nas agências judiciárias e de segurança pública, em regra, revelam o envolvimento do indivíduo em fatos considerados negativos, deixando-se de considerar as situações que não se situam naquelas reveladoras de acontecimentos, condutas ou comportamentos bons ou ótimos da vida do agente.

No entendimento de Bissoli Filho, o sistema penal brasileiro, para se atender ao conceito apresentado como antecedente urge seguir o ditado pela doutrina e jurisprudência, ou seja, proceder ao levantamento completo da vida pregressa do acusado em todos os aspectos, inclusive meio social e familiar. Os fatos que venham a favorecer ao acusado, por vezes não são levados em conta, de acordo com a subjetividade dada pela interpretação da natureza metodológica do conceito de antecedentes, permitindo avaliação por critérios individuais, consoante os valores do avaliador.

De similar importância ao tema em questão, são os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo previstos na Lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cuja sentença homologatória de aceitação antecipada de pena não privativa de liberdade, ao entendimento de Capez¹¹⁸, tem natureza jurídica de sentença condenatória.

Na realidade sentença homologatória não é condenatória nem absolutória, pois, resulta de composição entre as partes. De um lado, o Ministério Público propondo a aplicação antecipada de pena restritiva de direitos ou multa e, de outro, o suposto autor do fato com seu defensor, que aceitando a proposta do órgão acusatório, submete-se ao que foi proposto sem a demanda, isto é, antes mesmo da propositura e instauração da ação penal. Nesse caso, o juiz apenas assente o que fora pactuado entre as partes, proferindo a sentença homologatória.

No entanto, o citado autor se posiciona no sentido de reconhecer como condenatória a decisão, mas não gera reincidência; não funciona como antecedentes criminais;

¹¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 1.999, p. 530

não gera efeitos civis e faz coisa julgada material. Tal entendimento encontra sustentação no julgamento de Recurso Especial 172951/SP, DJ 31/05/99 e Recurso Especial 153195/SP, DJ 28/02/2000, ocasião em que o Superior Tribunal de Justiça denominou a sentença homologatória de transação penal como “condenatória imprópria”.

Em oposição a esse entendimento e de forma mais acertada, Ada Pellegrini Grinover¹¹⁹, ao comentar o referido texto legal ensina que tecnicamente, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento de culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil. Por isso, tal sentença não é absolutória nem condenatória, passível, todavia, de fazer coisa julgada material, e dela derivando título executivo penal.

Quanto aos efeitos, ambas as posições são pacíficas. A imposição da sanção não constará de registros criminais, salvo para o efeito de impedir nova transação penal no prazo e cinco anos, nem de certidões de antecedentes criminais.¹²⁰ O artigo 89 da Lei 9099/95 prevê o instituto da suspensão condicional do processo, como sendo a sua estagnação com probabilidade de extinção da punibilidade ao término do período de prova, desde que satisfeitas as exigências legais impostas na decisão homologatória e sem revogação.

Em conformidade com esse entendimento, a decisão que suspende o processo não é meramente homologatória como a da transação, também não põe fim ao processo; não absolve nem condena. Trata-se de decisão interlocutória, razão pela qual não tem cabimento qualquer efeito penal ou extrapenal, nomeadamente

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et tal. **Juizados Especiais Criminais**. 4 ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁰ Lei 9099/95, Art, 76, [...].

§ 4º - Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.

§ 6º - A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor a ação cabível no juízo cível.

reincidência e registros ou assentamentos criminais geradores de maus antecedentes.

O Código de Processo Penal em seu art. 20 parágrafo único: assim determina: “nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes à instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior”.

Ao cuidar do instituto da reabilitação, art. 748 do mencionado estatuto processual preceitua que “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

O Código Penal em seu art. 93 trata da matéria, e preceitua que a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação. Observe-se que a parte final do artigo 20, do CPP conflita literalmente com o artigo 202 da Lei 7.210/84 ao permitir a inscrição de anotações referentes à instauração de inquérito nos atestados de antecedentes, na hipótese da existência de condenação anterior.

Nesse particular, cabe uma explicação: o Código de Processo Penal entrou em vigor em 1.942, portanto, lei anterior e geral. Já a Lei 7.210/84 além de posterior, especificamente trata de matéria pertinente à condenação irrecorrível. Da mesma forma, o artigo 748 do CPP e artigo 93 do CP perderam razão de existência e validade, diante da norma descrita na LEP. Por essa razão, verifica-se derrogação implícita ou tácita da última parte do parágrafo único do art. 20 do CPP, prevalecendo as disposições do art. 202 da LEP que assegura o sigilo dos registros de condenações pretéritas, desde que cumprida ou extinta a pena, conforme se depreende do texto normativo. E com maior razão, fica defesa a anotação em certidões de antecedentes, quaisquer apontamentos sobre inquéritos instaurados ou ações penais em andamento.

Em cotejo aos dispositivos sob comento, fica claro que a referência até agora guarda compatibilidade com aquele que já foi irrecorrivelmente condenado, ainda assim, goza da proteção do sigilo quanto dos seus assentamentos criminais. No que tange àquele que não sofreu condenação irrecorrível, a legislação foi omissa, mas não impede a exclusão dos assentamentos criminais, numa inequívoca demonstração de respeito ao princípio da presunção de inocência, por isso, despicienda qualquer nota a respeito.

Ocorre que na prática esse sigilo a pouco mencionado, não existe. Basta observar os constantes pedidos de “informações criminais”¹²¹ que chegam aos institutos de identificação dos Estados para que essa assertiva seja constatada. Além do mais, as autoridades policiais ao instaurarem os inquéritos levam aos autos a folha de antecedentes criminais do indiciado, sem qualquer ordem ou autorização judicial. A própria tramitação do inquérito e da futura ação penal propicia a que número indeterminado de pessoas tenham acesso a esses dados, tendo em vista a publicidade dos processos, salvo raras exceções.

4.1.2 A Posição dos Tribunais Brasileiros

A matéria atinente ao uso dos registros criminais relativos a inquéritos arquivados, absolvições e causas extintivas de punibilidade a que se debate neste trabalho, vem recebendo tratamento ambíguo pelos nossos tribunais. A própria Suprema Corte já decidiu de forma favorável e contrária no sentido de se considerar maus antecedentes o simples fato de constar na folha de antecedentes criminais do acusado, o registro de arquivamento de inquérito policial.

¹²¹ Informações criminais: Pedido feito reservadamente aos institutos de identificação por bancas de concurso público ou por empresas públicas ou privadas, quando da seleção de pessoal para preenchimento de vagas em determinados cargos. Trata-se de prática corriqueira e forma de burlar a lei, vez que não são expedidos atestados nem certidões, e sim, outro tipo de documento, por vezes informes, relatórios, ofícios ou memorandos reservados sem que o candidato tome conhecimento da violação de seus dados.

O HC 72041-RJ, DJ de 08.09.95, sendo relator o ministro Marco Aurélio de Mello, decidiu no sentido de não se levar em conta absolvições e arquivamentos de inquéritos, ao se examinar os antecedentes do réu. O Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹²², em julgado de outubro de 1996, adotou semelhante posição ao decidir em Apelação Criminal que absolvições e inquéritos arquivados não podem ser sopesados em desfavor do agente, invocando, para tanto, o princípio constitucional da presunção de inocência fundamentado no art. 5º, LVII, da CF.

Em sentido oposto, o STF ao julgar o HC 74.967, DJ de 30.05.97 sob relatoria do Ministro Moreira Alves entendeu que “a presunção de inocência não impede que a existência de inquérito policial e de condenação criminal que não possa ser considerada para a caracterização de reincidência possa ser levada em conta de maus antecedentes”. Nesse sentido, não só deverão constar dos registros criminais, como são tomados em conta quando da fixação da pena-base pelo magistrado. Ainda que não configurem reincidência, servirão para aferir “a capacidade virtual do réu para delinquir”.

Incompreensível, data vênia, a posição do eminente ministro da Suprema Corte em admitir que a simples existência de inquérito policial possa se prestar ao reconhecimento de maus antecedentes, em total desprezo ao princípio constitucional da presunção de inocência, sabendo-se que inquérito policial é desde os tempos do Império reconhecidamente peça meramente informativa, em razão de seu caráter inquisitivo e sigiloso. Não pode o juiz se firmar em prova produzida unilateralmente para agravar a situação do imputado, se esta não se submeter ao crivo do contraditório e da ampla defesa, garantias tão caras ao sistema vivido por um Estado Democrático de Direito.

Em assim considerando, não teve em mente o julgador de última instância, guardião da Constituição, as nefastas consequências jurídicas destinadas ao acusado, ainda mais, dadas as peculiaridades da investigação de piso, poderia o imputado ser de

¹²² TJDF AP 1693396, Apelação Criminal, Rel. Des. Sandra de Santis, Acórdão 94392, DJ de 28.05.97, p. 10990.

plano excluído da linha investigatória policial antes da conclusão do inquérito, ensejando o arquivamento deste, expressa ou implicitamente, por obra do titular do direito de ação. Olvidou a possibilidade de, mesmo havendo a propositura da ação penal, ser o acusado absolvido pelas mais diversas causas.

A condenação criminal que não pode ser considerada para a caracterização de reincidência, é aquela que ainda não transitou em julgado, ou que o acusado não haja delinqüido após seu trânsito em julgado, ou ainda, aquela cuja pena tenha sido integralmente cumprida ou extinta, decorridos prazo superior a cinco anos, considerado o período de prova do sursis ou do livramento condicional, até a data da prática do novo crime. Mas considerada pelo ministro relator para reconhecer os maus antecedentes. Esta situação jurídica será enfrentada por duas razões: a uma, se a sentença condenatória padecer de reexame pela instância superior poderá ser aniquilada em grau de recurso, com a nulidade ou reforma que resulte absolvição. A duas, porque ainda que transitada em julgado, decorrido o lapso temporal de cinco anos após seu cumprimento ou extinção, na hipótese de reabilitação, não se cogita em utilizá-la com pretexto de maus antecedentes, ou então, o acusado jamais terá uma vida normal e digna em decorrência desses fatores.

Por enquanto as decisões são no sentido de se considerar ou não os antecedentes do acusado como avaliação negativa, sem se preocupar com a exclusão ou cancelamento dos dados referentes a absolvições próprias, decisões declaratórias de extinção da punibilidade por qualquer de suas causas, e inquéritos arquivados ou ainda, pela impronúncia no caso do júri, após exaurido o lapso prescricional em abstrato.

Agora, passa-se a analisar a posição do colendo Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade ou não de cancelar os assentamentos existentes nos institutos de identificação, referente ao indivíduo que foi absolvido, impronunciado e decorrido o prazo prescricional em abstrato, teve inquérito arquivado, ou decorridos mais de cinco anos depois de extinta a punibilidade pelo decurso do período de prova na

suspensão condicional do processo ou da transação penal nas hipóteses permitidas pela Lei 9099/95.

4.1. 3 Impossibilidade de Cancelamento de Registros Criminais

Ao examinar a matéria, o Ministro Edson Vidigal se posicionou pela impossibilidade do cancelamento dos registros, pois, no seu entender, “dificultaria a atividade policial nas investigações”. Entende que os arquivos da polícia judiciária compõem o acervo de informações fundamentais para a defesa da sociedade, cujo cancelamento criaria obstáculo ao exercício do poder de polícia de investigações criminais do Estado. Teoricamente garante-se ao acusado o direito de o fato que se apura ou já esteja apurado, não ser objeto de conhecimento por terceiro, salvo com autorização judicial.

O que se deve impedir é, tão somente, a divulgação da existência dessas informações para qualquer outra finalidade que não seja por determinação judicial. O cidadão, individualmente considerado, tem direito a que as investigações criminais que não importem em sentença condenatória com trânsito em julgado sejam guardadas em sigilo, mas que não desapareçam como se as apurações e os indícios coletados nunca houvessem ocorrido¹²³.

Na realidade essa garantia não se efetiva, enquanto os registros alusivos estiverem em bancos de dados do Estado e com muitas possibilidades de manejo por parte de terceiros, conforme demonstrado linhas atrás. É mais, os ministros da 6ª Turma do STJ¹²⁴ negaram pedido para excluir do banco de dados do Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt do Estado de São Paulo, informações relativas a processo de porte ilegal de armas cuja punibilidade foi extinta. A parte ingressou com recurso em mandado de segurança visando impedir que órgãos como a polícia civil e polícia militar tivessem acesso ao registro.

¹²³ STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 7220/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 04.11.96

¹²⁴ STJ. 6ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 30.182/SP (2009/0155339-2). Rel. Ministro Celso Limongi Desembargador convocado do TJ/SP).

A ação foi ajuizada em face do Juiz de Direito do Departamento de Inquérito e Polícia Judiciária da capital paulista, ao argumento de que não desejava excluir totalmente as informações dos arquivos do Estado, mas que essas fossem manejadas apenas pelo Poder Judiciário. O inquérito policial foi arquivado em 2002 e a punibilidade, declarada extinta, de modo que seria justificável o cancelamento.

A defesa sustentou que o argumento do sigilo das informações preconizado pela lei não seria suficiente, porque, na prática, o acesso não se restringe a pessoas autorizadas. O relator da matéria no STJ, desembargador convocado Celso Limongi, assinalou que esses cuidados também se aplicam aos processos que resultem em absolvição do réu. Mas em nenhum caso, a lei determina o cancelamento ou a exclusão de registros de informações; ao contrário, recomenda a manutenção desses dados para possibilitar o fornecimento deles na hipótese de requisição judicial e em outros casos previstos na legislação. Nas palavras do magistrado:

A manutenção do registro histórico do processo é necessária para a preservação da memória dos atos praticados pela administração. Esses registros permanecem *ad aeternum* e compõem a própria história do condenado e da sociedade. Esses registros também são importantes diante da exigência da folha de antecedentes para concurso público e para o julgamento de ações penais.

O relator fundamentou seu voto ao argumento de que a proteção ao sigilo das informações não é absoluta e cede espaço, se presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse superior¹²⁵. No entanto, deixa vaga e obscura a circunstância que denote esse interesse qualificado como superior. Ao que parece, dever-se-ia ser o interesse público. Este sim é superior, desde que não viole direitos fundamentais como deixa transparecer o voto do magistrado.

Não se trata de permitir acesso indiscriminadamente e imotivado a informações sigilosas que só interessam quando requisitadas por ordem judicial, pois, se ocorrer

¹²⁵ www.stj.jus.br – Acesso em 19/08/2011. STJ – 6ª Turma. ROMS nº 30.182/SP (2009/0155339-2). Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Acórdão de fls. 88/95

vazamento dos registros, e isso ficar provado, impõe-se a responsabilização de quem os tenha divulgado.

Outra decisão nesse sentido vem estampada em voto do Ministro Humberto Martins também do STJ, ao julgar Recurso em Mandado de Segurança 28838/SP, DJ 04.11.2009, cuja inicial pretendia a exclusão de dados relativos a antecedentes criminais do impetrante, resultando em decisão denegatória.

Em sede de julgamento de recurso o relator argumenta por analogia ao que dispõe o artigo 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na folha de antecedentes, salvo para consulta restrita pelos agentes públicos, devem ser mantidos nos registros criminais sigilosos os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos, em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença transitada em julgado, com o devido cuidado de preservar a intimidade do cidadão.

Apesar das decisões ora comentadas, o próprio ministro Celso Limongi ao finalizar seu voto pela perenização dos registros criminais em qualquer hipótese, mesmo nos casos previstos na Lei 9099/95, reconhece a existência de robustos e fundamentados argumentos contrários à sua decisão, no âmbito do STJ, e cita julgados em Resp. 443927 de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 04.08.2003; Recurso em Mandado de Segurança 25096/SP, sendo relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ DE 07.04.2008 E Pet 5948/SP, relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 07.04.2008.

4.1.4 Possibilidade de Cancelamento dos Registros Criminais

Diante das demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário visando expurgar dos bancos de dados dos institutos de identificação, anotações sobre inquéritos policiais arquivados; absolvições próprias; extinções de punibilidade por qualquer das causas previstas em lei e impronúncia, após o lapso prescricional em

abstrato, as decisões proferidas pelos tribunais são divergentes, conforme dito linhas atrás.

Os interessados argumentam e justificam os pedidos, com a visão de que a permanência dos registros criminais em tais hipóteses traduz injustiça manifesta, seguida de constrangimento ilegal. Causa dissabores em suas vidas, notadamente em razão da sua publicidade, interferindo diretamente em aprovação em concurso público e processos seletivos para admissão em emprego na iniciativa privada.

Um dos fundamentos reside no art. 5º, X da CF, que garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Ao comentar sobre esse dispositivo constitucional lecionam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins¹²⁶:

O direito à reserva da intimidade e da vida privada consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como, de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também, de impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Tais apontamentos nos bancos de dados devem ser deletados, para que deixem de constar das folhas de antecedentes criminais, acessadas facilmente pelos usuários da Rede Infoseg e similares nos Estados (SECRIM), até por uma questão de natureza prática. Já que não podem constar das certidões ou atestados expedidos pela autoridade policial ou serventuários da justiça, qual seria a finalidade de saber que determinado cidadão tem em seu prontuário criminal, inquérito arquivado, processo no qual foi absolvido, processo extinto pela prescrição da pretensão punitiva, processo extinto após cumprimento do sursis processual ou termo circunstanciado em que foi beneficiado pela transação penal há mais de cinco anos?

¹²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63.

Conforme já demonstrado anteriormente, todos esses feitos, inclusive condenações e outras intercorrências processuais, como recebimento de denúncia ou queixa, suspensão do processo, dentre outras, são lançadas na folha de antecedentes do indivíduo, sempre e em primeiro lugar, no instituto de identificação do respectivo Estado onde o crime se verificou ou está sendo apurado, e na sequência, alimentado o sistema da Rede Infoseg.

Os registros, por si só, não são suficientes para comprovar reincidência e maus antecedentes, em tese. Também não demonstram bons antecedentes, porque estes seriam configurados com a inexistência de qualquer anotação. Então, ficaria o cidadão à mercê da interpretação dada pelo juiz em cada caso concreto, e não raro entendido como maus antecedentes e assim reconhecidos na sentença, restaria a via recursal, causando embaraços pelos entraves burocráticos na administração da justiça, em prejuízo ao agente.

A não se prestar à comprovação de maus antecedentes, serve de parâmetro para que os cartórios judiciais forneçam certidões circunstanciadas acerca de processos nele constantes. Todavia, nem todos os registros constantes da folha de antecedentes têm utilidade para a Justiça Criminal ou mesmo para outras finalidades.

Esses feitos não servem para demonstrar a reincidência, vez que esta só se verifica com a prática de novo crime depois do trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior, no país, ou no estrangeiro, nos exatos termos do artigo 63 do CP. Também não podem por si sós, constituir maus antecedentes, pois, somente as condenações criminais pendentes de trânsito em julgado ou aquelas cujas penas tenham sido integralmente cumpridas ou extintas, decorridos mais de cinco anos. Nesse passo, a lição de Damásio Evangelista de Jesus¹²⁷

¹²⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal Anotado**. 11. Ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 199-200.

Não devem ser considerados como maus antecedentes, prejudicando o réu, processos em curso, inquérito em andamento, sentença condenatória ainda não confirmada, simples indiciamento em inquérito policial, fatos posteriores não relacionados com o crime, crimes posteriores, fatos anteriores à maioridade penal, sentenças absolutórias, referências feitas pelo delegado de polícia de que o indivíduo tem vários inquéritos contra si, a simples denúncia, periculosidade e revelia, de natureza estritamente processual.

Segue no mesmo sentido, Rogério Greco¹²⁸, ao comentar sobre o que deve ou não ser considerado como circunstâncias determinantes na fixação da pena-base no sentido de sua elevação além do mínimo. Se posiciona desconsiderando quaisquer antecedentes criminais que não decorram de sentença penal condenatória com trânsito em julgado que não sirvam para constituir reincidência. Entende-se como tais, as anteriores sentenças condenatórias definitivas, decorridos mais de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena, bem assim, os crimes políticos e militares, os quais por imperativo legal, não se consideram para efeitos de reincidência. Despreza, portanto, todos os demais registros.

Entendemos que, em virtude do princípio da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal. [...] Se somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não se prestem para afirmar a reincidência, servem para conclusão dos maus antecedentes, estamos dizendo, com isso, que simples anotações na folha de antecedentes criminais do agente, apontando inquéritos policiais ou mesmo processos penais em andamento, inclusive com condenações, mas ainda pendentes de recurso, não têm o condão de permitir que a sua pena seja elevada.

O Superior Tribunal de Justiça, em elucidativo aresto relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro¹²⁹, corrobora aquilo que já se pode considerar cristalizado, isto é, o entendimento de que inquérito policial como necessário, porém prescindível à instauração da ação penal, uma vez concluído e remetido a juízo, servirá para a formação ou não da *opinio delicti*. Se o titular do direito de ação promove o seu

¹²⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**, vol. I, 5. Ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2005, p. 626.

¹²⁹ STJ. Resp. nº 167.369/RJ – 6ª Turma, julgado em 23.11.98, votação unânime. DJU de 17.02.99, p. 171.

arquivamento, o faz porque a peça inquisitória não reuniu o mínimo indício da existência do crime e sua autoria e/ou participação que permita promover uma ação penal em face do agente investigado. De outro modo, a sentença absolutória é a declaração solene da inocência do acusado.

Inquérito policial arquivado significa não haver sido coligidos elementos mínimos para justificar oferecimento de denúncia. Acrescente-se, tal arquivamento decorre de decisão judicial, ouvido o Ministério Público. Inquérito policial em andamento, por si só, não indica infração penal. É mera proposta de trabalho. Precipitado, por isso, tomá-lo como antecedente criminal negativo. Sentença absolutória é declaração solene de inexistência de infração penal, ou que, através da garantia constitucional e jurisdicional, não foram colhidos elementos para imputar o delito ao réu. Assim, os três institutos não podem conduzir à conclusão de, antes, o indiciado ou réu haver praticado o crime.

No que se refere aos termos circunstanciados em que o suposto autor do fato foi beneficiado com a transação penal e já se passaram mais de cinco anos da concessão do benefício, torna-se indefensável a permanência dos registros criminais no prontuário do agente. Tal assertiva encontra fundamento no artigo 76, § 4º da Lei 9099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) ao dispor que “Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará reincidência, sendo registrada apenas para impedir o mesmo benefício no prazo de cinco anos”.

Então, decorrido esse prazo a partir do benefício, despicienda a permanência dos antecedentes, por perda de objeto e finalidade. Por óbvio, se o beneficiário voltar à prática de fato dessa natureza, seus antecedentes por infração penal de menor potencial ofensivo não terão a força de impedir novo benefício legal. Isso demonstra a impertinência da manutenção desses dados em arquivos policiais.

No entanto, a situação da pessoa permanece constrangedora, diante dos empecilhos a se defrontar por ocasião da busca pelo trabalho em empresas públicas ou privadas, a depender da natureza do labor, e em especial a pretensão a cargo público, remanescendo a mácula do “processo criminal em sentido amplo”, expressão que alcança não somente a ação penal, mas também o inquérito policial

e o termo circunstanciado na órbita dos Juizados Especiais Criminais, ainda que não haja a propositura da ação penal respectiva. Isso se deve à manutenção indevida dos registros aludidos, concorrendo com a cultura da sociedade brasileira que conserva o equivocado e intolerável preconceito com a pessoa que tivera a infelicidade de ser indiciada em inquérito ou responder aos termos de processo criminal, ainda que absolvidas das imputações.

O promotor Mário Sérgio Sobrinho¹³⁰ do Ministério Público do Estado de São Paulo reconhece a injustiça perpetrada contra o cidadão indiciado em inquérito policial, cujos assentamentos por se perpetuarem nos arquivos estatais, provocam rejeição social do sujeito, decorrendo sérios prejuízos, sobretudo, no momento do exercício do direito social ao trabalho, ainda que o caderno inquisitório tenha sido arquivado, à míngua de elementos indiciários autorizadores da pretensão punitiva estatal.

Os efeitos da inclusão dos dados no cadastro criminal pelo indiciamento em inquérito policial permanecem em relação ao indiciado, mesmo que a investigação policial não redunde em ação penal, como ocorre nos casos de arquivamento das investigações ou no reconhecimento de qualquer forma de extinção de punibilidade causando-lhe dificuldades de toda ordem, sendo a principal dela a rejeição desta pessoa pelo mercado de trabalho.

De fato, a rejeição nestes termos se concretiza com maior vigor em face dos meios de comunicação social, com notícias muitas vezes sensacionalistas e midiáticas acabam expondo ao ridículo uma pessoa, de tal maneira, que se forja uma história mal contada e mal arquivada na memória das pessoas e dos próprios órgãos de imprensa.

Hodiernamente, a rede virtual da internet transmite esses acontecimentos nem sempre verossímeis, mas pela sua potencialidade interativa em nível globalizado, produz danos insanáveis à honorabilidade do indivíduo, carecendo, conforme o caso concreto, de intervenção judicial. Nesse particular, pode-se caracterizar colisão de

¹³⁰ SOBRINHO, Mário Sergio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 115.

princípios fundamentais. De um lado a liberdade de imprensa com o direito de informar, e de outro diametralmente oposto, a imagem, a honra, a dignidade e a personalidade individual, devendo se valer o julgador, das regras da ponderação obedecendo-se a uma escala de valores por meio do sopesamento. O que não se admite é que o próprio Estado com sua força avassaladora sobre o indivíduo possa abusar do poder em detrimento do mais fraco, isto é, o indivíduo a quem se atribua infração penal, e, mais grave ainda, quando por fim reconhece a sua inocência.

Para fins de estatística, tais apontamentos também não têm muito valor. É cediço que, na atualidade, com os grandes recursos da informática e da comunicação de rede, os dados formadores da estatística criminal são computados diariamente, através dos próprios boletins de ocorrência e, ao depois, de planilhas da polícia e dos juízos criminais, nos grandes centros, como Rio de Janeiro e São Paulo, posto que no Espírito Santo os Boletins de Ocorrências registrados diariamente não são computados eletronicamente na rede de identificação da Secrim.

Logo, a posterior exclusão desses dados não prejudica a estatística. Por tais razões, a jurisprudência majoritária do STJ é tranquila quanto à possibilidade de exclusão dos registros criminais nas hipóteses acima elencadas, conforme se vê dos arestos seguintes:

Inquérito Policial. Arquivamento. Exclusão de dados dos terminais do instituto de identificação. Por analogia ao art. 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, esta Corte Superior tem entendido que devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, de modo a preservar a intimidade do indivíduo. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (RHC nº 14.376/SP, 5ª turma, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 02.03.2004, v.u., DJU de 29.03.2004, p. 254.

Noutras decisões, o STJ determina a exclusão dos registros criminais existentes nos Institutos de Identificação ou órgão similares, em relação a inquéritos arquivados e a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado, a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, ou tenha sido reconhecida a

extinção da punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, de modo a preservar a intimidade do mesmo.

A Corte Superior faz uma ressalva, quanto a permanência nos arquivos do Poder Judiciário, tendo em vista que, nos termos do art. 748 do CPP, pode o juiz criminal requisitá-los, de forma fundamentada, a qualquer tempo, mantendo-se entretanto, o sigilo quanto às demais pessoas.¹³¹

O Ministro Gilson Dipp, relator do Recurso em Mandado de Segurança nº 9879/SP, em julgado de 09.04.2002, votação unânime, publicada no DJ de 03.06.2002, p. 214, entende legítima a pretensão do recorrente que teve o processo a que respondia arquivado por requerimento do próprio Parquet, em razão da inviabilidade da ação penal, e pretende sejam apagados de sua folha de antecedentes quaisquer referências ao mencionado processo, visando a evitar futuros prejuízos. Conclui o v. acórdão: “Recurso provido para que sejam canceladas as anotações relativas ao processo criminal, na folha de antecedentes da recorrente”.

Ainda o STJ apreciando Recurso em Mandado de Segurança nº 19.936/SP, a 5ª Turma, por votação unânime decidiu ser pacífico o entendimento jurisprudencial da corte, em atendimento ao disposto no art. 748 do CPP, de que os dados relativos a inquéritos arquivados, em processos nos quais tenha ocorrido a reabilitação do condenado ou tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, ou em caso de reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, devem ser excluídos do respectivo registro nos institutos de identificação e preservado o sigilo no Distribuidor Criminal. (STJ, RMS nº 19.936/SP, 5ª Turma, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 08.11.2005, v.u., DJU de 05.12.2005, p. 341).

E complementa o Ministro Vicente Leal também do STJ, 6ª Turma, em ROMS nº 9.739/SP em julgado de 05.04.2001 – RT 793/541 de modo a não deixar margens

¹³¹ STJ, 5ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.501/SP, DJ de 01.07.2005, rel. Ministro Félix Fischer.

de dúvida sobre a matéria ora em discussão. Fundamenta seu voto com base no artigo 748 do CPP, cujo preceito assegura o sigilo das condenações definitivas após a reabilitação, e arremata dizendo que não havendo condenação definitiva, impõe-se a exclusão dos assentamentos nos terminais dos institutos de identificação, prestigiando o princípio do estado de não culpabilidade consolidado na ordem democrática vigente.

Se o CPP, em seu art. 748, assegura ao reabilitado o sigilo de registros das condenações criminais anteriores, é de rigor a exclusão dos dados relativos a sentenças penais absolutórias e inquéritos arquivados dos terminais dos institutos de identificação, de modo a preservar as franquias democráticas consagradas em nosso ordenamento jurídico.

No mesmo sentido caminham as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de onde partem as decisões, em sua maioria, para apreciação dos tribunais superiores, em grau de recurso. Assim, no HC nº 367.316-3/0-00, a 2ª Câmara Criminal em julgado de 28.01.2002, tendo como relator o Desembargador Silva Pinto (RT 803/578) a seguinte manifestação:

Tem-se que caracteriza constrangimento ilegal e fere o princípio da dignidade da pessoa humana, estatuído no art. 1º, III da CF, o fato de se o impetrante, embora absolvido em processo-crime, não ter seus registros cancelados na delegacia de polícia e no instituto de identificação. Na hipótese, assim como no caso de reabilitação, é de rigor ser assegurado o sigilo, devendo-se aplicar o disposto no artigo 748 do CPP. Nem se argumente que as disposições previstas nos artigos 202 da Lei de Execução Penal e 748 do Código de Processo Penal bastam para resolver o problema, garantindo o sigilo dos registros, sem que se precise excluí-los.

Prosseguindo em seu voto, o relator diz que ambos os dispositivos dizem respeito a processos que resultaram em condenação. Eles são necessários para a justiça criminal e, por isso, devem ser mantidos nos arquivos da polícia (institutos de identificação), com as ressalvas de sigilo.

Mas no caso em foco, nem a própria lei faz previsão da permanência deles. Desse modo, o entendimento de que podem ser excluídos é de todo pertinente e, sem

dúvida, busca preservar a dignidade, a honra, a imagem e a intimidade do indivíduo. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 429.514-3/5-00 o eminente Desembargador Márcio Bártoli consignou:

[...] É irrefutável que informações constantes de registros criminais, seja qual for a sua natureza, têm o condão de, potencialmente, macular a imagem da pessoa em seu meio social, em função da falta de conhecimento técnico dos outros cidadãos. Inúmeros estudos científicos demonstraram claramente os efeitos negativos que procedimentos criminais têm sobre a reputação do indivíduo, mesmo quando tenha sido vítima. Não raro o cidadão comum busca esquivar-se de prestar depoimentos em juízo, ou mesmo de dirigir-se a distritos policiais, com medo de ter sua imagem associada ao cometimento de delito. (TJSP – 1ª CCrim., j, 22.09.2003 – v.u. – JTJ/Lex 273, p. 269.

O Juiz de Direito do Estado de São Paulo, Benedito Roberto Garcia Pozzer, em sentença proferida nos autos de habeas corpus nº 050.00.018381-4 reconheceu a necessidade histórica da manutenção dos registros criminais, como essenciais à orientação de novas investigações relativas à descoberta de autoria delitiva, todavia, admite a insegurança do sistema em manter o sigilo assegurado por lei, pela facilidade de divulgação dessas informações, por pessoas desconhecidas que tenham acesso aos computadores. Assenta sua decisão ao reconhecimento do direito individual à intimidade, o que somente seria efetivado na hipótese de permanência em juízo, dos antecedentes daquele definitivamente condenado e reabilitado. No caso de absolvição, arquivamento de inquérito e extinção da punibilidade, recomendável a exclusão das notas criminais.

Não se olvida da necessidade histórica dos registros, inclusive no interesse público, para orientação de futuras investigações criminais ou instrução de processos penais, mas, pela facilidade de conhecimento dos dados, por pessoas desconhecidas e que tenham acesso aos computadores do instituto de identificação, com possível divulgação dos fatos registrados pela polícia, prepondera o direito individual à intimidade, exigindo-se o fichamento apenas pelo Poder Judiciário que, em seus arquivos, preservará a memória dos antecedentes pessoais. Se o escopo é acobertar o passado do condenado reabilitado, permitindo-lhe restabelecer o convívio social com dignidade e sem eternização dos efeitos da pena extinta, com maior razão há de ser protegido aquele que, por decisão judicial, foi absolvido, seja por qualquer fundamento, ou teve arquivado o inquérito policial, como é o caso do requerente (*IN Boletim IBCCRIM nº 95, p. 483, outubro de 2000*).

Assim, não assiste razões para que inquéritos arquivados, processos encerrados com sentença absolutória, pelo cumprimento do sursis processual, trancados por habeas corpus ou extintos em razão da prescrição da pretensão punitiva e termos circunstanciados encerrados com a transação penal há mais de cinco anos, continuem inseridos no prontuário criminal do envolvido.

Por consequência, devem ser excluídos dos terminais dos institutos de identificação criminal os dados relativos a inquéritos arquivados ou a processos nos quais tenha ocorrido reabilitação do condenado, a absolvição por sentença penal transitada em julgado, ou, ainda, o reconhecimento da extinção da punibilidade do acusado, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Seguindo-se a linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça em reiteradas decisões, cabe Mandado de Segurança contra ato de autoridade judiciária ou policial que nega a exclusão, frente à violação de direito líquido e certo do indivíduo em ver efetivado o cancelamento do registro inócuo, sem embargo do entendimento não sedimentado de que existe, na espécie, constrangimento ilegal sanável por meio de habeas corpus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resultante da ruptura dos paradigmas vividos nos dias turvos do regime ditatorial militar, a atual ordem constitucional promoveu verdadeira metamorfose político-jurídica no Brasil, elevando-o à condição de Estado Democrático de Direito.

Fruto da evolução do Estado Social e da luta dos brasileiros por uma democracia plena, fundamentada na valorização dos direitos humanos, tanto na seara individual quanto social, em outubro de 1988, o país entrega aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes, um texto básico, dotado de mecanismos aptos à garantia desses direitos tão almejados, contrapondo-se ao sistema repressor reinante de 1964 a 1985.

Durante duas décadas o cidadão foi alvo de censura e vigilância extrema; de negação aos direitos humanos e repressão aos opositores do regime militarizado; da edição de textos (i) legais ilegítimos por inteira inconstitucionalidade; de verdadeiro estado de polícia, e de todo tipo de desatino.

Transposto esse abismo, ainda se vislumbram resquícios da ditadura, através de instrumentos jurídicos e procedimentos de duvidosa constitucionalidade e legitimidade. Alguns pontos obscuros, sob a ótica democrática, posto que em descompasso com os princípios fundamentais da dignidade humana ainda tormentam a paz social e a vida do indivíduo.

Dentre eles, a edição de decretos criando organismos que até certo ponto seriam úteis no controle social em face da criminalidade crescente, não fosse a inobservância de critérios justos e legítimos quanto à manutenção de bancos de dados e sua exposição em rede nacional de informações sobre assentamentos criminais de pessoas sem condenação irrecorrível.

Nesse contexto, o governo brasileiro percebeu a carência de mecanismos de controle capazes de centralizar informações sobre pessoas envolvidas na prática de delitos, de tal modo que pudesse contribuir na elaboração de programas de política criminal e segurança pública.

Aproveitou os dados já registrados nos institutos de identificação dos Estados e do Distrito Federal e instituiu um organismo com abrangência nacional interligando as unidades da federação e a polícia federal. Por decreto, instituiu a Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização, conforme descrito neste trabalho. No entanto, abriu uma porta permitindo somente a entrada de dados informativos sobre a pessoa indiciada em inquéritos policiais ou submetidas à ações penais, omitindo-se quanto à possibilidade de saída desses registros na hipótese de absolvições, arquivamentos de inquéritos ou em razão de causas extintivas da punibilidade.

Diante dessa omissão, os operadores do sistema, por excesso de zelo, ou temerosos quanto à possível incidência em infração penal relativa à alteração ou exclusão de dados em sistema informatizado, vêm mantendo indiscriminadamente o nome e demais caracteres individuais do cidadão que teve a infelicidade de ser indiciado em inquérito policial, ou sujeito passivo em ação penal, ainda que inocentado mais tarde.

Verificou-se, ao longo da presente pesquisa, a inobservância dos princípios fundamentais inerentes ao ser humano, e assegurados na vigente Carta Política, a começar pelo direito da personalidade. Pode-se dizer que esses direitos numa concepção ampla, são aqueles constituídos pela própria natureza humana. Por tais razões, identificam-se inúmeras espécies de direitos personalíssimos, até porque as projeções que emanam da personalidade, não se esgotam facilmente. Dentre eles, algumas espécies merecem destaque, por sua relação imediata com a liberdade de informação. Nesse caso, a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade fazem parte do plexo de valores ligados diretamente à dignidade da pessoa humana.

A liberdade de informação como direito subjetivo de índole constitucional, não encontra assento nem primazia no mundo jurídico, quando denota prejuízo à dignidade humana, como se verifica nas diversas situações em que a pessoa se vê envolvida, às vezes, involuntariamente, em ocorrência criminal, cujo nome acaba lançado em banco de dados em rede nacional, quando deveria ser sigiloso.

Não há que se confundir liberdade de informação e manifestação do pensamento, com os registros sobre antecedentes criminais do indivíduo, pois, o sigilo atinente a certos dados, constitui direito fundamental inalienável e constitucionalmente assegurado.

Ainda que houvesse *in concreto*, a colisão entre os princípios garantidores dos direitos de liberdade de informação e expressão, e os de personalidade, o vazamento de informações sigilosas que venha a afetar a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada das pessoas constitui-se em afronta à dignidade humana. E, por isso mesmo, eventual colisão entre esses princípios constitucionais, deve ser sopesada e solucionada em face do caso concreto, utilizando-se como critério os princípios da unidade da Constituição, da ponderação e da proporcionalidade.

No entanto resta esclarecido durante estas investigações, práticas desmedidas no manejo do controle social, sobretudo pela manutenção perpétua dos assentamentos criminais da pessoa que mais tarde alcançou o reconhecimento de sua inocência.

A consequência desse procedimento recai sobre o cidadão que num primeiro momento foi vítima do próprio poder constituído, o qual, por intermédio de seus agentes credenciados, violou profundamente a dignidade do ser humano, ao submetê-lo ao constrangimento do inquérito policial com a famigerada identificação criminal, advindo daí os elementos essenciais aos registros sobre seus antecedentes e, quiçá, a propositura de ação penal.

Comprovada a sua inocência pela absolvição definitiva, extinção da punibilidade ou no caso de arquivamento do inquérito ou peças informativas, ainda assim, prossegue penalizado com o nome selado dentre aqueles considerados portadores de maus antecedentes.

Em que pese a pesquisa sobre o tema, persiste a necessidade de esclarecimentos quanto à finalidade prática da perenização dos registros criminais nos arquivos mencionados, pelas seguintes razões: o juiz, ao sentenciar, observará as disposições legais vigentes, na órbita do direito penal material e processual. No que se refere ao direito material, deverá o julgador observar as regras positivadas no artigo 59 do Código Penal, onde repousam as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, motivo, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como, ao comportamento da vítima.

Tais circunstâncias são de natureza subjetiva, reconhecido o livre convencimento motivado e prudente arbítrio do juiz. A culpabilidade, por exemplo, deve ser aferida em conformidade com o maior ou menor grau de intensidade de censura a impor ao agente, o que se demonstra pelo corpo probatório produzido sob o crivo do contraditório e da amplitude de defesa.

Os antecedentes, ponto nuclear da pesquisa, devem ser aferidos à vista dos registros constantes da folha de antecedentes criminais (FAC) do acusado. Anotações em FAC sobre absolvições definitivas, extinção de punibilidade por qualquer de suas causas e arquivamento dos autos do inquérito policial ou peças de informações, não se prestam a macular a vida pregressa do indivíduo, de modo a autorizar ao julgador a fixar pena-base além do mínimo sob esse fundamento. Tal assertiva encontra fundamento nas inúmeras decisões dos tribunais brasileiros, com destaque, o STF. Se não se presta a construir maus antecedentes, não há razão jurídica, nem fundamento lógico para a sua perpetuação nos moldes anteriormente elencados. Devem ser imediatamente lançados do sistema.

No entanto, se mostra perceptível, uma razão política inconsistente e malsinada. Obstaculizar o ingresso do cidadão em cargos públicos por meio de concurso regular, ainda que ausente notícia de condenação ou processo em andamento. Ao reverso, não impede nomeações em cargos comissionados, porque estes são dádivas concedidas aos apadrinhados do poder dominante. Também, não impede o registro e candidatura em cargos eletivos, seja do Legislativo ou Executivo.

Entretanto, impede ou dificulta o acesso da pessoa ao trabalho em empresas públicas ou privadas que exijam atestados de antecedentes criminais. Inobstante as normas contidas na legislação vigente, o sistema permite a burla na concessão dessas informações criminais sigilosas, através de expedientes desprovidos de probidade.

Nesse sentido, além dos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, a truculência do sistema policialesco sepulta em vida o sagrado direito social ao trabalho, assegurado pela lei maior do país. É de causar espécie até ao menos iluminado, imaginar que um Estado que se diz Democrático de Direito admitir, ou não enxergar tamanha incongruência que avilta o brasileiro há tanto tempo.

No intuito de corrigir esses abusos institucionais que se transformaram em política de Estado, nossos tribunais, com maior peso o STJ, vêm se manifestando no sentido de excluir dos institutos de identificação e órgãos congêneres, os nomes e anotações sobre pessoas ali inscritas, nas hipóteses de absolvições com sentença irrecurável sob qualquer fundamento, arquivamento de inquéritos policiais ou pela extinção da punibilidade, face ao desinteresse estatal quanto ao exercício do *jus puniendi*.

O que se deve levar em conta é que as decisões não têm efeito *erga omnes*, valendo tão somente para o caso concreto. Então, as correções são pontuais e não atendem ao interesse público, deixando à margem do gozo e fruição dos direitos básicos, grande parte da população, em maior grau a camada mais humilde.

Nesse sentido, encontra-se resposta à indagação exordial, para concluir que manter os antecedentes criminais nos arquivos dos institutos de identificação ou qualquer outro organismo público, após a absolvição definitiva; arquivamento do inquérito policial, ou extinção da punibilidade do agente, espezinha direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana, à honorabilidade do indivíduo, à sua imagem, paz social e, sobretudo, o direito social ao trabalho, intolerável no ordenamento político-jurídico de um Estado Democrático de Direito.

A via legal determinante da correção de tamanha anomalia e ofensa a direitos fundamentais, não pode ser outra senão pelo processo legislativo, a elaborar lei conforme a Constituição Federal, prevendo a imediata exclusão dos registros existentes nos organismos em apreço, sob pena de responsabilidade da autoridade administrativa competente, determinando, inclusive, indenização às pessoas vitimadas com esse procedimento, caso ocorra desobediência ao comando legal. Isso porque em conformidade com o sistema constitucional vigente, as práticas adremente enumeradas na órbita da inteligência de segurança pública têm se mostrado efetivamente inconstitucionais, por inobservância dos principais objetivos da carta política em vigor e da nova ordem jurídica tendente à primazia do ser humano, na perspectiva de sua valoração.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAÉZ, Fernando. **História Universal da Destruição dos Livros**. Trad. De Léo Sclafman. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 2004.

BARRANCO, Maria Del Carmen. **El Discurso de los Derechos del Problema Terminológico al Debate Conceptual**. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas/Dykinson, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, v.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigma da Criminalização: Dos Antecedentes à Reincidência Criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. **Direito à Memória e Justiça de Transição**. Palestra proferida em 26.03.2010, na FDV.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para Uma Teoria Geral da Política**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 13. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONESANA, Cesare. (Marquês de Beccaria) **Dos Delitos e das Penas**. Publicado em 1764.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BURKE, Peter. **História, Como Memória Social. In: Variedades de História Cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil. (1948 a 1997): As Primeiras Cinco Décadas de Brasília**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CF/1988, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

COMISSÃO de FAMILIARES. **Mortos e Desaparecidos Políticos**. Instituto de Estudo da Violência do Estado e Grupo Tortura Nunca Mais. Rio de Janeiro e Pernambuco: Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

D'ENTREVES, Alessandro Passerin. Derecho Natural. In: ____ (et alii). **Crítica Del Derecho Natural**. Traducción de Elias Diaz. Madrid: Taurus, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DÍAZ, Elias. **Sociologia Y Filosofia Del Derecho**. Madrid: Taurus, 1980.

DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011.

DOTTI, Ariel René. **O Direito ao Esquecimento e a Proteção do Habeas Data**. São Paulo: RT. 1998.

DUMONT, Louis. **O Individualismo: Uma Perspectiva Antropológica da Sociedade Moderna**. Rio de Janeiro: ROCCO, 1991.

DÜRIG, Günther. **In: Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FABRIZ, Daury Cesar. **Direitos Humanos Fundamentais na Construção de Um Novo Humanismo**. In: KROHLING, Aloísio (org.). **Justiça e Libertação: a Dialética dos Direitos Fundamentais**. Curitiba: CRV, 2009.

FERNÁNDEZ GARCIA, Eusébio. **El Iusnaturalismo Racionalista Hasta Finales Del Siglo XVII**. In: ____: PECES-BARBA, Gregório (org.) **História de los Derechos Fundamentales**. Tomo I: Tránsito a La Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FILLOUX, Jean – Claud. **A Memória**. São Paulo: Difusão Européia de Livro, 1959.

FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Lúmen Júris. 2009.

FLORÉZ-VALDÉS, Joaquin Arce y. **Los Principios Generales del Derecho y Su Fundamentación Constitucional**. Madri: Editora Civitas, 1990.

GADAMER. Hans-George. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 1ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, v.1, 5. Ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais**. 4. Ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2002.

HABERMAS, Jünger. **Direito e Moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HABERMAS, Jünger. **Teoria e Práxis: Estudos de Filosofia Social**. Tradução espanhola de salvador Mas Torres e Carlos Moyá Espí. Madri: Tecnos, 1997. Título original: Theorie und Práxis.

HALBWACHS, Maurice (1877 - 1945). **A Memória Coletiva**. Trad. de J. Michel Alexandre. São Paulo: Ed. Centauro, 2006.

HENKIN, Louis, et al. **International Law: cases and materials**.3. Ed. Minnesota, West Publishing, 1993.

HOBBS, Thomas. (Leviatã, publicação original em 1651). **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil**. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal Anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

KANT, Immanuel e WOOD, Alen W. **Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals**. In: Basic Writings of Kant. New York: The Modern Librari, 2001.

LAFER, Celso. **Prefácio ao livro de Pedro Dallari: Constituição e Relações Exteriores**, p. XIX. São Paulo: Saraiva, 1994.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. de José Higinio Duarte Pereira. RJ: Brigueti, 1899, t. 1., Apud Paulo de Souza Queiroz. *Direito Penal – Parte Geral*. 7. Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

LE GOFF, Jacques. **Memória**. *In: História e Memória*. Campinas: Ed. Unicamp, 1994

LOPEZ CALERA, Nicolas. **Filosofia del Derecho** (I). Granada: Colmares, 1997.

LOPES CALERA, Nicolas. **La Crisis de las Facultades del Derecho: Una Cuestión Ideológica**. Anales de La Cátedra de Francisco Suarez. Granada: Colmares, 1980-1981.

LOPES, Jr Aury. **In: Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**, 17. ed. São Paulo: Braziliense, 1999.

MARROU, Henri-Irénée. **Théologie de L'Histoire**. Paris: Seuil, 1968

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. T. 1. Fundamentos. 3. Ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 1988.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Crime Organizado e Criminalidade**. *In: SÁ, Alvaro Augusto de e SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). Criminologia e os Problemas da Atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

MÜLLER, Herbert J. *The Uses of the Pass*. Nova York: Oxford University Press, 1952, p. 30.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito: Um Estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2000.

PECES-BARBA, Gregório. **Curso del Derechos Fundamentales: Teoria General**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PECES-BARBA, Gregório. **La Dignidad de la Persona y La Filosofia Del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2004.

PECES-BARBA, Gregório. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2005.

PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a La Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEREIRA, Antonio Tadeu Nicoletti. **A Identificação Civil e sua Inter-Relação com a Identificação Criminal**. Artigo publicado no portal da Associação dos Peritos Papiloscopistas do Estado do Espírito Santo. [Http://appes.com.br](http://appes.com.br). Acesso em 11/07/2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos**. In: ____ (ET alii). **Los Derechos Humanos: Significación, Estatuto Jurídico y Sistema**. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1986.

PIEROTH, Dodo e SCHLINK Bernhard. **Direitos Fundamentais, e Direito Constitucional**. Universidade Lusíada Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. Ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RANKE, Leopold Von. (1795 – 1886) **O Pai da História Moderna**. Universidade Humboldt de Berlin.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSO, Henry. **A Memória Não é Mais o Que Era**. In: AMADO, Janaína e FERREIRA, Marieta (coords.). **Usos e Abusos de História Oral**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: Eficiência do Serviço na Prevenção e Repressão ao Crime**. São Paulo: RT, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIQUEIRA, Luiz Roberto Teixeira de. **A Ruína do Estado Democrático e do Estado de Direito**. Vitória: ALL PRINT Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: RT, 2000.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: RT, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**, 3. Ed. atualizada. São Paulo: LTr Editora, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1980. Título original: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung*.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos Fundamentos de Uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos**. In: ____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de Derecho Penal, Parte General**, I. Buenos Aires: Ediar, 1987.