

POSITIVISMO JURÍDICO: PARADIGMA QUE DEVE SER SUPERADO NO PROCESSO PENAL

Hudson Alexandre Mendes Soares^{*}

PALAVRAS CHAVES:

Positivismo – Direito processual penal – Habeas Corpus.

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará e desenvolverá algumas críticas acerca da aplicabilidade do direito material e do direito processual penal. Partiremos da análise da prisão em flagrantes e do remédio constitucional promovedor da liberdade de locomoção – *Habeas Corpus*¹. Diante negativa do magistral remédio, tentaremos demonstrar as distorções do sistema penal e, principalmente, o quanto a magistratura brasileira se aparta dos problemas sócio-cultural-econômico da sociedade como um todo. No decorrer do trabalho tentaremos fundamentar nossos argumentos com bases filosóficas e dogmáticas para um melhor entendimento da temática.

2 – CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS ACERCA DO DIREITO COERCITIVO

Iniciaremos nossos argumentos no sentido de tentar buscar os fundamentos filosóficos para o direito Penal *lato sensu*, ou seja, direito penal material e direito processual penal.

O Direito Penal tem como escopo, em tese, tutelar os bens jurídicos mais relevantes para uma dada sociedade, de um determinado período e, principalmente, em favor de determinados sujeitos. Vejamos o magistério de Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli:

[...] o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procure evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor.”²

^{*} Graduando em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências de Estado da UFMG – Bolsista CNPq

¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 5º, inciso LXVIII

² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

Diante da afirmativa supracitada, pode-se suscitar ou indagar qual seria a legitimidade estatal em relação ao ato coercitivo imposto ao sujeito que, teoricamente, cometeu um ato repudiado pela comunidade jurídica.

Tal indagação foi perseguida pelo teórico do Estado Absolutista, *Thomas Hobbes* (1679), em sua obra, *Leviatã*. Hobbes afirma que a natureza humana conduziria a humanidade para uma perpétua luta de todos contra todos³, que o homem, por meio de sua racionalidade, tentaria impor suas posições em face dos outros, essa “Condição Humana”⁴ é uma característica inerente ao homem, *Jus Naturale*⁵. Diante disso, o teórico inglês, desenvolve a ideia do contrato social, cujo objetivo é a preservação da sociedade e a fomentação da paz.

*O homem deve concordar com a renúncia de seus Direitos a todas as coisas, contentando-se com a mesma Liberdade que permite aos demais, à medida em que considere a decisão necessária à manutenção da Paz e em sua própria defesa. Se cada qual fizer tudo que tem Direito reinará a Guerra entre os homens.*⁶

A ideia abstrata do contrato social hobbesiano fundamenta toda a teoria coercitiva dos Estados Soberanos da modernidade. Vale ressaltar, neste momento inicial dos argumentos do artigo, que consideramos a modernidade como sendo um estágio não vencido por nossa contemporaneidade, afirmamos isso, pois, os institutos trazidos pela teoria do estado moderno continuam permeando os nossos dias.

Hans Kelsen em sua obra, *Teoria Pura do Direito*, sofisticava a teoria hobbesiana. Sem embargo a isso, o teórico do positivismo jurídico, não consegue modificar as bases filosóficas trazidas por Hobbes. Vejamos os ensinamentos do pensador austríaco:

Enquanto não houver tribunais que determinem, de modo objetivo, quando se está perante um uso proibido da força e, portanto, enquanto todo e qualquer indivíduo que se julgue lesado por outro nos seus direitos for autorizado a empregar a força como sanção, ou seja, como reação a um ato ilícito de que foi vítima, ao mesmo tempo que o indivíduo contra quem este uso da força é dirigido também é autorizado a reagir contra o emprego da força [...]⁷

³ *Leviatã*, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil/Thomas Hobbes; tradução Rosina D’Angina; consultor jurídico Thélío de Magalhães – 3ª edição – São Paulo, 2014. P. 99

⁴ *Idem*, p.99

⁵ *Ibidem*, p.99

⁶ *Ibidem*, p. 100

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 42. Editora WMF Martins Fontes Ltda. São Paulo, 2009

O autor da Teoria Pura do Direito afirma que em ordenamentos jurídicos mais primitivos, as sanções são aplicadas por aqueles que foram vítimas de lesão⁸, portanto, essas comunidades são regidas pelo Princípio da autodefesa. Percebe-se que Kelsen demonstra uma estrutura normativa descentralizada⁹, que não há controle, tornando o direito ineficaz, do ponto de vista filosófico, pois o escopo do direito é promover a paz¹⁰ e o mínimo de justiça.

Diante dos problemas relativos à autodefesa, segundo Kelsen, o sistema coercivo, naturalmente, centraliza-se¹¹, surgindo o monopólio coercitivo estatal, que assegura, ao menos em tese, o mínimo de paz e justiça. Percebe-se com clarividência que, as bases filosóficas propostas por Kelsen, em relação a coerção, teriam inspirações nos escritos hobbesianos.

Esse esboço, mínimo, da fundamentação jusfilosófica nos conduz para a seguinte assertiva, a dizer, “o direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica, posto que esse deve ser o objetivo de todo direito.”¹² Essa segurança jurídica consubstancia-se no Estado, como monopolista do ato coercitivo, mas o monopólio exige que a transgressão penal seja, também, de interesse público. Em outras palavras, o monopólio estatal está limitado aos atos de ordem pública. Nesse sentido Aury Lopes Jr.:

[...] pena pública, vem marcado pela limitação jurídica do poder estatal, pois o delito é considerado como uma transgressão da ordem jurídica, e a pena, uma reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua. Aqui a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, pois o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados¹³.

A pena, ato coercivo estatal, só existe por ser a convivência humana um pressuposto existencial, necessário. Isso porque, para existir o “eu” deve-se pressupor a existência do “tu” – “[...] decorre que nem sequer se pode ter consciência do “eu” quando não há um

⁸KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 42. Editora WMF Martins Fontes Ltda. São Paulo, 2009

⁹ Idem, p. 43

¹⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, p. 42. Editora WMF Martins Fontes Ltda. São Paulo, 2009

¹¹ Ibidem, p. 43

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, p.92 – Parte Geral – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

¹³ Lopes Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico, posição 25.

“*tu*” de quem distingue-se”¹⁴. Diante disso, a pena seria a última alternativa para pacificar o convívio em sociedade

Portanto, pode-se afirmar que o Direito Penal *lato sensu* – material e processual – só faz sentido quando harmoniza a convivência social, isso porque, o Estado não pode ser fomentador de abismos sociais ou de barreiras sociológicas intransponíveis, principalmente, quando utiliza o aparato jurídico como legitimador de suas ações.

2 – PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A PRISÃO EM FLAGRANTE

A modernidade contemporânea, chamada por alguns pensadores, pós-modernidade, estrutura-se, do ponto de vista ocidental, como um Estado Democrático de Direito, cuja prerrogativas estatais fundamentam-se na submissão de todos os Poderes Públicos ao Texto Constitucional, que seria a consubstanciação do pacto democrático do povo com seus representantes. Nesse contexto, o povo passa a ser o soberano da ordem constitucional.

A teoria da *soberania popular*, isto é, de que o poder constituinte é titularizado pelo povo, tornou-se historicamente vitoriosa. Foi esse o fundamento invocado desde a primeira hora pelo constitucionalismo americano.¹⁵

Pode-se afirmar que o constitucionalismo brasileiro foi influenciado de maneira incontestável pela teoria constitucional anglo-americana, principalmente, em relação ao poder soberano do povo. Diante disso, os poderes constituídos pelos Constituintes Originários, representantes do povo, devem respeito ao regramento constitucional e as suas possíveis interpretações sociológicas.

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas de novos tempos e das novas gerações dar-se-á por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucional.¹⁶

Diante do que foi afirmado acima, partiremos dos seguintes pressupostos, a dizer, o Brasil, por meio da soberania popular, adotou o regime democrático de direito para

¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral, p. 92 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo, p. 131. São Paulo: Saraiva, 2013

¹⁶ Idem, p. 144

organizar e garantir os direitos e deveres de toda a sociedade; a soberania popular definiu que todo ordenamento jurídico está subordinado aos princípios e regras constitucionais e, finalmente, o desrespeito aos comandos constitucionais não pode ser tolerado pela ordem jurídica posta.

Para que a prisão em flagrante seja considerada legal, devem-se ser atendidos alguns requisitos básicos, asseverados nas normas infraconstitucionais no Código de Processo Penal¹⁷ (CPP).

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e a família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.¹⁸

Além da norma exposta acima, pode-se evocar o artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal

¹⁷ Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal

¹⁸ Idem, artigo 306 e parágrafos

competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentaria.¹⁹

Finalmente, a Carta Política brasileira, texto de força vetorial, nos indica alguns pressupostos inafastáveis para a detenção ou para a manutenção de tal ato. Vejamos os principais comandos constitucionais acerca da temática ora travada: “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade policial*²⁰”, esse comando assevera a obrigatoriedade da intervenção judiciária em face da prisão ilegal; “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*²¹”, já o presente dispositivo constitucional demonstra com clarividência que a prisão seria a *ultima ratio*.²²

Outro ponto destacável em relação aos requisitos mínimos para a prisão em flagrante, relaciona-se com o bem jurídico tutelado pela Direito Penal. Pode-se considerar que a manifestação máxima do poder coercitivo estatal se encontra na tutela penal, por isso, não seria adequado que o Estado-juiz movimentasse as suas prerrogativas nos casos menos impactantes, por exemplo, a manutenção da prisão em flagrante em delitos de menor potencial ofensivo ou nos delitos bagatelares.

3 – ANÁLISE DE UM CASO PRÁTICO COMO FORMA DE VENCER PARADIGMAS

Analisaremos um caso prático ocorrido no ano de 1992, no Estado do Mato Grosso do Sul²³. Vale ressaltar, que por questões éticas, realizamos algumas adaptações do caso em tela.

Passemos aos fatos: E. C. R. (sigla do nome do paciente do pedido de *habeas corpus*) impetrou uma ação com o objetivo de livrar-se da prisão em flagrante na qual se encontrava. O paciente é acusado de ter cometido furto de algumas barras de sabão e de um pedaço de mangueira.

¹⁹ DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992
http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf visitado em 11/10/2015

²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, Artigo 5º, inciso LXV

²¹ Idem, Artigo, 5º, LXVI

²² http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498
visitado em 11/10/2015

²³ Acórdão n. 29.939-8 – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

Diante de testemunhas que não presenciaram o fato delituoso e da queixa da vítima do furto, a autoridade policial adentrou na residência do paciente e constatou a existência de barras de sabão e de pedaço de mangueira no interior do imóvel, fato esse, conforme os autos, suficientes para a decretação da flagrância, nos termos do artigo 302, IV do CPP.

Na decisão da Corte estadual, TJMS, não foi acatado o pedido do paciente, a dizer, o *habeas corpus*, em linhas gerais, os magistrados consideraram que os requisitos positivados pelo direito foram cumpridos. Portanto, o remédio constitucional não seria adequado.

4 – CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Essa atitude do honrado tribunal reflete a insensibilidade da magistratura brasileira em face dos delitos, de seus executores e das causas de tais delitos. Para provar o hiato existente entre os Tribunais e a sociedade traremos algumas estatísticas relacionadas ao sistema carcerário brasileiro.



Essas estatísticas²⁴ demonstram, em linhas gerais, que os delitos e a punibilidade estatal relacionam-se sobremaneira com a situação sócio-econômico-cultural existente em uma sociedade permeada de desigualdades, infelizmente, essa é a realidade brasileira.

Diante disso, consideramos que Corte Estadual do Mato Grosso do Sul poderia ter tido mais sensibilidade jurídica, a exegese positivista demonstrou-se ineficiente em face dos problemas sociais. A contemporaneidade exige do aplicador do direito a conformação dos textos positivados com os princípios da República, principalmente, com a dignidade humana.

Do ponto de vista processual penal, na análise do cabimento do *habeas corpus* não se entra no mérito do delito. Nada obstante a isso, o magistrado sensível poderá alegar o

²⁴ [http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento WEB.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf) visitado em 11/10/2015

princípio da insignificância no sentido de instrumentalizar o inócuo remédio constitucional. O STF, por meio do verbete, demonstra nas entrelinhas essa possibilidade, vejamos:

O princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social²⁵.

Consideramos que os magistrados não podem ser, simplesmente, a boca da lei, a ideia de Montesquieu, em sua obra, “*O Espírito das Leis*”, a muito se encontra superada.

[...]Mas os juízes da nação são apenas, com já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora; sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei²⁶[...]

A sociedade exige do aplicador da norma uma postura crítica em face das demandas judicializadas. Hebert Hart, teórico positivista, já considerava a possibilidade de interpretação por parte do magistrado.

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muitas coisas devem ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. [...] os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis²⁷.

²⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbetes.asp?letra=P&id=491> visitado em 11/10/2015

²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*, p. 175; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – 3ª edição – Martins Fontes, 2005 – São Paulo – SP

²⁷ HART, H. L. A. – *O Conceito de Direito*, p. 175 – 176 – Editora WMF Martins Fontes, 2009 – São Paulo – SP

A essa altura, a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta,[...]. Nesse ponto, cai por terra a sensação de que a linguagem da norma nos habilitará a simplesmente identificar exemplos facilmente reconhecíveis²⁸.

Já Ronald Dworkin, teórico pós-positivista, demonstra outra faceta da aplicação do direito, que, em nossa visão, enquadra-se perfeitamente no julgado ora analisado. Esse autor e filósofo renomado do direito afirma, categoricamente, que os tribunais devem buscar a integridade do direito e não se prenderem à simples repetição de precedentes.

A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. A integridade não exige coerência em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípios com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior²⁹.

Os argumentos explorados ao longo do artigo, nos direcionou para a conclusão, até certo ponto, incontestável, que o sistema jurisdicional penal precisa, com urgência, enquadrar-se nos preceitos iluminadores da Carta Magna brasileira cuja principal prerrogativa é a de defender a dignidade humana.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acórdão n. 29.939-8 – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992.

DWORKIN, Ronald. O império do direito – Martins Fontes – Selo Martins, 2014 – São Paulo – SP.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Editora WMF Martins Fontes Ltda. São Paulo, 2009.

HART, H. L. A. – O Conceito de Direito – Editora WMF Martins Fontes, 2009 – São Paulo – SP.

²⁸ HART, H. L. A. – O Conceito de Direito, p. 165 – Editora WMF Martins Fontes, 2009 – São Paulo – SP

²⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito, p. 273 – Martins Fontes – Selo Martins, 2014 – São Paulo – SP

http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>

http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498

Lopes Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – 3ª edição – Martins Fontes, 2005 –São Paulo – SP.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

.