

## Considerações finais

Embora a nova democracia brasileira se assente no princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, constata-se que, na prática, em especial na esfera criminal, tal primado ainda está longe de saltar das páginas da Constituição Cidadã e se concretizar, em toda sua inteireza, *na vida como ela é*.

As tendências e medidas neoliberais que se seguiram à etapa de redemocratização do País – verificadas especialmente na década de 1990 –, ao tempo em que esfriaram o entusiasmo pelo *aporte de cidadania* contemplado no novo arcabouço constitucional, trouxeram engessamento ao *Estado social* e estimularam o incremento de um *Estado penal*, marcado pelo aumento da legislação criminalizadora e pela explosão do contingente carcerário.

Em paralelo, desde o final do século passado, vinha ocorrendo a revalorização do papel da Constituição nos sistemas político e jurídico nacionais – característica do constitucionalismo pós-positivista –, reservando-se ao Poder Judiciário uma nova dimensão, ampliando-se significativamente seu âmbito de atuação.

Temas políticos passaram a ser judicializados; direitos sociais, coletivos e as garantias fundamentais tornaram-se merecedores de tutela judicial direta – inclusive de modo *coletivo* – a partir da atuação de entes (Ministério Público, entidades civis, associações, sindicatos, etc.) constitucionalmente legitimados para atuar em prol de grupos e segmentos sociais (consumidor, usuários do sistema de saúde, idosos, massa carcerária, etc.) ou mesmo de toda a coletividade (em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural, urbanismo, etc.). E mais: o atendimento, pelos agentes públicos, aos princípios constitucionais da Administração Pública – dentre eles a *moralidade* e a *eficiência* – tornou-se passível de um maior controle judicial.

Essa nova dimensão do Judiciário traz grande reflexo à jurisdição constitucional – não somente aquela exercida difusamente pelos órgãos da judicatura de base, mas também da própria Corte Constitucional. Hoje, encontra-se potencializada a possibilidade de controle judicial quanto à (in)aplicabilidade e

(in)eficácia de leis iníquas ou que se afastem dos ideais, primados e princípios constitucionais, ou, ainda, que sejam fruto de um processo ilegítimo, em que não se tenha propiciado o devido debate público prévio a *todos* os interessados – membros da comunidade política e destinatários das normas.

Porém, a prodigalidade da legislação incriminadora, nem sempre imbuída do ideal igualitário, terminou por propiciar, como efeito colateral, um significativo aumento da seletividade praticada pelas agências policiais em seu exercício de criminalização. As *cifras negras* vêm aumentando de modo proporcional às novas regras incriminantes, não somente como retrato involuntário das baixas taxas de elucidação de crimes, mas, principalmente, pela exacerbação do arbítrio e da discricionariedade dos órgãos de persecução penal por ocasião da seleção de sua *clientela*.

E é justamente nesse ponto que, através de *dois vetores* – distintos, porém convergentes –, é legítimo esperar que o Poder Judiciário desempenhe – dadas suas potencialidades no atual formato de nosso Estado constitucional – um papel muito mais relevante e efetivo para a correção das desigualdades e para o aumento da justiça social. Seu esforço e sua eficácia nessa tarefa corretiva poderão fazer com que (re)obtenha a confiança do jurisdicionado, a qual, como visto, hoje está bastante esmaecida.

Através de um desses vetores – a *jurisdição constitucional* – remanesce ainda um amplo espaço para a realização de *podas niveladoras* na legislação penal desigualitária (que prevê, por exemplo, nos ilícitos patrimoniais, que o cidadão pobre seja tratado mais severamente do que o contribuinte; ou que o membro de setores da elite tenha melhores condições de encarceramento provisório do que o cidadão das classes desfavorecidas). Ainda em termos de jurisdição constitucional, merece consideração o fato de que o incremento legislativo do *Estado penal* vem ocorrendo em duas frentes – de um lado, a criminalização dos crimes de perigo; de outro, o arrocho da resposta penal aos crimes mais violentos (perpetrados contra os direitos fundamentais das vítimas e que mereceram etiqueta diferenciada pela Constituição da República). Tais frentes, embora paralelas e concomitantes, podem ser diferenciadas, inclusive comportando posturas jurisdicionais distintas, atributivas de diferentes graus de (i)legitimidade aos documentos normativos respectivos.

Também no outro vetor – a jurisdição criminal de varejo –, vê-se que, em relação às desigualdades patrocinadas pela atividade repressora pré-judicial, a possibilidade corretiva igualmente permanece apenas potencial, sendo, na prática, extremamente tímida ou ineficaz.<sup>279</sup> É o que apontam os dados relativos à massa carcerária, em meio à qual, numa proporção muito maior do que a sociedade em geral, são encontrados os miseráveis, analfabetos, membros da horda de excluídos sociais. Aliás, o que se tem encontrado na atividade judicial criminal é a *desigualdade dentro da desigualdade* – que não corrige, mas agudiza a iniquidade –, já que sua atuação, na prática, carece de maiores parametrizações, de controle efetivo de discricionariedade, porque ainda muito pouco ocupada com os imperativos da coerência, previsibilidade e segurança jurídica.

Assim é que, para aperfeiçoar o quadro jurisdicional penal brasileiro, algumas posturas e diretivas podem ser adotadas.

Referentemente aos aspectos anteriores à dicção judicial criminal, dirigida ao mérito das questões penais em espécie, impõe-se a ampliação e maior celeridade na tarefa de adequação do arcabouço legislativo à vigente ordem constitucional, em específico, sob o signo do princípio igualitário.<sup>280</sup> Para a contenção dos males desigualitários decorrentes da seletividade arbitrária promovida pela atividade policial de persecução penal, é necessário – além de investimentos permanentes na formação cultural e humanitária dos agentes policiais – que se dê apoio e se obtenha efetividade em seu controle externo, instrumentalizando-se de fato – e não apenas de direito – o Ministério Público (órgão constitucionalmente imbuído para tanto),<sup>281</sup> sem prejuízo do aperfeiçoamento dos próprios organismos internos de controle (corregedorias e ouvidorias), facilitando-se e protegendo-se, ademais, o acesso e as reclamações da população em geral sobre seus serviços.

Quanto à melhoria qualitativa da jurisdição criminal de varejo em si, especialmente sob as óticas da coerência e da igualdade material –, várias medidas

<sup>279</sup> Como dito antes, é a Polícia que, na prática, vem pautando a atuação judicial que, por sua vez, acomoda-se, obediente, a essa pauta.

<sup>280</sup> A partir disso, no caso de um maior tensionamento entre as atividades jurisdicionais e legislativas, poder-se-á cogitar, na esteira da proposta habermasiana, a adoção de um sistema misto, que contemple o reencaminhamento da matéria ao parlamento para eventuais ajustes (cf. item 2.4, *retro*).

<sup>281</sup> Dispõe a Constituição da República de 1988: “Art. 128: São funções institucionais do Ministério Público: [...] VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”.

podem ser adotadas, inclusive na linha da “revolução democrática da justiça”, propugnada por Boaventura de Sousa Santos.<sup>282</sup>

Em relação ao aprimoramento da *formação da subjetividade* do órgão decisor – que deve se iniciar, a rigor, nos bancos escolares –, importante se mostra a mudança de enfoque nos concursos de ingresso às carreiras jurídicas públicas, prestigiando-se as cadeiras de viés humanístico, como a Psicologia Judiciária, Sociologia Jurídica, Filosofia do Direito, Ética, Teoria Geral do Direito, Teoria Geral da Política, tal como acenado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)<sup>283</sup>, valorizando-se, ainda, os exames psicotécnicos admissionais. De igual modo, o mesmo foco deve ser assumido pelas respectivas escolas institucionais – estaduais e nacionais – destinadas à formação e ao aprimoramento cultural de seus membros.

Os referidos *conselhos nacionais* – órgãos de controle administrativo – vêm desempenhando papel de destaque nessa quadra, seja em relação à harmonização das atividades dos respectivos agentes no território nacional, seja quanto à questão da produtividade processual, seja ainda – e em especial – no que concerne à movimentação meritocrática dos profissionais em suas carreiras. De fato, tendo sido organizados – como foram – os fundamentos para a *promoção ou remoção por merecimento*, a partir de requisitos objetivos (participação em cursos, eventos, pós-graduações, produtividade processual, entre outros),<sup>284</sup> os membros das

<sup>282</sup> Cf. SANTOS. Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

<sup>283</sup> Aliás, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público – órgãos de controle administrativo –, embora ainda novos na estrutura estatal (foram criados pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004), vêm trazendo importantes contribuições à harmonização e à estruturação das respectivas instituições. Por exemplo, do ponto de vista da *moralidade administrativa* (com reflexos diretos na melhoria dos serviços prestados), foram esses conselhos que, ao normatizarem a proibição à prática do nepotismo nas respectivas instituições em âmbito nacional (na esteira do que os Ministérios Públicos estaduais vinham fazendo desde o início desta década, sendo pioneiro o Ministério Público de Minas Gerais através da Lei Complementar Estadual n.º 61/2001), terminaram por induzir a edição da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal – aplicável a todo o serviço público nacional – com o seguinte enunciado: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

<sup>284</sup> Nesse sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n.º 2, de 21 de novembro de 2005, que “Dispõe sobre os critérios objetivos e o voto aberto e fundamentado nas promoções e remoções por merecimento de membros dos Ministérios Públicos da União e dos Estados”; e o Conselho Nacional de Justiça, a Resolução n.º 106, de 6 de abril de 2010, que

carreiras jurídicas de estado são estimulados a se manter em constante aperfeiçoamento cultural – isso sem se descuidar da produtividade em seus serviços –, afastando-se o desânimo ou a insatisfação resultante de indicações para promoção (ou remoção) lastreadas em meras simpatias ou amizades mantidas com os respectivos órgãos de chefia.

Já no que se refere a parâmetros de discricionariedade da atividade jurisdicional penal, algumas posturas e ferramentas podem ser prestigiadas. Nessa seara, importantes instrumentos de contenção e autocontenção de excessos arbitrários podem ser apontados: de um lado, o aumento da publicização efetiva dos atos e bancos de dados oficiais relacionados à atividade jurisdicional; de outro, maior zelo e observação aos precedentes e autprecedentes, em especial em tempos de massificação de processos, evitando-se, assim, um elevado grau de incerteza quanto ao resultado da jurisdição (“justiça lotérica”).

Em paralelo, sempre que em jogo a análise dos requisitos exigidos à constrição ambulatorial do cidadão (como, de resto, à limitação de qualquer direito ou garantia fundamental), parece de rigor que se resgate uma postura interpretativa mais *formalista*. No outro extremo, nas situações em que seria o próprio Estado – ou um órgão estatal – o virtual prejudicado por um mergulho mais livre aos propósitos subjacentes da norma por parte do intérprete, pode-se admitir uma postura mais particularista, um viés mais criativo, na atividade levada a efeito pelo órgão responsável pela jurisdição.

Reconhecendo-se, enfim, que o Poder Judiciário está longe de cumprir satisfatoriamente seu papel de garantidor do ideal igualitário no sistema penal, pretende-se que as posturas, os mecanismos e os instrumentos apresentados no presente estudo sejam úteis, de algum modo, ao objetivo de minimizar o quadro atual de desigualdade e injustiça social. É com essa sincera expectativa que se busca, aqui, contribuir para a inspiração de novos caminhos e pesquisas sobre tão relevante temática – à confiança de que, talvez, ainda em breve, modifique-se para melhor a realidade vivida e cantada em nossos guetos:

Jovem preto, novo, pequeno  
Falcão fica na laje de plantão no sereno  
Drogas, armas, sem futuro

---

“Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau”.

Moleque cheio de ódio invisível no escuro  
É fácil vir aqui e mandar me matar,  
Difícil é dar uma chance à vida  
Não vai ser a solução mandar blindar  
O menino foi pra vida bandida.<sup>285</sup>

---

<sup>285</sup> Refrão de *Falcão*, canção composta pelo *rapper* Mv Bill.