

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em
Direito Público**

Vânia Caixeta Dib

Garantismo: previsível desconstrução do crime

Brasília – DF

2008

Vânia Caixeta Dib

Garantismo: previsível desconstrução do crime

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (*) do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho.

Brasília – DF

2008

Vânia Caixeta Dib

Garantismo: previsível desconstrução do crime

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (*) do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção
_____(_____).

Banca examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

“Na história da sociedade há um ponto de fadiga e enfraquecimento doentios em que ela até toma partido pelo que a prejudica, pelo criminoso, e o faz a sério e honestamente” (NIETZCHE, Frederico. Para além de bem e mal, 6 ed. Lisboa: Guimarães Editores, p. 108).

RESUMO

Esta monografia versa sobre a desconstrução do crime, à luz da teoria garantista,

questionando a constitucionalidade desta tese. Avaliam-se, com isso, correntes doutrinárias intervencionistas e liberalistas. A crescente criminalidade verificada na sociedade brasileira revela a importância da discussão. Serão estudados preceitos, fundamentos e características do direito penal. Justifica-se, então, a pesquisa, já que o tema lida com direitos e garantias constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à segurança, valores consagrados constitucionalmente. Assim, serão abordados o sistema penal, a prisão, a vítima, a criminologia e a ressocialização do criminoso. O trabalho é desenvolvido, mediante análise bibliográfica, jurisprudencial e de textos legislativos. O método de abordagem utilizado é o dedutivo. Ao longo da monografia, será possível verificar que o garantismo possui falhas em seus conceitos, o que o torna impróprio para o direito brasileiro. Conclui-se que é necessária uma reforma na estrutura da prisão e não a sua abolição, visto que não existe sociedade sem crime.

Palavras-chave: Direito Penal. Crime. Garantismo. Direitos Fundamentais. Liberdade. Segurança. Prisão. Ressocialização.

ABSTRACT

This monograph analyses the deconstruction of crime, using as a framework the *Garantista* theory, questioning the constitutionality of this thesis. Interventionist and liberal doctrinaires are evaluated in this context. Growing rates of criminality in Brazil underscore the importance of this issue. Precepts and characteristics of criminal law

will be examined. This focus is warranted given that the theme deals with constitutional rights and guarantees related to human dignity, liberty and safety, values which are constitutionally recognized. Thus, the monograph will does examine the criminal system, the prisons, the victim, criminology and the prisoner's resocialization. The argument is developed through bibliographical and jurisprudential analysis as well as legislative texts. The results suggest reforming rather than abolishing the prisional system structure, since no society can live without such structure.

Keywords: Criminal Law. Crime. *Garantismo*. Fundamental rights. Liberty. Safety. Prison. Resocialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
-----------------	----

CONCEITO DE DIREITO PENAL	11
1.1. Notas fundamentais de direito penal.....	11
1.2. Teorias do crime.....	12
1.3. Caracteres do crime.....	14
1.4. Das penas.....	15
2. Princípios aplicáveis.....	23
2.1. princípio da legalidade.....	23
2.2. princípio da intervenção mínima.....	25
2.3. princípio da insignificância.....	27
2.4. princípio da individualização da pena.....	30
2.5. princípio da presunção de inocência.....	37
ANÁLISE DO SISTEMA PENAL	46
1.1. Do sistema penal.....	46
1.2. Direito de punir.....	46
1.3. Sistema prisional.....	51
1.4. Crise da prisão.....	55
1.5. Vítima.....	60
1.6. Criminologia.....	62
1.7. Reinserção social (defesa social).....	66
A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL	69
1.1. Contrato social e suas concepções históricas.....	69
1.2. A junção do Estado Liberal e do Estado Social.....	70
2. Valores relacionados à problemática questão penal.....	73
2.1. Propriedade.....	73
2.2. Dignidade da pessoa humana.....	74
2.3. Liberdade.....	75
2.4. Segurança.....	76
3. Movimentos.....	80
3.1. Garantismo.....	80
3.2. Outras correntes do direito penal mínimo.....	87
3.3. A proposta de adoção de um movimento em prol da sociedade.....	90
CONCLUSÃO	96

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sem pretensão de esgotar o tema, buscará estudar e demonstrar a incompatibilidade dos postulados do garantismo com a estrutura normativa pátria, mediante análise jurisprudencial e bibliográfica, utilizando, para tanto, o método dedutivo.

Justifica-se a pesquisa pela importância do tema, já que lida com direitos e garantias constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, entendida de forma ampla: não só dos acusados, mas da sociedade.

O primeiro capítulo descreve as teorias do crime e seus caracteres. Apresenta o fundamento de punir, sustentado no caráter retributivo e preventivo da pena, explicando as suas teorias que resultaram por explicar a direção do direito penal. Dele repontaram os principais princípios aplicáveis ao direito penal: o da legalidade, da intervenção mínima, da insignificância, da individualização da pena e da presunção de inocência, e suas respectivas implicações na prática.

Já o segundo capítulo dirige-se para a análise do sistema penal, incluindo o direito de punir e sua base histórica; a deficiência do sistema prisional, a crise da prisão e suas causas; a desconsideração da vítima no processo penal e seu atual revigoramento; a criminologia e suas variantes (política criminal e suas três principais correntes: a Novíssima Defesa Social ou Nova Defesa Social (NDS), Movimento de Lei e Ordem (MDLO) e a Política Criminal Alternativa ou Nova Criminologia) e a esperada reinserção social e suas características, propondo o tratamento adequado aos delinqüentes.

O terceiro capítulo demonstra a influência do contrato social, suas concepções históricas e seus pensadores no direito penal, tendo-o como seu fundamento. A necessária união entre o Estado liberal e o social, o que cristalizaria o Estado Democrático de Direito, e suas conseqüências, já que o direito penal corresponde ao modelo de Estado adotado. Revela, também, os valores relacionados com a problemática questão penal: a importância da propriedade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança para assegurarem os direitos fundamentais da sociedade. Os movimentos intervencionistas e liberalistas que buscam recrudescer o direito penal ou extingui-lo, respectivamente e suas correntes. O mais importante deles é o garantismo (direito penal mínimo), doutrina italiana, cuja introdução no Brasil vem ocorrendo sem nenhum critério, distante da nossa realidade empírica.

CONCEITO DE DIREITO PENAL

1.1. Notas fundamentais de direito penal

O Direito Penal assim se denomina por enfatizar a pena, pois esta “*é condição de existência jurídica do crime – ainda que ao crime, posteriormente, o direito reaja também ou apenas com uma medida de segurança*”¹, segundo ensina Nilo Batista. Dá-se essa nomenclatura por ser o único ramo do direito que enfatiza o tipo de sanção e não a natureza das relações jurídicas. Gomes acentua que:

¹ *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 48.

A denominação convencional (Direito Penal), na verdade, tem uma dupla vantagem (daí ser ela preferível): (a) de um lado, sublinha o que assegura o caráter inequivocadamente delituoso de uma conduta que é achar-se tipificada sob a cominação de uma 'pena' (sanção penal); (b) de outro, acomoda-se à opinião científica majoritária, que exclui do âmbito penal as medidas de segurança 'pré-delituais', exigindo, em todo caso, para a imposição de qualquer consequência jurídico-penal, o prévio cometimento de um delito².

É a disciplina que regulamenta as relações sociais, escolhendo os bens jurídicos de maior importância³ – essenciais para a boa convivência da sociedade – para tutelá-los. A seleção destes é norteada pela Constituição que os elege como fundamentais, tais como: a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, e o mais valioso deles, o da dignidade da pessoa humana.

Greco advoga que *“a pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade⁴”*.

Cumprir enfatizar que a norma jurídica é constituída de duas partes: preceito – regras de conduta – e a sanção – pena imposta pelo descumprimento destas; daí a natureza sancionadora do Direito Penal.

Vê-se que essa designação fora obedecida desde a Constituição de 1891, ainda que esta se referisse a direito criminal, até a atual, com exceção a do Império (1834), tendo sido adotada esta terminologia por Basileu Garcia⁵, Damásio⁶, Magalhães Noronha⁷, Mayrink da Costa⁸ e Mirabete⁹.

A discussão revela-se importante, pois, a princípio, o direito penal não abrangeria as medidas de segurança; todavia, ela se esvazia, por essas medidas pressuporem o cometimento de crime, e, de igual modo, uma respectiva sanção. Batista concorda com a assertiva:

(...) mesmo as medidas concernentes a inimputáveis ainda que se orientem para fins de proteção e melhoramento, operam pela via retributiva da perda ou restrição de bens jurídicos ou direitos subjetivos, e ostentam igualmente matiz penal¹⁰.

1.2. Teorias do crime

² *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*, p. 32.

³ Ainda que alguns autores não partilhem este entendimento, como Günther Jakobs, que entende que a finalidade do Direito Penal é a garantia de vigência da norma e não a proteção de bens jurídicos: este é o que prevalece.

⁴ *Curso de Direito Penal*, p. 04.

⁵ *Instituições de direito penal*, p. 08.

⁶ *Direito Penal*, p. 05.

⁷ *Direito Penal*, p. 03.

⁸ *Direito Penal*, p. 05.

⁹ *Manual de Direito Penal*, p. 14.

¹⁰ *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 49.

À falta de uma definição legal do crime - ainda que o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal tenha iniciado com a expressão “considera-se” -, (limitando-se sua a intenção, na verdade, em diferenciar delito de contravenção), atribui-se àquele três concepções: a de caráter formal, material e analítico, restando, então, essa tarefa para a dogmática jurídica.

O primeiro deles considera, de forma simplória, que o delito seria a conduta proibida pela lei penal: a que colidisse com esta. Já o material, reduzindo o alcance do crime, enuncia-o como a conduta que afronta os bens jurídicos mais importantes. No dizer de Moura Teles, “*no conceito é incluída, como essência do crime, a relação de antagonismo entre o comportamento humano e os valores do corpo social, a ofensa aos interesses importantes da sociedade*”¹¹. Assim, dá-se especial relevo ao princípio da intervenção mínima – um dos basilares do garantismo penal –, ao oportunizar ao legislador a eleição apenas dos bens essenciais à existência da sociedade.

Diante da imprecisão dos conceitos formal e substancial, surge o analítico. Este adota três elementos estruturantes do delito: ação típica¹², ilícita e culpável - há, ainda, para uns penalistas, um quarto elemento: a punibilidade (segundo Mezger e Basileu Garcia); no entanto, a melhor tese - adotada pelo ordenamento jurídico pátrio - parece ser a consideração somente dos três.

A ação típica, em seu aspecto finalista, compõe-se da conduta (dolosa ou culposa e comissiva ou omissiva), resultado, nexos de causalidade e tipicidade (formal e conglobante).

Vale tecer algumas considerações a respeito desse instituto. Antes, considerava-se o crime como uma ação humana (MOURA TELES, 1996); contudo, esta afirmação foi superada, quando a jurisprudência¹³ – de considerável avanço¹⁴ - determinou a responsabilização penal das pessoas jurídicas, afastando a interpretação gramatical do texto da norma para fundamentar a suposta inconstitucionalidade. Aliás, a própria Constituição, em seus artigos 173, §5º e 225, §3º, já previa expressamente tal possibilidade.

Acaso a Constituição pretendesse conferir às pessoas jurídicas, tão-

¹¹ *Curso de Direito Penal*, p. 180.

¹² Alguns doutrinadores preferem a denominação fato típico, todavia, tal não traz maiores percalços, já que não altera substancialmente aquele conceito. A exemplo, Greco, *ibid.*, p. 141.

¹³ Confira o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: REsp 564.960/SC.

¹⁴ Há tendência mundial nesse sentido: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, França, Venezuela, México, Cuba, Colômbia, Holanda, Dinamarca, Portugal, Áustria, Japão e China admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

somente, a responsabilização civil e administrativa, desnecessária seria a medida, pois esta já decorre de previsão infralegal. A tão discutida pontuação do artigo 225, §3º pretendeu, unicamente, enumerar as modalidades de sanções cabíveis e aplicáveis aos **infratores: pessoas físicas e jurídicas**. Além disso, qualquer posição contrária choca-se com o estudo sistemático da Constituição.

A responsabilidade da pessoa jurídica não decorre dos postulados tradicionais emanados da Escola Clássica do direito penal acerca da ação, culpa e pena, e sim dos da Escola Positiva que substituiu a responsabilidade pessoal pela social. Isto, todavia, não é suficiente para esvaziar de conteúdo a determinação legal e constitucional¹⁵.

É certo que a pessoa jurídica detenha personalidade; não menos certo, porém é que lhe confira, por esta razão, responsabilidade penal. Inclusive, aduz Cernicchiaro:

*a história da reivindicação de incluir as pessoas jurídicas não é ligada à defesa do meio ambiente. Desenvolve-se, isso sim, quanto à denominada criminalidade econômica, especificamente diante da impunidade dos conhecidos crimes do 'colarinho branco'*¹⁶.

Por fim, merece atenção a assertiva de Kelsen:

*A relação entre homem e pessoa física não é mais íntima que a relação entre homem e pessoa jurídica no sentido técnico. Que toda pessoa (no sentido jurídico) seja, no fundo, uma pessoa jurídica, que existem apenas pessoas jurídicas dentro do domínio do Direito, é, afinal de contas, apenas uma tautologia*¹⁷.

Desenvolveram-se três teorias sobre a ação. A Teoria Naturalista ou Causal, concebida por Von Liszt, limitou-se ao estudo da relação de causa e efeito, retirando o dolo e a culpa da conduta; estes pertenciam à culpabilidade, o que restringia o trabalho do hermenêuta, já que a única interpretação possível era a literal.

A teoria finalista, defendida por Welzel e adotada pelo Direito Penal pátrio, trouxe os elementos subjetivos para a conduta, passando a considerar, assim, a intenção do agente, preocupando-se, também, com a vontade da lei. Santo Tomás de Aquino já ensinava que *omne ens intelligens agit propter finem*. Hartmann leciona, em alusão à teoria finalista, *apud* E. de Jesus: “a ação está constituída pela direção do suceder real, pelo desejado pelo agente, por interposição de

¹⁵ Nesse sentido, o ministro Gilson Dipp, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 564.960/SC: “a mesma ciência que atribui personalidade à pessoa jurídica deve ser capaz de atribuir-lhe responsabilidade penal”, não mais assentada no paradigma tradicional da responsabilidade subjetiva, mas sim na responsabilidade social do ente moral.

¹⁶ *Direito penal na constituição*, p. 140.

¹⁷ *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 140.

*componentes determinantes*¹⁸. E. de Jesus (1999, pp. 233 e 234), defensor desta corrente, assevera que:

A doutrina penal, mesmo antes de Welzel, havia percebido que a adoção da teoria causal da ação levava à perplexidade. Diante dela, não havia diferença entre a ação de uma lesão dolosa e de uma lesão culposa, uma vez que o resultado nos dois crimes é idêntico (ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima). O desvalor do resultado não constitui elemento diversificador. A diferença está na ação: é o desvalor da ação que faz com que um homicídio doloso seja apenado mais severamente do que um homicídio culposo, embora o resultado morte seja elementar dos dois delitos. Diante disso, viram que os crimes não se diferenciam somente pelo desvalor do resultado, mas principalmente pelo desvalor do comportamento típico, (...).

E, por último, a Teoria Social da Ação, sustentada por Jescheck, que se fundamenta na relevância que determinadas condutas têm na sociedade¹⁹, ou seja, é necessário que estas sejam socialmente proibidas para considerá-las típicas, não bastando, tão-somente, a análise do dolo e da culpa, ignorando-se, com isso, o direito positivo.

1.3. Caracteres do crime

É imprescindível a presença de três requisitos para a caracterização do crime: fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. O primeiro corresponde a um fato que a lei descreve como crime. Compõe-se de conduta dolosa ou culposa, resultado, nexos de causalidade – embora nos crimes formais e de mera conduta não se exige a produção do resultado²⁰, excluindo, assim o nexos causal - e o enquadramento legal.

A antijuridicidade é definida pelo fato praticado ser contrário ao direito, possuindo nitidamente, portanto, um juízo de valor da conduta. Sucede que determinados comportamentos, ainda que típicos, são considerados lícitos pela ordem jurídica: daí as excludentes da antijuridicidade. No Brasil, o artigo 23, I, II e III do Código Penal resolveu determinar que *“não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”*.

Por fim, a culpabilidade liga-se à reprovação social da conduta; há uma contrariedade entre a vontade do agente e a da norma. Entende-se, também, como Nucci, que a culpabilidade atua como *“fundamento e limite da pena, integrativa do*

¹⁸ *Direito Penal*, p. 234.

¹⁹ Francisco de Assis Toledo assim descreve o pensamento de Jescheck (1991, p. 7).

²⁰ Importa ressaltar que nos crimes materiais o resultado exigido é o naturalístico: nos formais, o normativo, e nos de mera conduta, o legislador só descreve o comportamento do agente.

*conceito de crime e não mero pressuposto da pena, como se estivesse fora da conceituação*²¹.

1.4. Das penas

O fundamento de punir sustenta-se no caráter retributivo e preventivo da pena, tendo uma previsão expressa no artigo 59 do Código Penal, e, implicitamente, no artigo 5º, XLVI da Constituição (Teoria Mista)²². Para Mir Puig, “(...) *a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena*”²³. O primeiro aspecto apresenta-se como resposta do sistema à censurabilidade da conduta do infrator e reparação pela violação da norma; decorrendo, daqui, o aspecto aflitivo, pois aquele que cometeu um erro deverá ser castigado. O outro responde pelo óbice ao cometimento de novos crimes.

A pena apresenta, ainda, dois aspectos: de prevenção geral, dirigida a todos os destinatários da norma, e de especial, visando apenas o autor do crime.

Três teorias foram concebidas para explicar seu caráter. As absolutistas (lideradas por Kant e Hegel) fundamentam-se na retribuição que, por sua vez, se justifica por motivos de justiça, castigo proporcional à conduta proibida do agente. Assim, a pena tem um fundamento ético como confirmação do direito, atuando como papel restaurador da ordem. Kant bem exemplifica sua idéia:

*Se a sociedade civil resolver autodissolver-se, com a concordância de todos os seus cidadãos, mesmo assim, caso esta sociedade habitar uma ilha e resolver abandoná-la espelhando-se pelo mundo, o último assassino condenado e preso teria que ser executado, antes do abandono final da ilha pelo último membro do povo. Isto deverá assim acontecer para que cada um receba a punição equivalente aos seus atos e a dívida de sangue não permaneça vinculada ao povo*²⁴.

Já as utilitaristas ou relativas, concebidas a partir do século XVIII, valem-se da justificativa da pena e seu efeito intimidativo geral e particular. Portanto, a intimidação faria nascer um sentimento na sociedade de temor de castigo com a finalidade de dissuadir da prática de crimes (prevenção geral) e ainda que isso não fosse suficiente, praticando o delito aplicar-se-ia a pena correspondente para a sua defesa (prevenção específica negativa). Quando presente a finalidade ressocializadora, tem-se a prevenção específica positiva. As subdivisões dessas

²¹ *Individualização da pena*, p. 52.

²² Confirmada a adoção da Teoria Mista pelo Código Penal Brasileiro por Claus Roxin.

²³ *El Derecho Penal en el Estado Democrático y Social de Derecho*, p. 56.

²⁴ Tal exemplo foi citado em *As principais teorias do direito penal, seus proponentes e seu desenvolvimento na Alemanha*, de Peter Walter Ashton, RT 742/444.

correntes não interessam ao presente trabalho; por isso, sua análise superficial.

Diante disto, afloraram posições ecléticas que a partir de Von Liszt estabeleceram uma nova sistemática, sob o enfoque humanitário, preocupada com a integridade física e mental. O ordenamento funda-se na pena e na medida de segurança²⁵ (sistema vicariante); a primeira assenta-se na culpabilidade e a segunda na periculosidade, denominando-se esta de coerção material e aquela de formal. Afirma-se, neste momento, que a pena justa é a pena necessária para a prevenção e reintegração social. Todavia, a discussão da adoção desta ou de outra teoria não é cabível neste trabalho, propondo-se tal apenas a título informativo e para uma melhor compreensão desse instituto, já que a pena ideal é aquela suficiente e necessária para a retribuição e prevenção do crime cometido²⁶.

Tende-se a achar que a sociedade conforma-se com o aspecto retributivo da pena (GRECO, 2007); no entanto, tal afirmação é parcialmente refutável. Sabe-se que há dois requisitos para fixação da pena; ocorre que o sistema penal atual não comporta os dois, daí se indaga: seria correto afastar ambos, quando se pode aplicar apenas um? Não os aplicando, isso significaria dizer que infratores não poderiam sequer ser julgados por falta de meios para a prevenção, pois as prisões não seriam os locais aptos a evitar novos crimes. Hassemer – defensor do direito penal libertário -, com propriedade, aduz que *“vítima de um delito somos todos nós, obviamente não em um entendimento empírico, mas certamente em um entendimento normativo, e, ao final, é disso que se depende”*²⁷.

De fato, o que acontece é uma preponderância de um critério sobre o outro em determinada fase da individualização da pena. No momento legislativo prevalece a finalidade preventiva geral positiva e negativa, no da aplicação da pena, a preventiva geral e especial, consagrando, também, a teoria absolutista e por último, a da execução, as duas formas de prevenção²⁸.

O automatismo revelado na aplicação da pena mínima - de que tem se valido a maioria dos juízes criminais – desqualifica o procedimento do artigo 59 do Código Penal, afrontado, pois, este dispositivo e o princípio constitucional da individualização da pena. A respeito do tema, Nucci (2005. p. 193) assevera que:

...julgar não é tarefa de matemáticos nem de computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) pena-padrão, que elimina as evidentes

²⁵ A maioria da doutrina afasta o critério binário que permitia a cumulação da pena e da medida de segurança. A exemplo: Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP.

²⁶ Exatamente como previsto no artigo 59 do Código Penal.

²⁷ *Direito penal libertário*, p. 88.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena no direito penal brasileiro*.

diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano. Igualar os acusados artificialmente, no momento da punição, não poucas vezes por indiferença dos julgadores, por desconhecimento da importância das circunstâncias e condições pessoais ou por mera comodidade é inaceitável....

A superlotação das cadeias não autoriza, igualmente, a não-aplicação das penas privativas de liberdade, pois, se hoje, elas não servem para tal propósito, culpado é o Poder Público, que não oferece as condições adequadas para o seu cumprimento, bem como para a reintegração do condenado, e não o magistrado que a determina, quando assim o faz. Volta-se a atenção para a reforma do sistema penal brasileiro, para as autoridades judiciárias, quando, na verdade, o cerne do problema encontra-se nas políticas públicas do Governo, seja federal, estadual ou municipal. Greco complementa o raciocínio asseverando que, ao tempo que faz crer que a questão é estatal e não judiciária:

devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel²⁹.

O princípio vetor não só do direito penal, mas de todo o ordenamento jurídico é o da dignidade da pessoa humana, constituindo a base do Estado Democrático de Direito³⁰ e fundamento da atual Constituição. Nunes, ao declarar a importância da dignidade da pessoa humana na defesa dos direitos fundamentais, declara que:

(...) não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. O esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que a Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta sempre, em qualquer situação³¹.

Não se pode esquecer, todavia, do princípio da proporcionalidade, que atua como instrumento do intérprete na resolução do conflito aparente de princípios e normas, mediante a utilização de seus elementos: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Existem três espécies de pena, de acordo com o artigo 32 do Código Penal: a privativa de liberdade, a restritiva de direito e a multa. A primeira realiza-se pela reclusão – cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto e a detenção –

²⁹ *Curso de Direito Penal*, p. 493.

³⁰ CANOTILHO e NUNES consideram-no a base do Estado Democrático de Direito. (*Direito Constitucional*, pp. 366 e 367. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, p. 40).

³¹ *Ibid.*, p. 51.

somente nos últimos dois, ressalvado incidente da execução. A segunda, pela prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. E a última consiste em pagamento de quantia ao fundo penitenciário.

Relativamente à perda de bens e valores tem-se uma crítica: o Código Penal, ao fixar o limite para a condenação no montante do prejuízo causado ou do proveito do crime, torna inoperante o comando do artigo 59 do mesmo diploma legal, uma vez que não coíbe a prática de novas infrações nem reprime as atuais. Na verdade, embora a previsão seja compensatória, o agente sai ileso, tendo que devolver, tão-somente, aquilo a que se locupletou ilicitamente; o melhor seria se tal fosse considerada apenas efeito da condenação e não pena restritiva de direito³².

A interdição temporária de direitos, especificamente quanto à proibição de freqüentar determinados lugares, revela-se ineficaz, ante a impossibilidade – quase que total – de fiscalizar o seu cumprimento (NUCCI, 2006).

Quanto à pena de multa, fica o protesto pela revogação do artigo 51 do Código Penal, que permitia a conversão desta em privativa da liberdade na falta de seu pagamento, pois, ainda que as cadeias estejam superlotadas, esse não é a defesa mais honesta. Mais útil seria se estas existissem de forma correta, respeitando as diferenças entre os crimes e suas gravidades, separando os presos de acordo com as infrações cometidas. Contudo, resta superado o debate pela edição da Lei 9268/96, que deu nova roupagem ao citado dispositivo. Reside ainda o aspecto da capacidade econômica, que precisa ser observada para atender o que lhe é pretendido.

Ao contrário, as outras formas de penas alternativas mostram-se adequadas ao seu mencionado propósito.

Embora a pena privativa de liberdade seja repudiada pelos defensores do direito penal mínimo, é de reconhecer que ela oferece igualmente às outras formas de **punição** prestigiadas por eles, a individualização pretendida pelo nosso sistema (GRECO, 2007).

O seu regime inicial de cumprimento é o fechado – estabelecimento de segurança máxima ou média -, semi-aberto (colônia agrícola, industrial ou similar) e aberto (casa de albergado ou outro adequado). O artigo 33, §2º do Código Penal determina que *“as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma*

³² Conferir GRECO. *Curso de Direito Penal*, p. 539 e LOPES. *Penas restritivas de direitos*, p. 368.

progressiva, segundo o mérito do condenado,...”. Aqui, há de observar os critérios do artigo 59 do mesmo diploma legal (artigo 33, §3º do CP). A legislação permite, ainda, a regressão de regime, caso ele não seja o adequado (artigo 11 da LEP), quando preenchidos um dos dois requisitos (artigo 118 da LEP). O aspecto mais importante desse tema é a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei 8072/90, que determinava que nos crimes hediondos o regime fosse cumprido integralmente no fechado; todavia, ela se mostra mais adequada no item referente à individualização da pena.

A fixação da pena obedece ao critério trifásico: consideram-se, em primeiro, as circunstâncias judiciais listadas no artigo 59 do Código Penal; após, as legais, que são as atenuantes e as agravantes (artigos 61, 62 e 65 do CP) e, finalmente, as causas de diminuição e aumento; o juiz pode considerar outros elementos não-previstos nestes dispositivos, relevando outro aspecto de sua discricionariedade na particularização da sanção. Há, ainda, de se estipular o regime inicial - aqui, individualiza-se a pena, quando o juiz combina os fatores da reincidência³³, qualidade e quantidade da pena e a espécie de crime - e verificar a possibilidade de eventual substituição da pena e concessão de *sursis*.

Merece ressalva a questão dos “antecedentes” contida no artigo 59 do citado diploma. É certo que a existência de inquéritos e processos penais em andamento afasta a reincidência; não menos certo, porém, é que se deve levá-los em conta na apreciação dos antecedentes, podendo corroborar, inclusive, na personalidade do agente (característica marcante do direito penal do autor), ainda que a jurisprudência reinante diga o reverso³⁴. Além disso, eles servem para avaliação subjetiva da personalidade do agente, objetivando verificar se este é contumaz na prática delituosa.

Sabe-se que a vida pregressa do acusado não pode ser ponderada como elemento de juízo condenatório antecipado. Contudo, sua análise, à luz do caso concreto, não pode abstrair os acontecimentos notoriamente conhecidos e essenciais à necessária – e constitucional – individualização da pena.

O simples argumento de que o acusado não possua maus antecedentes e seja primário também não lhe confere direito subjetivo à fixação da pena-base no

³³ Há um aspecto importante no caso da reincidência: o período estabelecido. Se maior que cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior não haverá reincidência (artigo 64 – I do CP) O que se tem, na verdade, é uma espécie de prescrição da reincidência.

³⁴ STJ: HC 89532/SP, relatora a ministra Jane Silva e Resp 827940/SP, relatora a ministra Laurita Vaz. STF: RHC 80071/RS, relator o ministro Marco Aurélio e HC 68465/DF, relator o ministro Celso de Mello.

mínimo legal, nem tampouco ao regime inicial³⁵.

Importa salientar que as atenuantes e as agravantes não podem levar a pena abaixo do mínimo legal nem acima do máximo cominado³⁶, ainda que se avenge essa possibilidade (GRECO, 2007), valendo-se da interpretação gramatical, de forma ampliativa. Considera-se que o artigo 65 do Código Penal, ao estabelecer que “*são circunstâncias que sempre atenuam a pena*”, a utilização do advérbio **sempre** indica que tais poderiam reduzir a pena-base aquém do patamar mínimo³⁷. O argumento resta inócuo: este raciocínio leva a crer, igualmente, que o legislador não quis que a pena-base fosse estipulada fora dos padrões fixados³⁸.

Aliás, a existência de oito critérios enumerados no artigo 59 do citado diploma é uma justa e exata individualização da pena: é impossível que um delito tenha exatamente as mesmas circunstâncias de outro. Portanto, somente na hipótese de todas estas serem favoráveis é que se autoriza a aplicação no mínimo legal; mas, já havendo apenas uma desfavorável, torna-se irrazoável a fixação neste patamar³⁹.

E mais. O artigo 59, II do Código Penal diz que cabe ao juiz aplicar a quantidade de pena, dentro dos limites previstos. Ou seja: qual a razão deste inciso senão para restringir os graus dos preceitos secundários? O próprio nome já define que a pena-base serve de apoio para as outras particularidades do caso que eventualmente possam modificar o *quantum*, mas nunca ultrapassar os patamares em que ela se funda, ressalvadas as causas de aumento e de diminuição (NUCCI, 2005). Leciona Teixeira sobre as circunstâncias legais específicas:

*as causas de aumento e diminuição identificam-se com as circunstâncias objetivas, ligadas ao tipo penal em seu aspecto descritivo e normativo e à antijuridicidade em seu âmbito objetivo*⁴⁰.

Daí a possibilidade de se cominar a pena abaixo do mínimo ou acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, por ligarem-se ao tipo, diferentemente das circunstâncias genéricas.

É importante analisar todos os pormenores do caso para averiguar se as condições objetivas (artigo 44, I e II do CP) e as subjetivas (artigo 44, III do CP) – requisitos cumulativos - autorizam a substituição da pena privativa de liberdade,

³⁵ STF: RHC 82519/SP, relator o ministro Nelson Jobim e HC 68926/MG, relator o ministro Celso de Mello.

³⁶ Ver E. DE JESUS. *Manual de Direito Penal*, p. 576 e NUCCI. *Individualização da pena*, p. 172.

³⁷ O Superior Tribunal de Justiça rejeita essa tese no enunciado da súmula 231: “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

³⁸ Talvez, a razão de ser dessa discussão resida na política de aplicação da pena mínima.

³⁹ STF: HC 76196/GO, relator o ministro Maurício Correa.

⁴⁰ *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*, p. 80.

cabendo ao magistrado avaliar se tais são suficientes, além de socialmente recomendáveis - para a reprovação e prevenção do crime⁴¹.

O artigo 34 do Código Penal - com redação determinada pela Lei de Execução Penal - contempla a necessidade de exame criminológico para a correta classificação do condenado, assegurando, assim, a individualização da terceira fase. No entanto, o Estado não fornece os elementos necessários para tanto, não possui funcionários, quando há, são pouco qualificados, falta de instrumentos físicos, entre outros.

A legislação prevê, também, diversos direitos do preso; o trabalho e sua remuneração é um deles. Alguns autores entendem que o custodiado não poderá ser prejudicado, se o Poder Público não dá condições para operacionalização dessa garantia, tratando-o como verdadeiro direito subjetivo⁴². Preocupado com a remição da pena, esquece do que gera o direito a tanto, portanto, não há como remir dias sem o efetivo serviço. É sua condição *sine qua non*. Caso contrário, estar-se-ia afrontando diretamente a Lei 7210/84. Isto, de fato, seria um absurdo. Não menos certo é que existem outros direitos elencados pela citada norma, como assistência material, à saúde, educacional, social, chamamento nominal, que, igualmente, não são atendidos, e nesta hipótese, faz-se o que? Indeniza-os, por falta de auxílio do Estado? Bitencourt responde a tal pergunta:

Quando a lei fala que o trabalho é direito do condenado está apenas estabelecendo princípios programáticos, como faz a Constituição quando declara que todos têm direito ao trabalho, educação e saúde. No entanto, temos milhões de desempregados, de analfabetos, de enfermos e de cidadãos vivendo de forma indigna. Por outro lado, os que sustentam o direito à remição, independentemente de o condenado ter trabalhado, não defendem também o pagamento da remuneração igualmente prevista em lei, o que seria lógico⁴³.

Quanto ao regime aberto, a ressalva importante é sobre a prisão domiciliar.

⁴¹ O Superior Tribunal de Justiça (HC 89184 e REsp 961573) tem permitido tal substituição no tráfico de entorpecentes, nos delitos cometidos antes da vigência da Lei 11343/2206 por configurar, nesta hipótese, *novatio legis in pejus* e por ter sido, ao seu entendimento, afastado o único empecilho existente para a sua concessão que residia no caráter especial do regime integralmente fechado, quando do advento da Lei 11464/2007. No entanto, ele abstrai que o próprio artigo 44 não prevê apenas condições objetivas e, ao conceder tal benefício, o tribunal analisa também os pressupostos subjetivos, reexaminando matéria fático-probatória, o que é vedado nesta sede. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho desta Corte, no HC 91548, bem esclarece a impossibilidade: “A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para condenados por crime de tráfico ilícito de drogas, não atende ao disposto no art. 44, III do CPB, sendo insuficiente e inadequada qualitativamente à prevenção do delito, à reprovação da conduta ou à ressocialização do agente, ferindo o princípio da proporcionalidade, por colocar sob efeito de norma mais benéfica delito hediondo, além de minimizar a função reprovadora da sanção penal”.

⁴² Ver GRECO. *Curso de Direito Penal, vol. I: Parte Geral*, p. 508, ALVIM. *O trabalho penitenciário e os direitos sociais*, p. 86 e PACHI. *A remição da pena é um direito do condenado e obrigação do Estado*.

⁴³ *Manual de Direito Penal*, p. 436.

Esta somente é possível nos casos do artigo 117 da LEP, sendo tal rol *numerus clausus*, não podendo ser ampliado, caso contrário, viola-se o princípio da reserva legal. As causas autorizativas versam sobre questões pessoais e não às relativas ao estabelecimento prisional. Diante disto, magistrados não podem criar hipóteses não previstas em lei – falta de vaga⁴⁴ -, estendendo benefícios (ainda que objetivando algo meritório) para supostamente efetivar alguns princípios, mas, ao mesmo tempo, ofendendo outros, atuando como verdadeiros legisladores, usurpando competência que não lhes é dada, conforme entende o plenário do Supremo⁴⁵. Opera, aqui, uma espécie de disfarce da impunidade. E outra: conceder possíveis *habeas corpus* com este fundamento conferiria um direito ao restante dos presos nestas condições, impondo-se, com isso, suas liberações, o que é irrazoável e temerário para a ordem pública.

Não está a falar em permissão das penas proibidas pelo artigo 5º, XLVII da Constituição, ligadas ao princípio da humanidade - aquelas utilizadas desde a Antiguidade até meados do século XVIII (castigos corporais, esquartejamentos, suplícios, mutilações, torturas) -, mas da correta adequação da penalidade quando as regras da sociedade restam violadas. A mudança de mentalidade começou com Beccaria, em seu livro *Dos Delitos e das Penas*, no período Iluminista, tendo chegado ao extremo, atualmente, com o direito penal abolicionista.

2. Princípios aplicáveis

2.1. Princípio da legalidade

O artigo 5º, II da Constituição preceitua que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Caracterizado como garantia constitucional individual, a introdução deste preceito na Constituição deu-se para evitar a arbitrariedade do Estado com o intuito de coibir eventuais injustiças e abusos (MORAES, 2007). Segundo Silva, ele *“é nota essencial do Estado de Direito⁴⁶”*, o que demonstra ainda mais sua importância no sistema constitucional pátrio. Assim, somente a lei, em sentido formal, poderá criar direitos ou obrigações de fazer ou não-fazer.

Diferencia-o da reserva legal, por ele ter maior abrangência que este. Destina-se matéria geral para aquele enquanto para o segundo tem-se conteúdo

⁴⁴ Esse fundamento é repudiado por Francisco de Assis Toledo citado por LOPES. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.98*, p.139.

⁴⁵ HC 83809/PE, relator o ministro Carlos Velloso.

⁴⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 423.

específico, por isso que se diz que o primeiro envolve questão de hierarquia e o outro, de competência, mas essa diferenciação não é importante em matéria penal porque somente lei em sentido estrito poderá criar crime e pena (NUCCI, 2005).

Aqui, encontra-se, igualmente, o princípio da legalidade penal, traduzindo-se no postulado: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, consubstanciado no artigo 5º, XXXIX da Constituição, seguindo a mesma linha ideológica das Constituições anteriores⁴⁷. O princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*⁴⁸ estabelece uma reserva absoluta de lei, não admitindo, pois, que a definição de crimes e cominação de penas dê-se mediante norma infralegal, mas apenas por lei formal. E. de Jesus preleciona que:

O princípio da legalidade (ou da reserva legal) tem significado político, no sentido de ser garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança e liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador⁴⁹.

Assim, somente a lei emanada do Legislativo tem o poder de definir condutas delituosas, afastando os demais atos que pretendam tal tarefa; no entanto, vê-se que este preceito não limita a criação de causas excludentes pelos costumes. Exemplo disso é a inexigibilidade de conduta diversa, concebida pela doutrina alemã neste sentido (CERNICCHIARO, 1991).

Há ainda outro aspecto: a necessidade de taxatividade da lei. Isso diz respeito a proibição de tipos abertos, com expressões vagas e imprecisas, ou seja, é indispensável a adequada tipificação da conduta. Portanto, a lei há de ser feita de maneira restritiva. Não quer dizer, todavia, que não se possam produzir normas processuais ou materiais penais com conceitos indeterminados – isto é próprio do direito penal que se insere em um sistema social, por isso, um sistema aberto e axiológico⁵⁰.

Ferrajoli defende ainda que a legalidade deve ser tanto formal quanto

⁴⁷ Art. 179, § 11 da CF/1824; art. 72, § 15 da CF/1891; art. 113, § 26 da CF/1934; art. 122 da CF/1937; art. 141, § 27 da CF/1946; art. 153, § 16 da CF/1967.

⁴⁸ Formulado por Feuerbach, e já afirmado pelo direito romano: *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est.*

⁴⁹ *Direito Penal*, pp. 61 e 62.

⁵⁰ Isso atesta a jurisprudência alemã: “... o direito penal não pode dispensar totalmente o emprego de conceitos gerais que não podem ser delimitados de maneira clara no plano abstrato, carecendo, em grande medida, da interpretação do juiz (BverfGE 11, 234 [237])” (Coletânea “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, p. 933; BverfGE 26, 41).

material⁵¹. Segundo Greco:

*devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos*⁵².

Daí os quatro desdobramentos do princípio da legalidade: a lei deve ser prévia, escrita, estrita e certa.

O princípio estatuído no artigo 5º, XL, enunciativo de que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*” complementa o sentido desse preceito, consagrando a proibição da ultratividade e da irretroatividade da lei penal. Aqui, importa salientar que somente as normas de direito material retroagem, já as de direito processual têm aplicação imediata, conforme o artigo 2º do Código de Processo Penal⁵³. E mais: a retroatividade não alcança pena já cumprida, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

2.2. Princípio da intervenção mínima

A origem deste princípio remonta ao artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que determinava que “*a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*”.

É conhecido também por *ultima ratio*, pois, se existirem outras formas de controle social aptas a afastar a utilização do direito penal, então, aplicam-se essas, donde, a criminalização se tornaria inadequada.

Greco preleciona que ele “... é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, a fazer com que ocorra a chamada *descriminalização*”⁵⁵. Tal princípio tem o fim de limitar a atuação do legislador na medida em que restringe a inflação de normas, enaltecendo, aqui, o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal. Atua, portanto, também, na elaboração das normas. A intervenção mínima tem, na verdade, duas facetas: age na tipificação de condutas e orienta o legislador na descriminalização de condutas⁵⁶/despenalização de determinados crimes⁵⁷. De

⁵¹ *Derechos y garantías* – La ley del más débil, p. 66.

⁵² *Curso de Direito Penal*, p. 99.

⁵³ Neste sentido: ADI 1719, relator o ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 18/06/2007, DJ de 03/08/2007.

⁵⁴ RE 100.530, relator o ministro Néri da Silveira, DJ de 13/12/1985. Ratificado pelo ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Agr 395.269, DJ de 05/03/2004.

⁵⁵ *Id. ibid.*, p. 49.

⁵⁶ Verificou-se isso, recentemente, com a postura legiferante diante do usuário de drogas. Até 2006, tal conduta era punida com a privativa de liberdade; hoje, depois do advento da Lei 11343/2006 esta pena não é mais aplicada.

acordo com Gomes:

Se a missão do Direito Penal (do ius libertatis) é a de proteger os bens jurídicos mais importantes e se suas conseqüências são as mais graves porque sempre implicam privação ou restrição de bens fundamentais da pessoa, é de se concluir que a incidência da sanção penal deve, obrigatoriamente, ser a mínima possível⁵⁸.

O princípio da proporcionalidade guarda intensa relação com este, pois a pena deve ser proporcional à relevância do crime (Zaffaroni).

Outro que se relaciona é o da lesividade, quando enuncia que somente podem ser penalizados os fatos que lesionem direito de outrem – transcendentalidade -, bens tutelados pelo Estado; inviabilizando, assim, o seu interesse punitivo. Falta-lhe, assim, o requisito da potencialidade ofensiva do comportamento.

É certo que a conduta que não ofenda bens de terceiros pelo princípio da lesividade não pode ser incriminada; não menos certo, porém, é que o agente poderá ser punido pelo que é, quando da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Caracteriza-se, aqui, a possibilidade da aplicação do Direito penal do autor – em contraste com o Direito penal do fato⁵⁹. Não está a se falar em punição, sob o ponto de vista do oferecimento da denúncia, da manifestação de uma determinada personalidade, pois, nesse momento, julga-se a ação ou omissão (fatos) do agente, mas posteriormente, quando da sentença, ao considerar os seus elementos subjetivos. Então, dizer que é ilegal o direito penal do autor é de todo incorreto.

Aliás, o postulado da materialização do fato – que obriga o cometimento de um fato comissivo ou omissivo - é vulnerável no sistema jurídico brasileiro: todos os dispositivos que consagram a intenção, a vontade e que presumem a violência afetam tal preceito. Nesse rumo, Gomes cita uma ofensa a este princípio na Alemanha: o Tribunal Constitucional, na sentença 70/85, rejeitou a inconstitucionalidade do castigo da tentativa absolutamente inidônea de aborto, punindo-se, aqui, “*atitudes internas*”⁶⁰.

Vale lembrar o dito na Exposição de Motivos do Código Penal a respeito da consideração desses elementos subjetivos:

A responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade, embora

⁵⁷ Caso do adultério, que deixou de ser considerado crime.

⁵⁸ *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*, p. 449.

⁵⁹ Defendido por GOMES. *Ibid.*, p. 461.

⁶⁰ *Id. ibid.*, p. 463.

nem sempre a responsabilidade penal fique adstrita à condição de plenitude do estado de imputabilidade psíquica e até mesmo prescindida de sua coexistência com a ação ou omissão, desde que essa possa ser considerada libera in causa ou ad libertatem relata.

Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado. Rejeitado o pressuposto da vontade livre, o Código Penal seria uma congêrie de ilogismos⁶¹.

2.3. Princípio da insignificância

Este princípio deriva do direito alemão “*Bagatelledelikte*”, conhecido por bagatela⁶², sendo formulado, em 1964, por Claus Roxin. Portanto, princípio implícito e doutrinário, embora não menos importante do que os expressos, podendo até ser considerado como causa excludente de punibilidade. Reale assevera que os “*princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para elaboração de novas normas*”⁶³, já que não é possível ao legislador prever todas as situações referentes à experiência humana, posicionando-se como verdadeiros alicerces do ordenamento jurídico. Vale lembrar o quanto dito por Alexy para diferenciar princípios de regras, que constitui um marco na teoria normativo-material dos direitos fundamentais:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser.

Según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad.

Además, las reglas y los principios son diferenciados según que sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos o según se trate de normas de argumentación o de comportamiento.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, ...

Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones em el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no grado⁶⁴.

Aqui, a conduta realizada pelo agente está tipificada na norma, mas seu resultado não lesa a sociedade por ser insignificante, dispensando, portanto, a interferência do direito penal. Age, pois, como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal. Ou seja: sua aplicação dá-se, quando a questão já está judicializada,

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, p. 40.

⁶² A título informativo, a primeira aplicação deste preceito foi no Supremo Tribunal Federal, no RHC 66.869-1.

⁶³ *Lições preliminares de direito*, p. 300.

⁶⁴ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 83-86.

diferentemente da intervenção mínima. É a desconsideração da tipicidade das infrações penais configuradas como levíssimas: aquelas que têm ameaça menor aos bens jurídicos protegidos, florescendo, aqui, o direito penal mínimo – o que muitos ousam chamar de **política criminal moderna**.

A Lei 9099/95 é um exemplo clássico desse novo ordenamento, na medida em que introduziu instrumentos despenalizadores, dispensando o instituto das prisões. Desburocratizar a prestação jurisdicional é um intuito louvável, pouco louvável é despenalizar. O mais importante é proteger a sociedade e não dar paz ao Judiciário⁶⁵. Não está a falar que esta lei não mereça elogios ou que não possua alguns meios eficazes; contudo, seu erro está em sua finalidade de criação e na despenalização de certas condutas. Diga-se, igualmente, que não se está a privilegiar o cárcere, mas que a tais condutas despenalizadas deveriam ter sido aplicadas medidas alternativas.

Para averiguar a possibilidade na aplicação do princípio da insignificância, é necessário o conhecimento analítico do conceito do crime. Insere-se nesta definição um dos três elementos (o fato típico), compreendendo aqui a conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. Neste último, é imprescindível a conjugação de dois fatores: formal e conglobante – enunciada por Zaffaroni -, e é nesta que reside o princípio da insignificância. A primeira, segundo Greco, “*é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal*”⁶⁶. Já a segunda possui dois aspectos: conduta antinormativa e na chamada tipicidade material. É necessário, pois, verificar a existência de fato materialmente típico; aquele considerado expressivo a ponto de ser tutelado pelo direito penal. Mais que isso: devem ser considerados o tipo de injusto e o bem jurídico tutelado juntamente com a desvalorização do resultado, onde se afere as conseqüências do crime para determinar se, de fato, houve relevante lesão.

A Suprema Corte acrescenta, ainda, outros elementos cumulativos: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e a inexpressividade da lesão jurídica provocada⁶⁷.

Consagrado pela doutrina e pelo Judiciário, o princípio da insignificância vem sendo utilizado com generosidade indiscriminada. Onde quer que, não obstante

⁶⁵ Concorda com esta posição: AZEVEDO. *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas*: Lei 9.714, de 25.11.98, pp. 45 e 46.

⁶⁶ *Curso de Direito Penal*, p. 65.

⁶⁷ HC 9296/SP, relator o ministro Eros Grau.

perfeito, formalmente, o tipo, a ofensa fosse materialmente ínfima, pleno ensejo tem tal instituto: esta a leitura de alguns, senão a maioria, dos órgãos judiciais.

Acaso prestigiada tal tese, estar-se-ia frente ao absurdo de ver estabelecida uma autêntica **quota para a prática de determinados crimes** (furto, descaminho, contrabando, moeda falsa), acrescido – este o aspecto mais grave - da circunstância de ter sido **fixado pelo Judiciário**, com evidente usurpação de atribuição legislativa.

Dessa forma, condescender com a absolvição desses delitos por causa do princípio da insignificância significaria, além disso, dizer aos criminosos de plantão que tais infrações são permitidas, desde que em pequenas quantidades.

Num Estado de Direito, a sociedade escolhe, por seus representantes eleitos, o que é crime. Direito Penal é atividade formal; não prestigia a concepção do ordenamento jurídico que se chancele a não-autorizada tarefa judicial de estabelecer (com base em cifras) verdadeiras normas de exclusão de ilicitude⁶⁸.

Declarar que determinados crimes têm pouca reprovabilidade não equivale a dizer que não a tenha, e sim que esta reprovabilidade possui uma relevância mitigada na sociedade, quando confrontada com a de outros delitos; tanto implica que a sanção a ser fixada deva ser **adequada**, seja para evitar a prática de novos crimes, seja para censurar a ilicitude que está em julgamento.

Dando por certo, assim, que a lesão ao bem jurídico possa ser considerada mínima, não há de reclamar uma punição gravíssima - até porque as penas privativas de liberdade usualmente aplicadas a tais hipóteses são substituídas por restritivas de direito. Pede-se, sim, uma condenação razoável para cada caso concreto.

⁶⁸ Vê-se, inclusive, que relativamente ao crime de contrabando de medicamentos abortivos, desconsidera-se, de maneira usual, sua propriedade, dando relevo, tão-somente, ao não-pagamento dos tributos. De fato, tal delito estimado insignificante pelos magistrados leva indubitavelmente a outro crime mais sério: o aborto. É inadmissível uma apreciação econômica, neste caso, por afetar a saúde pública.

O Superior Tribunal de Justiça entende que, comprovada a reiteração no cometimento, especificamente, do crime de descaminho, impossível se torna a absolvição baseada nesse postulado, sob pena de estimular aqueles que vivem dessa prática ilícita. Esta Corte tem delineado, com louvor, a não-aplicação do referido princípio no furto, como esse recente julgado:

“No caso de furto, não se pode confundir bem de pequeno valor com de valor insignificante. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o princípio da insignificância; aquele, eventualmente, pode caracterizar privilégio inculcado no parágrafo 2º do artigo 155 do Código Penal, já prevendo a Lei Penal a possibilidade de pena mais branda, compatível com a pequena gravidade da conduta.

A subtração de bens cujo valor não pode ser considerado ínfimo não pode ser tido como um indiferente penal, na medida em que a falta de repressão de tais condutas representaria verdadeiro incentivo a pequenos delitos, que, no conjunto, trariam desordem social” (REsp 746.854/RS, relatora a ministra Laurita Vaz. Outros do STJ: HC 46.780, HC 47.105, HC 17.892).

Vale lembrar que a teoria - elaborada e difundida mundialmente por Claus Roxin -, desde o princípio, cuidou, é certo, de garantir a resposta penal na conformidade do dano causado; mas também segundo critérios subjetivos intrinsecamente relacionados à periculosidade social da ação.

2.4. Princípio da individualização da pena

O artigo 5º, XLVI da Constituição dispõe que:

a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão e interdição de direitos.

Portanto, cabe à lei estabelecer os parâmetros para essa particularização. Isto significa fazer incidir a pena ao condenado, consideradas as características do agente e do crime. E mais: o rol dos modelos de penas é exemplificativo, podendo ser ampliado, mediante lei; enquanto que no tocante às proibições é exaustivo.

O primeiro momento da individualização da pena, ainda que feita abstratamente, ocorre pela escolha do legislador de condutas merecedoras ao tratamento penal e suas respectivas cominações, pois particulariza as penas de cada infração, conforme sua importância e gravidade. *“O legislador está vinculado ao princípio humanitário. Não poderá, ainda que não sejam as sanções explicitamente vedadas, estabelecer penas que afetem a dignidade do homem”*⁶⁹, segundo Cernicchiaro. Em seguida, e verificado que o fato é típico, ilícito e culpável, advém à fixação da pena-base, observados os critérios do artigo 59 do Código Penal, aqui feita concretamente pelo julgador de acordo com o sistema trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal.

Encerrada a competência do juízo condenatório, o réu fica adstrito ao juízo da execução e ao artigo 5º da Lei 7210/84, realizando-se, então, a individualização. Aliás, reside aqui o aspecto ressocializador da pena – fundamento tão importante do garantismo -, pois, nesta fase, classificam-se os condenados para destiná-los aos programas mais adequados à sua reinserção social, consideradas, sempre, as condições pessoais dos réus.

Quanto aos crimes hediondos, vale a ressalva: no sistema do Código Penal e das Leis penais extravagantes, é ínsita a diferenciação dos crimes. Aliás, a Constituição introduziu essa categoria especial (artigo 5º, XLIII e XLVIII), não se podendo, portanto, dizer que isto fere o princípio da individualização, simplesmente

⁶⁹ *Direito penal na constituição*, p.104.

porque o sistema estabeleceu normas fixas para os casos mais graves e até em determinados crimes menos graves.

O próprio Código Penal confere tratamento diverso aos agentes de um mesmo delito, traduzindo essa idéia o artigo 30 desse diploma: “*não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*”, sendo elementos que se integram para moderar a quantidade e a qualidade da pena. Permanecem, assim, somente as circunstâncias objetivas, ou seja, aquelas relativas aos fatos.

Além disso, por política criminal, a benesse dos artigos 65, I e 115 que não se estenderiam aos partícipes que não possuísem essas idades (menor de 21 e maior de 70 anos), embora tivessem cometido o mesmo delito, afrontaria o referido princípio, por se incluírem, aquelas regras, nas chamadas normas fixas; então, argumentando como os garantistas, feriria o referido princípio, na medida em que não deixa espaço para a individualização⁷⁰.

Evidenciam-se, assim, nítidas características do Direito penal do autor, ainda que superado, mas observa-se que se mantiveram diversas disposições que consideram as situações pessoais dos agentes que, por política criminal, ousou-se diferenciar, que por **razões de conveniência** não houve qualquer protesto pelos defensores do direito penal mínimo.

O Supremo Tribunal Federal, quando da declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei 8072/90 - que estabelecia para os crimes hediondos o cumprimento total da pena em regime fechado - determinou a competência do juízo da execução para análise da progressão de regime, consagrando, assim, a importância da fase executória neste princípio.

Apesar de a Corte ter declarado inconstitucional o mencionado dispositivo – quando do julgamento do HC 82.959/SP –, esta não parece ser a tese mais correta. Não obstante a progressão atenda, a princípio, tanto a imperativos constitucionais quanto a ditames de política criminal, ela não se adequa aos crimes hediondos, pois o próprio texto constitucional, com inteira razão, garante, no artigo 5º, XLVIII, o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, **de acordo com a natureza do delito**.

Nesse rumo, a individualização das penas é atendida quando considera **o agente e as circunstâncias do fato concreto** e não a natureza do delito, tendo,

⁷⁰ O mesmo se verifica no artigo 33, §4º do CP.

ainda, o juiz a possibilidade de particularizar a pena, especialmente na sua intensidade, pois ele detém uma discricionariedade, mas juridicamente vinculada, por ser imprescindível a fundamentação, ao determinar o *quantum* devido, estabelecendo a pena-base, as circunstâncias legais, causas de aumento e diminuição, qualificadoras e privilégios. Isto parece suficiente para se obter a individualização da pena. O próprio sistema trifásico – preconizado por Nelson Hungria e adotado pelo ordenamento pátrio – trouxe uma maior e mais justa individualização do que o anterior.

De tal forma defende-se tal preceito que chegará o momento que somente se atenderá à individualização quando o juiz for conhecedor a fundo de cada réu, tendo especificadas, pormenorizadamente, todas as suas características, o que, sem dúvida, provocaria atrasos impensáveis e processos enormes, incidindo, assim, com mais habitualidade a prescrição, passando a ser, pois a regra.

De todo modo, está o juiz adstrito aos parâmetros que a lei estabelece, dentro dos quais, aquele poderá efetivar a individualização, de acordo com o artigo 5º, XLVI da Constituição, significando dizer que o legislador não quis entregar ao arbítrio do juiz a fixação do regime prisional nos crimes considerados de maior gravidade, devendo ser punidos com o justo rigor do regime fechado integral. Cernicchiaro ratifica este entendimento: “*a lei ordinária estabelece os critérios da individualização. A Constituição se restringe a registrar o princípio, remetendo à lei a respectiva disciplina*”⁷¹. Neste caso, não se trata de um único percentual invariável que engessa a pormenorização, mas de ponderação de fatores relevantes que acabam por fixar penas mais ou menos severas, sempre dentro de um certo limite; não há qualquer ilegalidade neste aspecto que tornaria a *sanctio juris* inindividualizável. O Tribunal Constitucional Federal Alemão corrobora este entendimento:

A autorização não tem, entretanto, necessariamente que disciplinar os tipos penais em todos os seus detalhes. As exigências do Art. 103 II GG pertinentes a uma tal autorização [já] estarão atendidas quando delas se se puderem depreender claramente os possíveis tipos penais, incluindo a forma de culpa, além do tipo e a medida máxima de pena, segundo as reconhecidas regras de interpretação jurídica. Nesse contexto, o legislador pode outorgar ao titular da competência da edição do regulamento – desde que, como, no presente caso, não estejam em questão as limitações à liberdade submetidas à reserva legal do ART. 104 I 1 GG (cf. Também BverfGE 14, 174 [186 s.]) - uma certa discricionariedade relativamente aos tipos penais que abrangem os limites máximo e mínimo (Strafrahmen) da pena do indivíduo, a fim de lhe deixar aberta a possibilidade de adequar o juízo de valor sobre o

⁷¹ *Direito penal na constituição*, p. 134.

conteúdo de antijuridicidade (Unrechtsgehalt) das violações ao regulamento pelos referidos tipos penais sancionados à estrutura econômica e social diferenciada de cada órgão territorial [no caso: de cada município]⁷²(ênfase acrescida).

Cernicchiaro aduz que “é da própria individualização o poder discricionário do juiz, no momento da fixação ao caso concreto. A possibilidade de oscilar entre dois valores é essencial. A conclusão se justifica pela própria natureza das coisas”⁷³.

Assim, a pena fixa afronta o princípio da individualização da pena, pois engessa o manejo dos fatores do crime por parte do juiz, não sendo, neste caso, a pena proporcional ao delito, impedindo, portanto, a realização da justiça material. Isto não vale, todavia, para a fixação inicial do regime prisional. O artigo 59 do Código Penal preceitua que:

*o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime** (ênfase acrescida).*

Indaga-se: em crimes que tais, o que é necessário e suficiente para reprová-lo e preveni-lo? O mínimo, nesta hipótese, é a fixação do regime integralmente fechado, por ser o mais adequado para fortemente desestimular o crime de tráfico ilícito de entorpecentes; por maioria de razão quando é certa a reincidência nestes casos⁷⁴.

Os crimes rotulados de hediondos causam efetivamente uma profunda repulsa, conduzindo a um grave juízo de censura, contrariando os anseios da sociedade, que exige punições mais rígidas para os criminosos mais violentos. Aliás, a definição de crime hediondo é inerente à própria natureza das coisas. Esta vedação significa dizer, pela voz do Congresso Nacional, que tais crimes reclamam ditames mais rigorosos, já que, neste caso, o interesse social prepondera sobre o individual.

A Lei 10972/03 – que alterou a Lei 7210/84, em seu artigo 112 – determina que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva; no entanto, ressalva que as normas da Lei 8072/90 devem ser respeitadas, demonstrando a intenção do legislador em prestigiar esta lei.

Vale lembrar que a Lei 10972/03 afastou a obrigatoriedade da perícia oficial, composta de profissionais capacitados, psicólogos e psiquiatras (Comissão Técnica

⁷² Coletânea “Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, p. 931.

⁷³ *Direito penal na constituição*, p. 132.

⁷⁴ Ratifica-se esta tese: Estudo realizado, em 2005, pelo Ministério de Justiça “Sistema Penitenciário no Brasil – Diagnósticos e Propostas”.

de Classificação) no atestado de bom comportamento carcerário, bastando, tão-somente, que o seja comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional, mostrando-se daí temerária a progressão de regime também pela realidade prisional atual.

Tais laudos eram os mecanismos de controle do Estado para a saída e progressão de regime dos apenados e, concomitantemente, a proteção da sociedade, evitando, assim, o retorno à comunidade de pessoas com alto grau de periculosidade. A desnecessidade do parecer técnico afronta o direito fundamental da segurança resguardado pela Constituição (artigo 5º) e, também, o princípio da reserva da jurisdição (artigo 2º da LEP), tendo em vista que transforma o juiz em simples homologador dos atestados fornecidos pelo diretor prisional - diga-se, autoridade administrativa -, ferindo, pois, o sistema da LEP, que é judicializado.

Além disso, o sistema progressivo pressupõe a readaptação gradativa do preso à liberdade, e ao considerar os dados subjetivos – méritos pessoais do sentenciado, seu comportamento carcerário, sua aptidão para retornar ao convívio social –, culmina-se na **crise do sistema penitenciário no Brasil**, onde a administração penal atual é inoperante, órfã de estrutura adequada e impossibilitada de reajuste imediato. Torna-se clara, portanto, a inadequação do sistema penal para lidar com a delinquência habitual ou periculosidade – notadamente nos crimes hediondos –, que, em breve, produzirá efeitos inimagináveis.

Se ao juiz da execução cabe avaliar a situação do réu, considerando seus dados objetivos e subjetivos, como proceder, neste caso, se a psicologia forense praticamente não existe, carecendo as decisões de qualquer fundamentação, já que ausente o embasamento científico, pois faltam condições físicas, morais, psicológicas e até laborais para a reintegração do infrator?

Se parece recomendável o caminho adotado recentemente pelo Supremo ao relativizar o quanto dispôs a Lei 10972/03⁷⁵, não menos certo é, porém, que a avaliação do condenado – antes obrigatória à concessão de benefício - pende agora de avaliação subjetiva e fundamentada do juízo da execução.

Quedou contraditória a decisão do Supremo: pretextando uma maior individualização da pena, acabou por contrariar a expressa previsão legal de respeitar “*as normas que vedam a progressão*”, dificultando-a, nos casos em que os exames psicossociais se mostram mais necessários.

⁷⁵ STF. HC 86631, relator o ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 05.09.2006.

Saliente-se que, em sede de execução penal, vige o princípio *in dubio pro societate*, e não mais o *in dubio pro reo*, a reforçar a impossibilidade na progressão de regime, especialmente nos crimes de tráfico de drogas.

Alia-se a esses tantos argumentos expostos a jurisprudência oscilante tanto do Supremo quanto dos outros Tribunais, pois ora consideram constitucional a vedação da lei dos crimes hediondos⁷⁶, ora não⁷⁷. Atente-se que, no julgamento do HC 69657/SP, sob a relatoria do Ministro Francisco Rezek, **decidiu o Plenário do Supremo pela constitucionalidade da vedação prevista na Lei 8072/90.**

É importante sublinhar que essa decisão não-unânime do plenário do Supremo, quando do julgamento do HC 82959/SP, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei 8072/90, gerando vinculação apenas para as partes. Todavia, observou-se que desde da sua prolação ela já operava efeitos danosos, pois se observava que os magistrados aplicavam-na, esquecendo-se de que o entendimento poderia ser modificado, tornando-se imprudente a progressão de regime neste instante.

Por fim, a discussão esvaziou-se com a edição da Lei 11.464/2007, que modificou o texto da lei anterior, permitindo, a progressão de regime.

Outro corolário desse princípio é o da responsabilidade pessoal previsto no artigo 5º, XLV da Carta Magna, que determina que:

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos seus sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Em virtude disso, somente o condenado poderá responder pela sanção penal, na medida de sua culpabilidade, qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada; todavia, na responsabilidade civil admite-se a transcendência. ZAFFARONI; PIERANGELI ensinam que:

nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de constituir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado⁷⁸.

Entende-se a culpabilidade por três enfoques: como elemento integrante do conceito analítico de crime, caracterizando a infração penal; como princípio medidor

⁷⁶ STF: HC 85963 / SP, relator o ministro Carlos Velloso; STJ: RHC 18547/DF, relator o ministro Arnaldo Esteves Lima; TRF-1ª Região: HC 2006.01.00.001280-6/MA, relator o desembargador federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

⁷⁷ STF: HC 84401/RS, relatora a ministra Ellen Gracie; STJ: HC 55671/DF, relator o ministro Paulo Medina; TRF-1ª Região: ACR nº 2005.39.00.002616-0/PA, relator o desembargador federal Tourinho Neto.

⁷⁸ *Manual de direito penal brasileiro*, p. 178.

da pena e critério regulador; e, como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, analisando, aqui, o dolo ou a culpa na conduta criminosa (GRECO, 2007). Vale ressaltar que a culpabilidade serve apenas como princípio em si, pois a Teoria Finalista da Ação afastou o dolo e a culpa para o tipo penal.

Tal instituto encontra seu limite na dignidade da pessoa humana, valor consagrado constitucionalmente – vinculado ao interesse público, na medida em que este sobrepassa à vingança privada. Ou seja: a pena deverá ser útil à sociedade, capaz de prevenir e reprovar o delito, sem, contudo, ultrapassar essas barreiras. Cernicchiaro aduz que:

O valor consagrado impede ainda qualquer pena, sem interesse público, afetar o patrimônio moral do condenado. Ganham o resguardo da Constituição as sanções que sejam úteis à sociedade. É lógico, penas há que constroem a pessoa. Todavia, só poderão acarretar essa consequência se intrínsecas ao cumprimento da pena mesma. Ao contrário, encontram repulsa, caso a finalidade seja estigmatizar o condenado⁷⁹.

O artigo 59 do Código Penal prescreve que:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Com efeito, a sanção liga-se diretamente ao princípio da proporcionalidade, pois é necessário que ela atenda às condições do fato, observando as circunstâncias subjetivas e objetivas, e sendo proporcional ao delito, o que possibilita sua eficácia.

Há de repugnar, também, a política da aplicação da pena mínima, quando, na verdade, tem-se todo um aparato para a correta individualização da pena, desde de o artigo 59 ao 76 do Código Penal. Vale lembrar, ainda, aqueles destinados à fase executória. Ainda efetivada que por motivos alegadamente humanitários, estes são desenganadamente inconstitucionais, por afrontarem a Constituição e os critérios científicos que embasaram as margens possíveis concebidas do *quantum* de cada crime.

2.5. Princípio da presunção de inocência

O artigo 5º, LVII da Constituição determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, refletindo o *favor libertatis*. Amparam este postulado as garantias do contraditório e da ampla defesa.

A segregação do acusado da sociedade é medida extrema, considerada

⁷⁹ *Direito penal na constituição*, p. 105.

como regra excepcional, somente cabível quando inexistirem alternativas diversas a esta. Tal assertiva há de ser vista com cautela: valem-se deste postulado para declarar a suposta inconstitucionalidade da custódia dos acusados; no entanto, olvidam que o próprio texto constitucional consagra este instituto. A pretexto de assegurar o garantismo penal, ofendem a norma fundamental, posicionando-se, inclusive, acima da Constituição, e o que é pior: sustentados pelo Judiciário. Jorge Miranda, remetendo a Hesse, enuncia que:

...na medida em que a Constituição estabelece pressupostos de criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando amplamente o seu conteúdo, converte-se em elemento de unidade do ordenamento jurídico da comunidade no seu conjunto, no seio do qual impede tanto o isolamento do Direito Constitucional como a existência isolada das demais parcelas de Direito umas em relação às outras⁸⁰.

No processo penal, diferentemente do processo civil, busca-se a verdade real, portanto, não há presunção de fatos, limitação de provas, pelo menos não deveria existir, como ocorre nos artigos que limitam o número de testemunhas; é de garantir a efetiva ampla defesa. Verifica-se a necessidade de alcançar a defesa plena, cabendo ao juiz, em sua discricionariedade, coibir abusos na produção de provas impertinentes, e com manifesto intuito protelatório.

O condenado ganha esse *status* após o trânsito em julgado da sentença, quer dizer, quando não mais sujeita a recurso. Isto, todavia, não afasta a possibilidade de o acusado ser preso preventiva ou provisoriamente, se presentes os seus requisitos, por autoridade judiciária competente, dentro dos limites de seu juízo de probabilidade – próprio dessa fase processual.

O suposto não-cabimento da consideração de inquéritos policiais e ações penais em andamento como antecedentes penais em homenagem a este princípio não encontra respaldo na realidade fática atual⁸¹.

Observa-se que, anteriormente⁸², reinava a presunção da culpa, onde o ônus da prova da inocência era dirigido ao acusado, prevalecendo o livre conhecimento subjetivo do magistrado. Ou seja, a este não cabia expor suas razões de decidir. Nessa época, vigorava como regra o instituto da preventiva, não cabendo qualquer instrumento para coibir os abusos e arbitrariedades.

⁸⁰ *Teoria do Estado e da Constituição*, pp. 4 e 5.

⁸¹ Observa-se que Suprema Corte aventa a sua possibilidade, de acordo com o AI 604.041 – AgR, sob relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, publicado no DJ de 31/08/2007. Corrobora este entendimento o HC 81.759, sob a relatoria do ministro Maurício Corrêa. Contra: RHC 83.493, HC 69.298.

⁸² Quando subsistia o sistema inquisitório; tal perspectiva só mudou no surgimento do Iluminismo.

Hoje, o nosso sistema avançou, graças aos ideais iluministas, advindos com a Revolução Francesa – mudança na concepção de Estado -, e mais precisamente com a Constituição de 1988, oferecendo remédios, limitando, desse modo, a atuação dos organismos políticos, instaurando um verdadeiro Estado Democrático de Direito. E mais: agora, o ônus da prova é do Ministério Público – titular da ação penal. Incumbe a este, portanto, a comprovação da materialidade, bem como da autoria (existência de fato típico, ilícito e culpável)⁸³. Diante disto, parece que a melhor perspectiva sobre esse assunto é que o referido princípio refere-se ao encargo probatório⁸⁴. Exatamente. A presunção da inocência, em outras palavras, é a determinação de a quem cabe o ônus de apresentar prova para o processo e a pena.

Daqui deriva, igualmente, o postulado da não-incriminação: o réu não deverá ser compelido a produzir provas contra si mesmo.

É importante assentar o significado da presunção da inocência como garantia constitucional: *“revela-se como princípio inspirador da política criminal. Na outra, é um critério normativo direto, uma vez que sendo uma garantia constitucional de processo penal, atua á realidade processual”*⁸⁵, segundo ensinam PEIXINHO *et al.*

Tal princípio é usado para afastar à decretação da custódia preventiva, por esta ser considerada medida extrema, uma vez que se faz um pré-julgamento supostamente sobre a culpabilidade do réu; todavia, o juízo dirige-se à periculosidade e não sobre aquela; por isso, não importa em um reconhecimento antecipado de culpa (RANGEL, 2005).

Infere-se da própria nomenclatura que ela atua de forma **preventiva**; dessa forma, este caráter – que pressupõe o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* -, aliado aos elementos processuais que ela tenta preservar, assegurando o processo de conhecimento e de execução, e a uma base empírica idônea, tem o condão de chancelá-la⁸⁶. Jardim corrobora esta assertiva:

Hoje, não pode restar a menor dúvida de que a prisão em nosso direito tem a natureza acauteladora, destina a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada afinal, bem como possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso

⁸³ E, na qualidade de *custos legis*, deve o Ministério Público pedir a absolvição do réu, se restou provada sua inocência, pois isto decorre de sua função institucional (artigo 127 da Constituição) de fiscal da ordem jurídica.

⁸⁴ Assume essa posição: Paulo Rangel, p. 27.

⁸⁵ *Os princípios da Constituição de 1988*, p. 411.

⁸⁶ Conferir: HC 71.169, HC 68.037 e HC 68.499. Aliás, tal tema fora decidido pelo Plenário do STF: HC 73.968.

*mesmo, de tutela da tutela*⁸⁷.

Portanto, a não-culpabilidade não se põe como obstáculo jurídico-constitucional à constrição do acusado⁸⁸. Conclui-se isto pela análise conjunta do artigo 5º, LVII, LXI e LXVI da Carta Magna. É o que diz, também, o enunciado 09 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: “*a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*”.

Importa salientar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não é inflexível na restrição da liberdade do condenado; o Pacto de São José da Costa Rica permite a prisão daqueles ainda não julgados definitivamente, conforme o artigo 7º, II: “*ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas nas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas*”. Em todo caso, há a necessidade de estrita observância da imprescindibilidade da medida constritiva fundamentada concretamente.

A Alemanha, com seu Tribunal Constitucional Federal, é a responsável pela construção jurídica dos direitos fundamentais e efetivadora das liberdades constitucionais. Sendo a base desses direitos, importa considerar sua postura quanto ao instituto da prisão preventiva frente ao direito ao contraditório nessa medida:

Aos tribunais são, todavia, outorgadas também tarefas junto às quais não se realiza um julgamento jurídico conclusivo sobre uma matéria, mas se toma medidas cautelares para a regulamentação de um estado provisório ou para assegurar direitos públicos privados; (...).

(...)

*A necessidade de se assegurar interesses ameaçados pode, no entanto, tornar necessária uma ação imediata, a qual não somente não permite o esclarecimento [imediato] da matéria, como também até mesmo exclui a possibilidade de uma oitiva prévia do atingido. De fato, pode ser até mesmo ordenado desistir de uma em si possível oitiva do atingido, a fim de não o advertir [a respeito da investigação], se interesses relevantes estiverem em jogo*⁸⁹.

A própria Constituição, em seu artigo 5º, LXI, enuncia que não há conflito entre o princípio da presunção da inocência e a prisão cautelar, pois dispõe que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente,...*”, autorizando expressamente a segregação.

Admite-se, inclusive, “*(...) os maus antecedentes ou não primariedade, não*

⁸⁷ *Direito Processual Penal*, p. 225.

⁸⁸ O STF já decidiu nesse sentido: HC 81.468, relator o ministro Carlos Velloso, julgamento em 29/10/2002, DJ de 01/02/2003.

⁸⁹ *Coletânea “Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”*, pp. 916 e 917.

como justificativa pura e simples da prisão, mas como fator determinante que exige a prevenção para a garantia da ordem pública”, conforme leciona Rocha⁹⁰.

Há de observar que o tratamento respeitoso ao acusado durante o processo penal deriva tanto da presunção de inocência quanto das normas constitucionais que se referem à integridade física e moral e principalmente, da dignidade, vedando-se abusos ou excessos de poder.

Verifica-se, também, que tal presunção é relativa, posicionando-se no âmbito do dever-ser, dissociada da realidade; contudo, é necessário sopesar, diante do caso concreto, a prevalência do valor constitucional entre os que estão em jogo. Aliás, a Carta Magna, em seu artigo 5º, §2º, é categórica, ao afirmar que:

os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Rangel discorda da nomenclatura – usada por parte da doutrina -, já que a Lei Fundamental não se vale desse nome: ela apenas declara que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença, o que, todavia, não quer dizer que o réu possa ser considerado presumidamente inocente. Ele complementa o sentido, ao proferir que:

O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta juris tantum, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal. Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência. (...) O que a Constituição veda é considerar culpado e não presumir.

Apesar de se fundar em argumento válido, a terminologia adotada por Rangel é errônea. O réu, no fim da instrução, já não presume inocente ou culpado. Finda a instrução firma-se uma **convicção** (x presunção) de culpa ou inocência. Ora, raramente há uma convicção de inocência. As convicções, no processo penal, firmam-se de acordo com a consistência ou fragilidade do lastro probatório, que é ônus da acusação. Donde, se o promotor **prova** a culpa, o juiz, na sentença, espelha racionalmente uma **convicção de culpa**; se o promotor não o prova, a convicção – apenas porque se transforma em título – é de inocência.

Por isso a terminologia do processo penal americano tem sua lógica: no julgamento, o réu é culpado ou não-culpado – *guilty or not-guilty*; mas nunca

⁹⁰ Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, p. 35.

innocent.

Há, ainda, outro aspecto relevante que está ligado a este preceito: a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LVI da Constituição). As chamadas provas ilícitas por derivação – aquelas obtidas de forma lícita, mas derivando de outra ilícita – reconhecidamente, pela Suprema Corte americana, como *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada)⁹¹; aí, não se admitiam tais provas.

Alguns doutrinadores⁹² afirmam que a ilicitude contamina as provas derivadas e, por isso, seria inadmissível seu uso – mas, eles a toleram, quando favorável ao acusado -; no entanto, esta não parece ser a tese mais correta. O Supremo Tribunal Federal a tem aceitado. Na verdade, uma postura inflexível poderá gerar injustiças e, com isso, afrontar princípios consagrados constitucionalmente. De um lado, preservar-se-á a intimidade, inerente aos direitos da personalidade, relacionado intimamente à liberdade dos indivíduos, na não-aceitação das provas ilícitas; de outro, far-se-á necessário avaliar cada caso concreto para definir qual valor pretende-se defender. Canotilho, com propriedade, descreve o conflito de direitos, indicando a solução para tais hipóteses:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.

.....
“Os direitos consideram-se direitos de prima facie e não direito definitivos, dependendo a sua radicação subjectiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas”.

.....
“A conversão de um direito prima facie em direito definitivo poderá, desde logo, ser objecto de lei restritiva, que, nos casos autorizados pela Constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos”.

.....
“Os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com «mais restrições» do que os direitos restringidos directamente pela Constituição ou com autorização dela (através da lei)⁹³.

Dessa forma, impõe-se analisar cada caso concreto e determinar qual direito deverá prevalecer. Na verdade, o nosso ordenamento jurídico vale-se de uma espécie de harmonização entre os princípios; daí a aplicação da teoria da

⁹¹ Caso *Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, 1920.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al. As nulidades no processo penal*, p. 116.

⁹³ *Direito Constitucional*, p. 657 e 659.

proporcionalidade⁹⁴ e do princípio do balanceamento dos interesses e valores⁹⁵ que, excepcionalmente, e diante da gravidade do caso, aceita a prova ilícita, para proteger um valor socialmente mais relevante, justificando, assim, a restrição do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. A respeito da mencionada tese, Capez leciona que:

Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meio ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça⁹⁶.

Capez assim complementa o raciocínio relativamente ao princípio da presunção da inocência:

No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição. Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito à intimidade”?⁹⁷.

Aqui talvez se pudesse responder: quem violou o sigilo fica à mercê de responsabilidade pessoal, mas valida-se a prova. A CIJ fez assim com o caso Eichmann em 1960 (REZEK, 1993).

Tem-se, portanto, que tal postulado não é absoluto, bem como os demais, não podendo servir de fundamento para perpetuar condenações injustas e práticas criminosas, o que, certamente, atentaria contra o Estado Democrático de Direito. Relativamente à colisão de princípios, Alexy, ao corroborar a inexistência de “relações de prioridade absoluta” quanto aos princípios, enuncia que:

Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso⁹⁸.

É pacífica a aplicação da proporcionalidade *pro reo*; a *pro societate*, porém, gera discussões. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a sua incidência, valendo transcrever trecho do voto do HC 3982: “(...) Só estou pondo em destaque a

⁹⁴ Sua origem deu-se na Alemanha: *Verhältnismässigkeitsprinzip*, sendo a técnica da ponderação de valores desenvolvida por Alexy. Nos Estados Unidos chama-se razoabilidade. Tanto os EUA quanto a Alemanha têm admitido a utilização de provas ilícitas: informação retirada do HC 3982 do STJ.

⁹⁵ Denominado na Alemanha *Güterund Interessenabwägung*.

⁹⁶ *Curso de Processo Penal*, p. 36.

⁹⁷ *Id. ibid.*, p. 37.

⁹⁸ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 89.

sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo”. A consideração feita pelo voto-vogal merece também ser reproduzida:

(...) a interpretação literal, se levada para esse caminho do absolutismo, seria ilógica, fora do sistema, o que, a rigor, é contra a própria hermenêutica, e seus princípios de aplicação do Direito, o que não se concebe. A interpretação tem que ser do contexto não do texto.

Aqui vale ressaltar que as liberdades públicas invocadas a favor dos acusados conduzem a uma postura de abstenção estatal - por isso, são direitos de defesa; contudo, tal limitação não é plena, porque se assim o fosse contrariaria a própria democracia – base das sociedades constitucionais evoluídas. Sarlet tolera tal interferência ao afirmar que:

(...) esta ‘função defensiva’ dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos (...)⁹⁹.

Até porque a sociedade entregou ao Estado a gerência do seu *jus puniendi*, evitando, assim, possíveis arbitrariedades, provocadas pela autotutela (vingança privada). Mas precisa ser eficaz nesta gerência, para não provocar frustração social.

No aparente conflito, encontra-se normalmente de um lado o princípio da presunção da inocência ou da não-culpabilidade¹⁰⁰ e do outro os direitos à vida, à segurança, à propriedade, devendo-se sopesar qual o valor no caso é o mais fundamental. Sacrifica-se o bem “liberdade de ir e vir” – pessoal - a favor de outro, a paz social - coletivo. O mesmo raciocínio se dá na hipótese da inadmissibilidade das provas ilícitas. É necessário mudar o foco da discussão: o mais importante não é verificar se a admissão do princípio da proporcionalidade é *pro societate* ou *pro reo*, e sim, o que ele verdadeiramente está defendendo.

É certo que a Constituição protege direitos que tanto podem ser alegados a favor da sociedade quanto dos acusados, a depender do caso concreto; não menos certo, porém, é que qualquer que seja o destinatário dessa proteção, ele não poderá ser evocado para albergar condutas socialmente reprováveis¹⁰¹. Isto, sim, afronta

⁹⁹ A eficácia dos direitos fundamentais, p.176.

¹⁰⁰ Existem outros, como por exemplo, a garantia do sigilo das correspondências, que tem sido utilizada para acobertar e planejar crimes. Aliás, o STF, no julgamento do HC 70.814-5, já se pronunciou que “a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”, o que reforça a impossibilidade de se valer de um direito fundamental para cometer ilicitudes.

¹⁰¹ Moraes preceitua que “(...) as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou

diretamente o Estado Democrático de Direito, ao esvaziar o conteúdo do princípio norteador de todo o ordenamento jurídico - o da dignidade da pessoa humana -, pois ofende os direitos da primeira geração e da própria sociedade. Aliás, até tal cláusula admite temperamentos, como afirma Mártires Coelho, ao citar Alexy, que sustenta a relatividade desse valor:

...o princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, precede a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições¹⁰².

Portanto, a desconsideração da dignidade da pessoa humana é tolerada quando urge a necessidade de proteger a ordem democrática e a existência do próprio Estado, se não há outras medidas, segundo a doutrina e a jurisprudência alemã¹⁰³. Ou seja: busca-se defender a comunidade estatal em detrimento momentâneo da dignidade da pessoa humana, no país berço deste princípio. Aqui, a todo instante, se o evoca para albergar proteção aos acusados que não possuam o *status* definitivo de condenado.

Isto não quer dizer, todavia, que ela não seja o valor fundante da ordem constitucional e, por isso, dotada de extrema importância, mas que deve ser analisada com cautela¹⁰⁴. Não se está a falar que ela deverá ser sopesada com os demais princípios, mas senão com ela própria¹⁰⁵; daí seu caráter relativista.

É o caso do presente trabalho: de um lado tem-se a dignidade do acusado, de outro, a da sociedade. Indaga-se: qual deverá prevalecer? Prestigiar aquele é fundamentar-se no Estado Democrático de Direito? Isso é Estado Democrático de Direito? É necessário observar que a Constituição de 1988 é dirigente e programática: disto decorre a sua imprescindível atualização, até mesmo de concretização, porque sabe-se que os direitos fundamentais possuem

diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos,...” (Curso de Direito Constitucional, pp. 130 e 131).

¹⁰² Mendes *et al.* *Curso de Direito Constitucional*, p. 151. Conferir também: Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 106 e 107.

¹⁰³ O Tribunal Constitucional alemão ratifica a tese: BVerfGE 30, I (27). Alexy concorda com tal assertiva: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 108.

¹⁰⁴ O TCF alemão considerou o § 211 StGB - que previa a pena de prisão perpétua para homicídio qualificado – compatível com a *Grundgesetz*, mas ressaltando que era necessária a possibilidade legal do condenado alcançar o estado de liberdade, somente assim preservar-se-ia o Art. 1 I GG (dignidade da pessoa humana). A informação foi retirada da coletânea “*Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*”, pp. 182-184.

¹⁰⁵ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, pp. 121-141.

características históricas (MENDES *et al.*, 2008); aqui reside a razão do fenômeno da mutação constitucional. Miranda complementa a idéia, alargando seu campo de abrangência, o que resolveu por bem chamar de “*realidade constitucional*”:

De resto, o Direito é uma realidade cultural, indeligiável das demais experiências humanas, e existe uma comunicação constante e dialéctica entre normas e factos. Os valores jurídicos incidem sobre os factos e estes, por seu turno, por vias múltiplas, projectam-se nas normas e no entendimento dos valores. Não quer isto dizer que as normas sejam determinadas ou condicionadas mecanicamente pelos factos, mas não pode aperceber-se esta ou aquela norma desinserida da situação para qual está formulada ou das conseqüências da sua efectivação, nem aperceberem-se os factos sociais à margem da sua modelação pelas normas¹⁰⁶.

Ora, uma análise atenta da Constituição revela sua preocupação com o combate à criminalidade, ao crime organizado, ao tráfico de entorpecentes – fatores que esvaziam o conteúdo da segurança, valor consagrado constitucionalmente como fundamental -; dessa forma, deverá se buscar uma interpretação equivalente com esses parâmetros. Moraes salienta que:

(...) a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade.

(...) pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização¹⁰⁷.

ANÁLISE DO SISTEMA PENAL

1. Do sistema penal

“*Um desses locais é o sistema penal. Ele define o cânon dos mandamentos comportamentais fundamentais e irrenunciáveis, e, também os impõe*”¹⁰⁸, conforme enuncia Hassemer. Ele é o conjunto das instituições policial, judicial e prisional; portanto, conduzido por procedimentos em cada um desses níveis. O sistema penal existe para enfrentar as ilegalidades; isto não quer dizer que ele suprima todas.

1.1. Direito de punir

Da Constituição de 1824 repontou, de acordo com os princípios do artigo

¹⁰⁶ *Teoria do Estado e da Constituição*, pp. 14 e 15.

¹⁰⁷ *Direito Constitucional*, p. 127.

¹⁰⁸ *Direito penal libertário*, p. 90.

179, o primeiro Código Criminal Brasileiro, que se fundamentou nos ideais de Beccaria e na doutrina iluminista. São documentos desta época a Declaração de Direitos do Homem e o Código Francês que propuseram novas definições do direito de punir, deslocando-o da vingança do príncipe à defesa da sociedade. Todavia, esse diploma firmou-se com postulados liberais, dissociado da realidade social. Era do Estado Liberal: evidencia-se a desigualdade entre os cidadãos, retirando dessa proteção os escravos, base da referida sociedade, diferenciando-se os homens em livres e escravos. Isto, definitivamente, não se propõe aos fins colimados pelo Estado Democrático de Direito: por isso, fundou-se um novo direito de punir baseado em princípios mais eqüitativos. Desde o século XVIII vê-se formar uma nova estratégia para o exercício do poder de punir, período que por bem se resolveu chamar de **reforma**. A sociedade, representada pelo Estado, ao punir, revela a defesa de cada um que aderiu ao pacto e que o respeita.

Adveio a Abolição da Escravatura, em 1888, e a proclamação da República; logo após, o novo Código Penal, antes mesmo da Constituição de 1891. Diante de tantas modificações, aprovou-se uma consolidação das leis penais (Decreto-Lei 22213/1932), ante a inadequação dessas normas à ordem jurídico-criminal, já que suas justificativas encontravam-se na responsabilidade moral.

O Código Penal de 1940 e suas reformas cristalizam uma nova concepção de Estado. Une-se ao liberalismo o Estado Social, conformando-se com as exigências sociais. Este diploma, ainda que muitos o critiquem, é considerado um código moderno, apesar da falta de estrutura estatal que limita a sua finalidade, dando-lhe uma falsa aparência de inadequado.

Nas primeiras sociedades o direito de punir era exercido pelas vítimas ou por qualquer pessoa que se relacionasse direta ou indiretamente com estas, denominando-se autotutela ou autodefesa. Após, surgiu a autocomposição: método primitivo de resolução de conflitos entabulado por um acordo de vontades¹⁰⁹. Tais formas resumiam-se em fazer injustiças, pois sempre prevalecia a vontade do mais forte.

Diante disto, criou-se um tipo de exercício mais legítimo da pretensão punitiva, entregando-o ao Estado, o que não quer dizer que este, por vezes, não cometa injustiças, mas, até hoje, é o mais adequado, traduzindo-se na faculdade de julgar segundo o direito e a melhor consciência, realizando, portanto, a justiça. Este

¹⁰⁹ Embora primitivo esse método ainda existe nos Juizados Especiais Criminais.

instituto aprimorou-se, em especial depois da Constituição de 1988, que trouxe elementos fundamentais ao processo, contraditório e ampla defesa, além de outros, garantindo um procedimento mais ajustado com os valores do Estado Democrático de Direito. Isto, aliás, confere segurança jurídica ao ordenamento, mantendo sua integridade. ZAFFARONI; PIERANGELI complementam a idéia:

*... a pena, necessariamente, implica em uma afetação de bens jurídicos do autor do delito (de sua liberdade, na prisão ou reclusão; de seu patrimônio, na multa; de seus direitos, nas penas restritivas). Esta privação de bens jurídicos do autor deve ter objeto garantir os bens jurídicos do resto dos integrantes da comunidade jurídica. A ingerência nos bens jurídicos do infrator se faria necessária para motivar-se conforme as normas e reforçar assim o sentimento de segurança jurídica,...*¹¹⁰.

O direito de punir estatal traduz-se em uma transferência: da parcela de liberdade do cidadão por uma contraprestação do Estado pela proteção de bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade. Beccaria diz que foi “a necessidade, que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade”¹¹¹, isto seria, então, o direito de punir que foi instaurado para evitar a desordem. A prisão é a institucionalização do poder de punir.

O agente quando comete um crime, transgride uma norma penal, o que gera o direito de o Estado puni-lo, concretizando-se, então, o seu *jus puniendi*. O Direito Penal subjetivo¹¹² estatal surgiu da transferência do poder punitivo entregue pela sociedade ao Estado, quando se afronte o Direito Penal objetivo, para este exercer a violência legítima. O preceito primário confere ao Estado o direito de punir o infrator. Marques o conceitua:

*é o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável*¹¹³.

Aliás, a causa de a pena ser imposta pelo Estado e não pelas vítimas manifesta-se, a uma, porque estas não a aplicariam por justiça, mas por pura vingança¹¹⁴, distanciando-se do princípio da proporcionalidade; a outra, porque a finalidade precípua da punição é o interesse social, mais que o individual – característica da prevenção da pena. “Num estado democrático de Direito, no instante em que o legislador edita a lei, e o administrador ou o juiz a aplicam, colima-

¹¹⁰ Manual de direito penal brasileiro, 1997, pp. 94 e 95.

¹¹¹ Dos delitos e das penas, p. 29.

¹¹² Contra essa terminologia: BATISTA. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 109 e BRUNO. *Direito Penal*, p 19-24.

¹¹³ *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 3.

¹¹⁴ O artigo 345 do Código Penal contemplou a repulsa pela vingança privada: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”.

se alcançar o interesse da sociedade”¹¹⁵, segundo leciona Mazzilli.

Os princípios constitucionais posicionam-se como limite para a atuação legiferante e a aplicação das normas, restringindo o direito de punir estatal. O segundo caso cinge-se a critérios estabelecidos inicialmente pelo legislador, constantes da legislação ordinária. Bettiol ensina que:

*quando o Estado estabeleceu uma norma jurídica, limitou também a própria liberdade em relação ao conteúdo dessa norma. Assim, no campo penal, com o princípio nullum crimen sine lege, o Estado colocou limitações ao exercício de seu poder punitivo, nada impedindo considerar o poder limitado, regulado pela norma, na medida de um direito subjetivo, quando ela se destina a exigir determinado comportamento de uma pessoa*¹¹⁶.

Assim, os princípios constitucionais penais ordenam o poder punitivo estatal. O princípio da legalidade fornece garantias ao cidadão que somente aqueles fatos previamente definidos como crime e sua respectiva pena são passíveis de condenação. A intervenção mínima que orienta o legislador na criação de tipos e penas “*estrita e evidentemente necessárias*”¹¹⁷. A *contrario sensu*, as condutas consideradas relevantes devem ser criminalizadas para atender aos reclamos do Estado Democrático de Direito. É dizer: a Constituição assegura a inviolabilidade à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade¹¹⁸ e, ao garanti-los, dá plena eficácia ao fundamento da dignidade da pessoa humana. O Estado é o legitimado pela sociedade para responder às ofensas dirigidas aos bens socialmente importantes. A própria Constituição proclama que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (artigo 144).

É de reconhecer que “*os limites naturais do jus puniendi são encontrados nos rigores garantísticos da Constituição. A consonância de uns com os outros constitui saudável afirmação do Estado de Direito*”¹¹⁹, conforme aduz Cervini. Todavia, urge perceber que esta afirmação vem sendo lida apenas no sentido das garantias do acusado, sendo que existem outras referentes à sociedade que asseguram igualmente o Estado Democrático de Direito.

O princípio da pessoalidade restringe o alcance da norma atacada, devendo ser responsabilizados apenas os sentenciados, limitando, assim, o direito de punir. O princípio da individualização da pena – e talvez, o mais ligado à dignidade da pessoa humana – que guia as etapas de sua aplicação: legislativa, judicial e executiva. Há

¹¹⁵ *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 45.

¹¹⁶ *Direito Penal*, p. 204.

¹¹⁷ Artigo 8º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

¹¹⁸ Este direito está intrinsecamente ligado ao direito à liberdade.

¹¹⁹ *Os processos de descriminalização*, p. 130.

um ajustamento entre o delito e sua pena, respeitando, na última fase, as características do condenado e sua evolução social, o que oferece um aspecto de legitimidade.

A Constituição dispõe de cláusulas de criminalização que ampliam o poder punitivo: artigos 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; 225, § 3º; 192, § 3º; há ainda outras que apenas sugerem tal atividade. É de ressaltar que, embora a Constituição diga claramente o que legislador deve criminalizar, ela não ofende o princípio da intervenção mínima: o direito penal mínimo não significa nenhum direito penal. Tal conduta não se reveste de arbitrariedade; antes, é absolutamente autorizada pela Constituição. Se o constituinte originário dispôs nesse sentido, é certo que tal posicionamento precedeu de certa verificabilidade quanto à necessidade de criminalização de determinados bens jurídicos, e não de forma aleatória¹²⁰. Vale transcrever o quanto dito por Batista:

...além de suas funções de fundamento e controle, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso 'imposição constitucional de tutela penal'¹²¹.

Vê-se que a era da globalização intensificou as relações sociais, alterando a perspectiva do mundo (sociedade de riscos). Trouxe consigo a evolução tecnológica - especialmente, a internet -, novas dimensões sociais, econômicas, políticas e culturais, e com isso, atendendo a essa nova realidade, a jurídica. Daí a necessidade de ingerência no âmbito penal: ampliou-se a proteção penal ao consumidor, à cultura, ao meio ambiente, à criança e ao adolescente – não é a toa que estes últimos bens jurídicos encontram-se no Título Constitucional “Da Ordem Social” (artigos 5º, XXXII, 216, § 4º, 225, § 3º, 227, § 4º). Outro exemplo amparado por esse ramo, embora não inserto naquele Título, mas estando diretamente ligado à justiça social, é o da ordem econômica (artigo 173, § 4º e § 5º). Coadunam-se com tal idéia as várias normas editadas para regular essas atividades, entre elas a Lei 8137/90, possuindo nítidas feições do Estado Social. É necessário mudar a mentalidade no tocante a esse procedimento: resume-se o direito penal à pena privativa de liberdade, quando, na verdade, têm-se várias formas de sanções diversas da prisão. Portanto, o direito penal ao tempo que cumpre as exigências do

¹²⁰ Os defensores do direito penal mínimo repudiam tal tese (Conferir: Janaina Conceição Paschoal. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, p. 77 e Francisco Muñoz Conde. *Introducción al derecho penal*, p. 74). Outros defendem a obrigatoriedade de criminalizar quando a Constituição diz expressamente nesse sentido (Ver: Jorge de Figueiredo Dias. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 79 e Luiz Regis Prado. *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 72).

¹²¹ *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 90.

Estado Social, obedece aos ditames do Estado Liberal, satisfazendo ao Estado Democrático de Direito. O direito penal atende a esse propósito, trazendo a convivência harmônica e pacífica almejada pela sociedade.

Portanto, as limitações do *jus puniendi* servem para coibir os mandos autoritários do poder público. O sistema pátrio não deixa dúvidas quanto à finalidade da pena, efetivado no artigo 59 do Código Penal. Esta parece ser a mais confortável.

Todavia, é de observar que o Direito Penal não se justifica apenas nas teorias da pena; os seus fins legitimantes, segundo Silva Sánchez citado por Dotti *et al.* “*não são, pois, unitários, senão plúrimos. Estes se encontram numa relação nem sempre livre de tensões e colisões que devem ser postas em relevo e explicadas racionalmente*”¹²².

A ideologia encampada pela Constituição de 1988 define as regras limitativas do sistema penal, levando-se em conta a consciência jurídica geral.

CORRÊA; DIP acentuam que “*o Direito de Punir tem um halo de transcendência, porque sua concretização traduz a reafirmação dos valores fundamentais em torno dos quais se organiza a convivência social*”¹²³.

1.2. Sistema prisional

Os meios empregados pelo poder público encontram-se defasados, ante a era da globalização, quanto à evolução tecnológica que traz instrumentos, ao tempo que cria situações inimagináveis. É preciso repensar o sistema penal. Aliás, Nunes diz que “*o sistema jurídico está sempre sendo aperfeiçoado pelo pensamento jurídico como um todo*”¹²⁴.

Foucault há tempos já enumerara as sete máximas universais da boa condição penitenciária que até hoje subsistem; todavia, até hoje não se cumpriram tais exigências:

- 1) *A detenção penal deve então ter uma função essencial a transformação do comportamento do indivíduo... (princípio da correção).*
- 2) *Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção... (princípio da classificação).*
- 3) *As penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas... (princípio da modulação das penas).*
- 4) *O trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos... (princípio do trabalho como obrigação e como direito).*

¹²² *Penas restritivas de direitos*, p. 142.

¹²³ *Crime e Castigo*, p. 19.

¹²⁴ *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, p. 32.

5) A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento... (princípio da educação penitenciária).

6) O regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado... (princípio do controle técnico da detenção).

7) O encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento... (princípio das instituições anexas)¹²⁵.

A sua falência está intimamente ligada à falta de capacidade das autoridades públicas em dar fiel cumprimento ao que dispõe a Constituição e a legislação infraconstitucional. Dotti diz que “sem que a execução prática das medidas corresponda aos anseios da ‘recuperação’ que não raramente se exaurem na literalidade dos textos”¹²⁶, esvazia-se o conteúdo de suas determinações. Daí, *data venia*, o pensamento equivocado do ministro Marco Aurélio, quando da prisão de Salvatore Cacciola, em afirmar que a fuga seria um direito do preso; noutra declaração disse que tal direito seria em razão do suposto tratamento subumano das prisões brasileiras. Neste caso, a custódia tinha natureza provisória¹²⁷, fundamentada e emanada de autoridade competente, ou seja, legalmente decretada. Tal posição afronta o artigo 5º, LXI da Constituição. E mais: ofende também o artigo 50, II da LEP, que caracteriza a fuga como falta disciplinar grave. Não existe um direito decorrente de ato ilícito.

A leniência dessas autoridades com as rebeliões, fugas, com os presos em geral, fez crescer vertiginosamente o número de organizações criminosas. Antes, havia rebeliões isoladas; hoje, ocorrem de forma simultânea, orquestrada por condenados, de dentro dos presídios. Sem dúvida, a mansidão do poder público em reagir a esses problemas favoreceu a instalação do instituto das facções criminosas: a exemplo, o PCC, que se auto-intitula de Primeiro Comando da Capital, e o CV (Comando Vermelho). Bitencourt assevera que “os motins carcerários são os fatos que mais dramaticamente evidenciam as deficiências da pena privativa de liberdade”¹²⁸. Em resposta a essas organizações criminosas instituiu-se o Regime Disciplinar Diferenciado, pela Lei 10792/2003, reservado para os presos provisórios e os definitivos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

¹²⁵ *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, 1987, pp. 224 e 225.

¹²⁶ *Bases alternativas para o sistema de penas*, p. 113.

¹²⁷ Vê-se que diversos países autorizam esse tipo de custódia: Na Alemanha, § 127, I, StPO – *Strafprozeßordnung*, na Espanha, a *prisión incomunicada*, na França, a *garde à vue*, nesse país, inclusive, há a previsão do *refere-détention* que tem o efeito de suspender a concessão da liberdade (*Boletim dos Procuradores da República*, pp. 5-11).

¹²⁸ *Falência da Pena de Prisão*: causas e alternativas, p. 205.

O artigo 5º, XVII da Constituição preceitua que “*é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar*”; portanto, tais facções são constitucionalmente proibidas. Aliás, as ações orquestradas por esses criminosos, segundo o artigo 5º, XLIV da Constituição, constituem crime inafiançável e imprescritível, pois atentam contra o Estado Democrático de Direito. O RDD é um instrumento viável para o Estado tentar afastar a violência dissipada por essas organizações armadas – o único disponível atualmente. Neste caso, é gritante a necessidade da preponderância do direito à segurança pública.

Há de impedir igualmente o **código dos presos** que regulamenta a vida carcerária, o que dificulta o trabalho dos agentes penitenciários, produzindo, assim, uma cultura própria carcerária. É como se houvesse uma espécie de solidariedade entre eles, inclusive hierarquizando-os. Atrapalha, pois, nesse sentido, a aplicação da pena e o seu fim reeducador.

Hassemer assevera que “*a garantia de uma administração da justiça penal funcionalmente eficiente é reconhecida como um ‘interesse da coletividade’*”¹²⁹.

A corrupção existente nesses setores contribui mais com o poder dessas organizações à medida que os agentes auxiliam, em suas condutas omissivas e/ou comissivas, a entrada de celulares, armas e outros materiais¹³⁰. O envolvimento dos agentes do Estado em atos ilícitos denigra suas corporações que, por sua vez, compromete a maioria dos servidores honestos. A minoria dessa classe contamina todo o quadro de policiais, e é o bastante para amparar o crescente número de crimes. É a crise das instituições públicas, e com ela o descrédito.

A reincidência é alta porque não há um estudo sistemático sobre as suas causas, daí não se pode atribuir a ela unicamente a ineficiência da prisão; é necessário dividir os presos em categorias, cada qual com seu respectivo tratamento. Bitencourt ensina que:

*O índice de reincidência é um indicador insuficiente, visto que a recaída do delinqüente produz-se não só pelo fato de a prisão ter fracassado, mas por contar com a contribuição de outros fatores pessoais e sociais. Os altos índices de reincidência também não podem levar a conclusão radical de que o sistema penal fracassou totalmente, a ponto de tornar-se necessária a extinção da prisão. Essas conclusões são o resultado de uma análise excessivamente esquemática e simplista*¹³¹.

A disciplina nas penitenciárias urge ser retomada, para não se esvaziar o

¹²⁹ *Direito penal libertário*, p. 109.

¹³⁰ A respeito da corrupção, Hassemer diz que “*uma polícia corruptível ou, até mesmo uma justiça e uma legislação corruptíveis envenenam internamente um ordenamento democrático-libertário*”(Id. *ibid.*, p. 97).

¹³¹ *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*, pp. 151 e 152.

conteúdo retributivo e preventivo da pena. Sua falha encontra-se na estrutura, totalmente desvirtuada, na falta de rigor e na administração deficitária. Sem a correta execução penal, a última etapa da individualização da pena torna-se ineficaz. Cernicchiaro conclui que:

As falhas do sistema penitenciário não devem ser vistas como ineficácia da norma; revelam, isso sim, a sua grandeza e a direção a seguir. De outro lado, não há ilegalidade (a inconstitucionalidade em consequência, está afastada), se, materialmente, alguém, na execução, não receber o melhor tratamento. Insista-se, vedada é a ideologia desumana, que não se confunde com a execução ineficiente ou precária. Há grande diferença entre imprimir ao preso tratamento cruel e não dotar, porque a realidade econômica do país, os presídios de melhores instalações materiais¹³².

A ociosidade dos presos exige uma rápida substituição pelo trabalho regular com a devida remuneração, estudo e lazer, preparando-os para sua reinserção, inserindo-os, também, no mercado de trabalho; isto sim garante o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e afasta, a princípio, a reincidência. Empregá-los é a melhor maneira de prevenir futuros delitos. O trabalho atua como agente da transformação carcerária. *“Quando o homem possui apenas ‘os braços como bens’, só poderá viver do ‘produto de seu trabalho, pelo exercício de uma profissão, ou do produto do trabalho alheio, pelo ofício do roubo’¹³³*, segundo Foucault. Um importante avanço no combate ao desemprego dos condenados é a parceria que está sendo firmada entre a Confederação Nacional das Indústrias, o Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal para a ressocialização de ex-presidiários. A capacitação e a formação profissional dessas pessoas seria feita por meio do Sistema S (Senai e o Senac)¹³⁴.

Torna-se necessária uma observação constante dos detentos, para prescrever uma correta individualização executória que culminaria em atender uma progressão de regime, de acordo, de fato, com o mérito do condenado. Tudo através de instrumentos estabelecidos na prisão: horários pré-definidos, distribuição do tempo, atividades regulares, trabalho, respeito, bons hábitos. As regras precisam ser observadas e as autoridades necessitam ser competentes e probas. A disciplina urge ser retomada, tornando os réus obedientes ao tempo que úteis. O sistema prisional precisa se tornar um aparelho eficiente. Mas, para isto, é imprescindível pessoal especializado e a diminuição do número dos detentos por prisão. O Panóptico de Bentham bem representa tal estrutura, descrito por Foucault:

...na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada

¹³² *Direito penal na constituição*, p. 126.

¹³³ *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, p. 204.

¹³⁴ Notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal, em 24 de setembro de 2008.

de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre: outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia¹³⁵.

Esta é garantia da ordem. Pretende-se não construir instituições panópticas, mas introduzir o seu conceito. Obrigaria, pois, o condenado ao bom comportamento, atuando, então, de forma preventiva, na medida em que ele permite uma intervenção antes mesmo dos crimes serem cometidos. É um tipo de controle prévio que almeja a segurança, ao tempo que desindividualiza o poder.

Uma opção para esse caos é a privatização. Ela ocorre geralmente quando o Estado não consegue fazer cumprir a finalidade a que se destina o objeto. Neste caso, é notória a sua incapacidade na gestão desses estabelecimentos, o que torna plausível a modificação do controle, passando-o para a esfera privada¹³⁶. O artigo 144 da Constituição não proíbe tal prática. Todavia, deve-se observar que o procedimento executório relativo às penas continua jurisdicionalizado, ou seja, remanesce o poder do Estado neste aspecto.

Um avanço no sistema prisional é a criação da Infopen (sistema eletrônico de informações penitenciárias). Ele é um banco de dados sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária, o que dá pleno conhecimento do sistema prisional. Sua gestão volta-se para a reintegração, saúde e educação do preso; é o primeiro passo para uma política penitenciária integrada¹³⁷.

1.2.1. Crise da prisão

As modificações no sistema penal não acompanharam a realidade social existente. O descrédito das instituições prisionais não se alterou. Houve um aumento da criminalidade, ocasionada não só por este fundamento, mas pela total ineficácia das prisões. Portanto, o que se deve buscar é a sua reforma, não sua abolição.

E. de Jesus bem explica o fenômeno, respeitados os fatores que influenciaram naquela época – antes da reforma de 1984 -, mas não tão distante da atual situação:

Colocando o homem em segundo plano e enfraquecendo a tutela penal dos interesses sociais por intermédio de uma alteração legislativa excessivamente liberal, a par de uma intensa crise econômica, permitiu-se o aumento da criminalidade violenta. E, com ela, a descrença na justiça. Formava-se uma dupla inconciliável: justiça morosa e direito penal

¹³⁵ *Id. ibid.*, pp. 165 e 166.

¹³⁶ Os Estados do Ceará, Bahia e Paraná já adotam o sistema terceirizado da administração de penitenciárias.

¹³⁷ Informação retirada do site: <http://www.mj.gov.br>, acessado em 26/05/2008.

*excessivamente liberal. Resultado: impunidade*¹³⁸.

Os crimes graves, antes de ocorrência rara, tornaram-se cada vez mais freqüentes (latrocínio, homicídio qualificado, tráfico de entorpecentes, estupro, chacinas, crime organizado), gerando, com isso, posições em prol do “Movimento de Lei e Ordem”, contrapondo-se, pela própria realidade atual, ao garantismo penal ou qualquer nome que se dê ao propósito de extinguir o fundamento do direito de punir.

E as causas são várias para o aumento da criminalidade¹³⁹: a má distribuição de renda, a desigualdade social, o desemprego, o descontrole das armas de fogo que fomentam, principalmente, o crime organizado, o ambiente familiar degradante¹⁴⁰, a educação defeituosa, a saúde desaparelhada, a morosidade da justiça¹⁴¹, o despreparo da polícia¹⁴², e não raras vezes a televisão, que, dissociada de valores éticos e sociais, veicula programas incitando direta ou indiretamente as práticas ilícitas. Ou seja: a ausência de uma política pública eficiente em todos os setores da sociedade tem causado danos talvez irreversíveis.

O tráfico de entorpecentes produz outros crimes: homicídios, roubos, furtos, evasão de divisas, lavagem de dinheiro. Afeta, pois, a saúde pública¹⁴³ e a individual; esta, e, sobretudo, a vida são consideradas valores superiores – bens jurídicos penalmente relevantes, merecendo, sua afronta, sanção mais grave.

E o que é pior: isto é constatado tanto nas classes menos favorecidas quanto nas mais abastadas. As drogas atingem camadas sociais distintas, infiltrando seus males em todos os níveis; talvez, por isso que reclame uma atenção maior do

¹³⁸ *Penas Alternativas*, p. 02.

¹³⁹ A respeito, Carvalho Filho: “*Se a prisão degenera, não há quem sugira um cenário sem sua presença: os índices de criminalidade e a necessidade de segregar delinqüentes perigosos, capazes de matar, assaltar, seqüestrar, extorquir etc., conspiram contra essa utopia*”. (*A prisão*, p. 71). Nucci concorda com esta tese: “...sabe-se inexistir atualmente opção mais adequada do que a prisão, principalmente para os criminosos violentos”. (*Individualização da pena*, p. 77).

¹⁴⁰ Cardoso revela a importância da família na formação do cidadão: “*A desagregação da família e a perda de valores morais e éticos, considerados importantes para a nossa sociedade, são fatores que concorrem para o alto índice de criminalidade*” (*Pobreza, cidadania e segurança*, p. 166).

¹⁴¹ Beccaria assevera que “...quanto mais curta é a distância do tempo que se passa entre o delito e a pena, tanto mais forte e mais durável é, no espírito humano, a associação dessas duas idéias, delito e pena, de tal modo que, insensivelmente, se considera uma como causa e a outra como consequência, necessária e fatal” (*Dos delitos e das penas*, p. 72). Todavia, vê-se que o crescimento das garantias atribuídas aos réus faz a justiça ficar cada vez mais lenta. Um exemplo disso é o número excessivo de recursos.

¹⁴² É necessário reformar o aparelho policial, podendo citar algumas idéias para efetivá-la: integração das polícias, federal, civil e militar; desmilitarização da polícia; desconstitucionalização da polícia que garantiria autonomia aos Estados para promover as necessárias reformas; criação de uma política nacional de segurança pública (*Pobreza, cidadania e segurança*, pp. 168-170).

¹⁴³ Canotilho reconhece a importância do bem jurídico saúde pública, inserindo-o como bem da comunidade: “*Nesta perspectiva, quando se fala em bens como «saúde pública»,..., alude-se a bens jurídicos constitucionalmente «recebidos» e não a quaisquer bens que o legislador declara como bens localizados numa pré-positiva «ordem de valores»...*” (*Direito Constitucional*, p. 658).

Poder Público.

Outro fator importante é o elevado número de filhos por família pobre, justamente aquela que deveria ter o maior controle, pois é nessa que residem os números mais altos de criminalidade, ante a falta de uma política social. Ressalte-se que isto não é advogar que os criminosos são frutos da sociedade.

E há ainda aqueles que denotam tratamentos específicos, já que são menos redutíveis à reinserção: os delinqüentes habituais, reincidentes que fazem do crime seu meio de vida.

O sentimento de insegurança gerado pela criminalidade infiltrou-se em crianças e adolescentes, tomando proporções inimagináveis. Magalhães Noronha confirma tal assertiva: *“a gênese do crime está, em grande parte, na infância e na adolescência abandonadas”*¹⁴⁴. A redução da maioria penal torna-se cada vez mais amistosa: é certo que a redução não reduz a criminalidade de forma imediata; no entanto, sob a ótica da responsabilidade, é coerente a diminuição. O discernimento desses menores aumentou de forma considerável com a era tecnológica vivida no estágio atual, tornando-se plenamente capazes de entender seus atos aos 16 anos. Vê-se que as prerrogativas concedidas aos menores, como o direito de votar aos 16 anos, o alistamento eleitoral e a possível emancipação pelos pais do artigo 5º, § único do Código Civil induzem que já possuem capacidade para entender seus atos. Moreira Filho concorda com tal posicionamento:

*é preferível um tempo maior de internação aos adolescentes que cometeram crimes hediondos, em prejuízo do princípio da brevidade, do que um tempo menor de existência das vítimas em benefício do direito à vida*¹⁴⁵.

No entanto, sem as melhoras no sistema penitenciário tal alteração, ao invés, de melhorar, só irá atrapalhar a situação atual.

Faz-se necessário, no mínimo, aumentar os prazos de internação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que são inegavelmente desproporcionais para a pretendida ressocialização -, ao contrário, eles estimulam a impunidade; esta, aliás, torna a pena um incentivo, tornando o instrumento das leis mais frágil. A falta de escola integral só contribui para o crescimento dos menores infratores.

É fundamental uma política criminal adequada, aliada a uma política social eficiente, para reduzir a criminalidade – aliás, esse é o fundamento do Estado Democrático de Direito. Tal finalidade, é claro, não é em curto prazo, mas uma

¹⁴⁴ *Direito Penal*, p. 173.

¹⁴⁵ *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*, p. 90.

possível solução rápida é a construção de mais presídios¹⁴⁶, tão importante quanto à melhora de hospitais e escolas.

No dizer de Cano, especialista do Núcleo de Estudos da Violência da UERJ: *“Há tempos defendemos que a segurança pública seja uma área prioritária, na qual não possa haver corte. Mas isso nunca foi levado a sério”*¹⁴⁷. Cervini complementa o raciocínio, reconhecendo que *“...a reforma dos centros de detenção para favorecer a ressocialização é sempre menos custosa do que suportar um alto índice de reincidência”*¹⁴⁸.

O problema do aumento da criminalidade reside na imperfeição do sistema prisional e não na inflação legislativa. Não há uma correta separação dos presos de acordo com sua periculosidade e gravidade da conduta praticada. Uma melhora significativa poderá ocorrer com a implantação do sistema de monitoramento dos presos com o uso da pulseira¹⁴⁹, mas já ganhou posições contrárias. O monitoramento eletrônico permite aos condenados o convívio social; não há como considerá-lo ofensor da integridade física, à medida que põe tais criminosos na sociedade.

A falência da prisão deu-se por omissão do Poder Público; no entanto, isso não autoriza a soltura dos condenados, por afrontar diretamente a ordem pública.

Os delitos menos graves e os criminosos de baixa periculosidade merecem receber penas alternativas ou restritivas de direito; no entanto, vê-se que, nesse tocante, a legislação é falha, pois não se dirige à finalidade específica do bem jurídico ofendido. Ilustra-se tal assertiva com os crimes contra o meio ambiente. Verificada uma afronta a ele, é mais adequada a imposição de uma pena alternativa de prestação de serviços diretamente relacionados ao meio ambiente degradado, assim como, nos crimes patrimoniais, a imposição de uma restritiva de direito com a devolução da quantia desviada parece ser a medida mais adequada e necessária para reprovar e prevenir tais delitos. Há de observar o estrito cumprimento dessas medidas exatamente no termo em que foram propostas.

Há casos que se poderia pensar até operar a descriminalização

¹⁴⁶ Em recente matéria publicada no Correio Braziliense no dia 15 de setembro de 2008 constatou-se que, nesse ano, apenas 5% do montante de R\$ 205 milhões foi investido na melhoria do sistema carcerário, que é basicamente a sua manutenção, não tendo sequer sido construído mais estabelecimentos penais. Há tempos já se nota a falta de investimento nesses estabelecimentos (*Pobreza, cidadania e segurança*, pp. 191 e 192).

¹⁴⁷ Notícia publicada em 15 de setembro de 2008 no Correio Braziliense.

¹⁴⁸ *Os processos de descriminalização*, p. 52.

¹⁴⁹ Em São Paulo, o governador sancionou a Lei 12906/2008 que regulamenta o monitoramento eletrônico dos presos.

substitutiva¹⁵⁰ que funciona ao invés de aplicar uma sanção penal por de outra natureza, porém, tais são restritos.

Há de implantar medidas para a melhora do sistema como um todo: informatização da Justiça; programa específico para a reincidência; formação profissional dos funcionários penitenciários (E. DE JESUS, 1999).

Tanto o sursis quanto o livramento condicional só valem a pena se corretamente fiscalizados durante o período de prova com a participação ativa da comunidade (criação de conselhos ou serviços com este intuito), do Ministério Público e do juiz da execução. Todavia, tais institutos só têm ensejo se os crimes não tiverem sido praticados com grave violência e o acusado não demonstrar alta periculosidade.

A LEP é um instrumento elogiável, mas sem nenhuma aplicação prática (FERREIRA, 1994). A falta de fiscalização causada pela inércia do Poder Público tem esvaziado o conteúdo daquela.

Se a pena privativa de liberdade encontra-se decadente, como os garantistas afirmam, por ela não cumprir suas finalidades, não é por não ser a melhor opção em determinadas ocasiões e, sim porque o organismo penitenciário brasileiro é péssimo (SCHECAIRA; CORRÊA, 2002). Mas, se as prisões afetam os direitos fundamentais do preso, a solução é não os condenar? Se ao criminoso é reservado o respeito de seus direitos fundamentais (artigos 1º, III e 5º, XLIX), como poder garanti-los também às pessoas que os tiveram violados, como direito à vida e à segurança? No conflito aparente entre o direito à vida e à liberdade parece preponderar àquele, conforme aduzem SHECAIRA; CORRÊA:

O limite traçado pela lei à liberdade de locomoção é exatamente o bem geral e comum, ou seja, quando o exercício deste direito ofende ou atenta contra o bem geral ou, ainda, quando lesa direito de terceiro. Destarte, a pena privativa de liberdade constitui-se em um legítimo limite imposto pelo poder público àquele que utiliza mal seu direito de ir e vir ou permanecer. É uma consequência jurídica gerada pelo comportamento do infrator¹⁵¹.

É certo que as prisões não reduzem a criminalidade, pois se mostram despreparadas; não menos certo, porém, é que, ainda que tais estabelecimentos não sejam adequados, deve-se voltar a atenção para o Estado para este melhorar suas condições e, neste caso, os réus permanecem presos, para no mínimo garantir os direitos fundamentais da sociedade. Barbosa Júnior afirma a necessidade da

¹⁵⁰ A descriminalização substitutiva ocorre quando há a transferência da infração penal para outro ramo do direito ou pela alteração da penalidade; as penas são substituídas por sanções de outra natureza.

¹⁵¹ *Teoria da Pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal, p. 188.

reestruturação social: “a sociedade estará prevenida da criminalidade à medida que investir na educação, na saúde e na parte social, pois pensar em ressocializar sem ter estruturas para tal é fomentar o índice de criminosos”¹⁵².

Beccaria concorda com o entendimento acima exposto dos citados autores: “quem perturba a tranqüilidade pública, quem não obedece às leis, isto é, às condições pelas quais os homens se toleram e se defendem reciprocamente, deve ser excluído da sociedade, ou seja, deve ser banido”¹⁵³.

Importa ressaltar o quanto dito por SCHECAIRA; CORRÊA:

*O Direito Penal não pode se identificar com o direito relativo a assistência social. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve pôr em relevo a responsabilidade do delinqüente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida na Comunidade. E isso não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio, o que nos conduziria ao reino da utopia*¹⁵⁴.

A melhora na qualidade dos presídios é para garantir os postulados constitucionais, pois a pretendida ressocialização somente se efetivará se assim o condenado desejar, certo é, todavia, que, nesse tempo, boa parte dos crimes que provavelmente o delinqüente cometeria não acontecerá.

1.3. Vítima

A vítima constitui a base fundante da organização penal juntamente com o criminoso; não é à toa que o seu comportamento encontra-se no rol das circunstâncias para a fixação da pena (artigo 59 do Código Penal). Atualmente, considera-se o sujeito passivo mediato da infração a vítima – propriamente dita – e o Estado, o imediato, mas nem sempre há coincidência entre o sujeito passivo direto e a vítima penal. O Estado, desde que se posicionou como detentor do direito de punir, raras vezes¹⁵⁵ não figura como sujeito passivo imediato da infração¹⁵⁶. Isso é a discriminação da vítima no ordenamento jurídico penal. Um avanço na sua consideração é a Lei dos Juizados Especiais Criminais, que autorizou a composição civil colocando-a como parte da persecução criminal, ou o artigo 268 do Código de Processo Penal, que a autoriza como assistente de acusação; todavia, é escasso tal

¹⁵² *Criminologia*, p. 92.

¹⁵³ *Dos delitos e das penas*, p. 80.

¹⁵⁴ *Teoria da pena*, p. 87 (citam-se os seguintes autores: Luiz Luisi, Mauricio Ribeiro Lopes, Cezar Bitencourt, Luiz Flavio Gomes).

¹⁵⁵ Nos casos do Juizado Especial Criminal há a vítima figura como sujeito passivo imediato da infração.

¹⁵⁶ Jorge denomina que o Estado é sempre o sujeito passivo formal, titular do mandamento proibitivo não observado pelo sujeito ativo (*Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*, p. 40).

prestígio. Alinne Jorge, ao considerar a importância da vítima, assevera que a finalidade precípua da vitimologia “...é a defesa dos Direitos Humanos das vítimas de crime e a busca pela sua valorização e participação na Justiça Criminal”¹⁵⁷.

O desrespeito à vítima deu-se, talvez, em razão da antiga forma de resolução de conflitos: a vingança privada, que foi repudiada por seus métodos. Isto é inegavelmente reprovável, pois há um afastamento da vítima do processo, causa da institucionalização dos conflitos. Uma de suas conseqüências é a falta da comunicação do crime às autoridades competentes, ante a ausência de amparo do Poder Público, temendo as possíveis represálias. Daí seu renascimento com a Vitimologia, que é uma disciplina da Criminologia moderna. Qualquer relevo que se dê à vítima já é um aspecto da corrente abolicionista; por isso, não se pode dizer que a dogmática penal seja fechada, ou que só impere o sistema o direito penal máximo.

A consideração dessa figura torna-se relevante quando se advém o aspecto indenizatório da reparação do delito, que é um meio de torná-la novamente importante, dando base, inclusive, à justiça restaurativa; no entanto, nesta se deve observar sempre a gravidade do delito. Sobre este tema, vale transcrever o quanto dito por García-Pablos Molina:

*Não se aplica a conciliação aos delitos de especial gravidade, por elementares razões de prevenção geral. A sociedade não permite que um conflito de tais características possa ser solucionado por um procedimento flexível, sem a intervenção das instâncias do controle social formal*¹⁵⁸.

Tal instituto também é um dos meios de defesa social, servindo para o restabelecimento do equilíbrio social afrontado pela prática de delitos. A instituição da pena de prestação pecuniária à vítima foi outro grande avanço. A esse respeito Hassemer consigna que:

*Está vinculado à consideração da vítima um direcionamento para um conceito normativo do objetivo da pena: satisfação ou reparação de danos significam não somente indenização empírica, também está subentendido, acima de tudo, algo normativo, ou seja, a reabilitação da pessoa lesionada, o restabelecimento de sua dignidade humana, a reprodução obrigatória dos limites entre ação justa e injusta, a confirmação posterior para a vítima de ela foi ‘vítima’ (e não autor e tampouco um mero incidente)*¹⁵⁹.

Mas essa não é a única medida para o tratamento da vítima; o programa de assistência é outro meio.

Dotti afirma que “...a vítima pode servir de meio para o tratamento para o

¹⁵⁷ *Id. ibid*, p. xiii.

¹⁵⁸ *Criminologia*, pp. 400 e 401.

¹⁵⁹ *Direito penal libertário*, p. 88.

*delinqüente, particularmente nos casos em que é possível a reparação do dano*¹⁶⁰, mediante as formas alternativas de pacificação de conflitos. Uma delas é a Lei 9099/95.

Vale lembrar o quanto dito por Hassemer: *“vítima’ de um delito somos todos nós,...*¹⁶¹, afinal, vítima é também a coletividade.

1.4. Criminologia

É uma ciência empírica, tendo como objeto basicamente o agente e o crime; ressalte-se, porém, que isto não impede que outras ciências disciplinem o delito. Na verdade, há apenas, na criminologia, uma delimitação do seu conceito com aspecto criminológico, mas de maneira diversa das outras ciências. *“Interessa à Criminologia não tanto a qualificação formal ‘correta’ de um acontecimento penalmente relevante, senão ‘a imagem global do fato e do seu autor...’*¹⁶², conforme leciona García-Pablos Molina, ampliando, com isso, seu alcance, situando-o como “problema social e comunitário”¹⁶³. Isto é a Criminologia moderna.

Tem-se estudado o criminoso, ainda que este não seja o intuito principal, desde Hipócrates, passando por Platão e Aristóteles.

Com Thomas Morus, em seu livro Utopia, consolidou-se este tipo de estudo, afirmando que era necessário pesquisar as causas dos delitos para se obter uma correta sanção. Após, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Beccaria; Lombroso foi o criador da Antropologia Criminal, e sua obra “O Homem Delinqüente” marca a Criminologia Moderna.

Ali, ele sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato; portanto, nesse caso, ele portaria fatores impeditivos de adaptação social, por isso, cometeria crimes.

No século XIX nasce a Sociologia Criminal que tem seu precursor em Ferri, discípulo de Lombroso, classificando as causas dos delitos em biológicas, físicas e sociais, mas ainda não se definiu a origem do crime. Até essa época a pena criminal não é vista mais como instrumento de defesa social com o intuito de afastar novos delitos, e sim como meio de proteção social contra o delinqüente. Visava-se, assim, a figura do criminoso. Esse movimento contrapôs-se aos ideais da Escola Clássica, por desconsiderar o livre-arbítrio e a responsabilidade moral dos indivíduos.

¹⁶⁰ *Bases alternativas para o sistema de penas*, p. 305.

¹⁶¹ *Id. ibid.*, p. 88.

¹⁶² *Criminologia*, p. 62.

¹⁶³ Expressão utilizada por García-Pablos de Molina (*Criminologia*, p. 63).

Todavia, é de notar que tal escola exerceu fluentemente a concretização do princípio da individualização da pena, já que ela defendia as circunstâncias da personalidade e da conduta social como base para a justa pena.

De 1905 até os dias atuais denomina-se Período da Política Criminal, sendo seu pai Von Lizst. Ela é o conjunto sistemático de princípios que orientam a prevenção e repressão à delinqüência; todavia, aqui, a atenção é dirigida exclusivamente para o criminoso.

Ainda não se tem uma classificação uniforme do delinqüente; daí a importância da Criminologia, que tenta buscar os fatores endógenos e exógenos do criminoso. Tal pesquisa influencia tanto na aplicação quanto na execução da pena. O delinqüente é, portanto, a figura central da Criminologia, claro com o enfoque nas suas interdependências sociais, não mais isolado. Desse modo, “...*importa qualificar ‘cientificamente’ o ato enquanto delito e principalmente o indivíduo enquanto delinqüente. Surge a possibilidade de uma criminologia*”¹⁶⁴, conforme Foucault.

Barbosa Júnior disserta que “*o tratamento do criminoso é uma conseqüência da sentença condenatória, que não é idêntica para todos os criminosos,...*”¹⁶⁵, enaltecendo as particularidades de cada condenado. O exame criminológico é um exemplo disso: ele permite conhecer o criminoso e sua personalidade para se chegar à causa do crime.

A Criminologia engloba diversas ciências, decorrendo, daí, seu caráter interdisciplinar: a Antropologia Criminal, a Sociologia Criminal, a Vitimologia, entre outras, o que amplia o estudo sobre o delinqüente, tornando-se mais eficaz.

Moreira Filho assevera que:

*a criminologia moderna, amparada na Escola da Nova Defesa Social, vem concentrando seus estudos, quase exclusivamente, na recuperação do delinqüente e na readaptação do condenado, não como indivíduos inofensivos, mas, acima de tudo, úteis ao meio social*¹⁶⁶.

Seu intuito é primordialmente de prevenção do delito, em detrimento do aspecto repressivo. Não se limita à coleta de dados, mas os utiliza como, segundo García-Pablos Molina, “*técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito*”¹⁶⁷.

Ampliou-se o objeto da criminologia tradicional (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2006), para incluir a vítima e o controle social em seu estudo, fatores

¹⁶⁴ *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, p. 213.

¹⁶⁵ *Criminologia*, p. 63.

¹⁶⁶ *Vitimologia*: o papel da vítima na gênese do delito, p. 17.

¹⁶⁷ *Criminologia*, p. 28.

criminógenos e os instrumentos capazes de prevenir a incidência criminal. Foucault bem representa tal ciência, ao dizer que:

Eis, porém, que durante o julgamento penal encontramos inserida agora uma questão bem diferente de verdade. Não mais simplesmente: 'O fato está comprovado, é delituoso?' Mas também: 'O que é realmente esse fato, o que significa essa violência ou esse crime? Em que nível ou em que campo da realidade deverá ser colocado? Fantasma, reação psicótica, episódio de delírio, perversidade?' Não mais simplesmente: 'Quem é o autor?' Mas: 'Como citar o processo causal que o produziu? Onde estará, no próprio autor, a origem do crime? Instinto, inconsciente, meio ambiente, hereditariedade?' Não mais simplesmente: 'Que lei sanciona esta infração?' Mas: 'Que medida tomar que seja apropriada? Como prever a evolução do sujeito? De que modo será ele mais seguramente corrigido?' Todo um conjunto de julgamentos apreciativos, diagnósticos, prognósticos, normativos, concernentes ao indivíduo criminoso encontrou acolhida no sistema do juízo penal¹⁶⁸.

Inserir-se nesse contexto, a Política Criminal, que conforme enunciam ZAFFARONI; PIERANGELI, “é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”¹⁶⁹. Assim, ela é o conjunto de princípios que norteiam a reforma legislativa penal, entendida como o sistema penal, ou seja, com maior amplitude do que aquela defendida por Von Lizst. Ela é usada atualmente para sustentar a descriminalização de condutas, partidária, portanto, do direito penal mínimo.

Existem três principais correntes de pensamento sobre a política criminal: A Novíssima Defesa Social ou Nova Defesa Social (NDS), Movimento de Lei e Ordem (MDLO) e a Política Criminal Alternativa ou Nova Criminologia.

O primeiro movimento, A Novíssima Defesa Social ou Nova Defesa Social, decorreu da Defesa Social sustentada por Gramatica que propunha a eliminação do Direito Penal. Em 1954, Ancel publicou seu livro *La Défense Sociale Nouvelle* buscando não a sua extinção, mas a sua humanização, repudiando, contudo, o caráter único do retribucionismo encontrado anteriormente no Direito Penal (DOTTI, 1998); daí o objetivo dessa escola ser a ressocialização do delinqüente. Foi aceita pela sociedade científica do século XX, porém sofreu abalos com o surgimento das correntes críticas da criminologia que verificaram, desde 1960, o fracasso da prisão.

Já o movimento da Lei e Ordem impõe severidade nas penas no seu cumprimento. É o dito direito penal intervencionista. Não era plausível tal movimento quando desconsiderava a existência de outras formas de punição, alternativas à prisão, que são eficazes no combate à criminalidade. Assim, pensar que o único

¹⁶⁸ *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, pp. 20 e 21.

¹⁶⁹ *Manual de direito penal brasileiro*, p. 132.

meio de controle efetivo seja tal pena esbarra na própria realidade social. Dentro dessa ordem, responde a idéia do **direito penal do inimigo**, em que o legislador comina penas draconianas, vendo o criminoso como inimigo. Sua reação ao crime tem sentido oposto ao da Defesa Social.

Pode-se inferir aqui o direito penal do inimigo, formulado por Jakobs, por ele guardar íntima relação como o movimento da Lei e Ordem. Os inimigos, diz ele, são os criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Gomes diz: *“em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”*¹⁷⁰. Ele complementa o raciocínio, ao explicar tal teoria, ressaltando que:

*o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais*¹⁷¹.

O direito penal do inimigo possui nítida aproximação com o direito penal do autor. No entanto, carece de legitimação, pois, em um Estado Democrático de Direito é impensável o indivíduo, seja cidadão ou inimigo, sem direitos processuais onde o mais importante é o do devido processo legal – este é a essência deste Estado. A base do direito penal do inimigo é o constante estado de guerra, porém, dirigido aos terroristas. Mas o que dizer do crime organizado? Não seria um constante estado de guerra, entre, de um lado, o Estado e os **cidadãos de bem** e, de outro, os bandidos/traficantes? Isso não justificaria o uso dessa tese? Figura plausível, ao menos parcialmente, a possibilidade de suspender os direitos humanos desses criminosos. Porque se é verdade que os direitos humanos foram uma conquista da humanidade, também é correto dizer que aqueles que defendem direitos humanos exclusivamente dos bandidos são tão cúmplices, como estes, da violência que assola a cidade. CORRÊA; DIP ensinam, com brilhantismo, que *“degradaram semanticamente a sacratíssima expressão direitos humanos, transformando-a em carta de indenidade passada erga omnes à comunidade facinora”*¹⁷².

E a Nova Criminologia propõe a descriminalização de condutas e a abolição das penas privativas de liberdade, inútil, segundo seus defensores, como forma de repressão e de ressocialização do delinqüente. Esta política criminal diz que a

¹⁷⁰ GOMES, *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*.

¹⁷¹ *Id. ibid.*

¹⁷² *Crime e Castigo*, p. XII.

criminalidade deve ser considerada segundo a classe social de que provenha. Também chamada de Política criminal alternativa, ela recomenda a criminalização de condutas que impliquem afrontas aos direitos da maioria. Peca por focar apenas “nas maiorias”, pautando-se pelo critério quantitativo, quando, na verdade, a atuação penal deve ser dirigida a bens juridicamente considerados mais relevantes. Por exemplo, protege-se a ordem econômica, corretamente; todavia, homicidas ficariam impunes, pois afrontariam o interesse da minoria: talvez apenas uma pessoa seria atingida. Pensamento retrógrado, pois se sabe que a vítima seria também toda a sociedade, ao ter a sua segurança abalada.

A adoção desse movimento certamente conduziria à proliferação da violência privada pela ausência do direito penal. É uma utopia pensar que existe sociedade sem crime e a presença deste exige a sua regulamentação: talvez por isso a autorização constitucional do uso da pena privativa de liberdade. O direito penal é, pois, a garantia do cidadão diante do poder do Estado.

Poder-se-ia enquadrar, aqui, as tendências da Criminologia Crítica, da Radical e outras.

1.5. Reinserção social (defesa social)

Platão, citado por Duek Marques, já defendia a pena como função preventiva, assumindo, portanto, contornos de defesa social. As idéias acerca das finalidades da pena na obra de Platão podem ser observadas a partir da seguinte passagem dos Diálogos: *“a pena, quando merecida por quem a recebe, tem por objetivo torná-lo melhor ou servir de exemplo para outros, a fim de que estes, vendo-os sofrer o que sofrem, se atemorizem e se tornem melhores”*¹⁷³.

A ascensão do capitalismo aliada à revolução burguesa deu novos contornos à pena: era preciso uma maior intervenção do Estado nas relações sociais, ocasionada pelo êxodo rural, aumento da produção, industrialização. Surgia um Estado voltado para a defesa social, calcado na prevenção especial, que se fundamenta na ressocialização do condenado, especialmente depois da 2ª Guerra Mundial, que produziu atrocidades notadamente conhecidas.

O Direito Penal é, ao lado de outros mecanismos, um importante meio de controle social; portanto, absolutamente necessário. *“O controle social é uma*

¹⁷³ *Fundamentos da Pena*, pp. 21-22.

*condição fundamental e irrenunciável para a vida em sociedade*¹⁷⁴, conforme preleciona Hassemer.

A respeito da importância dos agentes penitenciários na ressocialização, Bitencourt, lembrando Hilde Kaufmann, afirma que:

*A atitude assumida pelo pessoal penitenciário está diretamente relacionado com o sistema social do recluso. Se essa atitude for de desprezo, de repressão e impessoalidade, o sistema social do recluso adquirirá maior vigor e poder, como resposta lógica a agressividade e renegação do meio. No entanto, se a atitude do pessoal penitenciário for humanitária e respeitosa à dignidade do recluso, é bem possível que o sistema social do recluso perca sua coesão e o efeito contraproducente, do ponto de vista ressocializador, que tem sobre o recluso*¹⁷⁵.

Ainda que as condições econômicas possam favorecer a segurança de determinadas pessoas ou classe da sociedade, urge uma interferência estatal efetiva no combate à criminalidade, para assegurar uma segurança social.

O abandono da interpretação do delinqüente como homem-médio, postulado emanado da Escola Clássica, é inevitável, já que cada homem tem sua personalidade, uns mais perigosa, outros menos. Surge, então, a necessidade de uma correta classificação (desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena) dos criminosos para uma adequada defesa social.

O exame criminológico serve para tal propósito com o claro intuito individualizador na execução penal. A Lei 10792/2003 retirou a sua obrigatoriedade, ferindo o princípio da individualização da pena, já que agora basta o atestado de boa conduta – emitido pelo diretor do presídio, autoridade incompetente do ponto de vista científico. Vê-se aqui a corrente liberalista preponderando, com a finalidade precípua de desafogar o sistema penitenciário. Ele é imprescindível para no mínimo ter-se uma perspectiva de ressocialização, visto que afere o grau da personalidade e da periculosidade do agente. Sem ele, não há como dizer qual o tratamento adequado para cada sentenciado.

E mais: a LEP, reflexo do projeto político-criminal da Nova Defesa Social, possibilitou, quando necessário, a realização de prova pericial (artigo 196, §2º) e uma Comissão Técnica de Classificação sendo composta por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (artigo 7º), principalmente os últimos sendo peritos específicos; portanto, o juiz dispõe do aparato essencial para dar a correta decisão quanto à possível reinserção do condenado e mesmo para dar a sua classificação.

¹⁷⁴ *Direito penal libertário*, p. 211.

¹⁷⁵ *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*, p. 157.

Há de lembrar que em sede de execução penal vige não mais *o in dubio pro reo* e sim *in dubio pro societate*, pois ali o réu encontra-se julgado e condenado: **não há mais uma presunção de inocência.**

A reparação dos danos não só financeira, mas psicológica também é uma forma consistente de ressocialização do criminoso; aliás, a Política Criminal tem-se dirigido nesse sentido. Jorge ratifica tal posicionamento:

*Em sendo esta proveniente da tomada de consciência do próprio delinqüente e não da imposição do Estado, quando face a face com a vítima percebe o resultado de seu ato, melhor ainda para a justiça criminal que alcança outro dos seus ideais, qual seja a recuperação do algoz para retornar ao meio social*¹⁷⁶.

Hassemer disserta que *“no estado atual que todos exigem a execução ressocializadora da pena, ninguém, entretanto, sabe realmente algo sobre seus efeitos e, em um tempo determinado, isso não deverá se alterar”*¹⁷⁷. Cervini complementa a idéia: *“O conhecimento insuficiente do fenômeno criminal, de suas causas e principalmente de métodos realistas de tratamento, constituem um obstáculo a mais para a vigência do ideal ressocializador”*¹⁷⁸. Ou seja: é necessário não somente formular metas, mas principalmente materializá-las.

O tratamento adequado a esses problemas é, sem dúvida, o acesso ao trabalho, preparando-os para a vida social. Hassemer concorda substancialmente com esta idéia, ao asseverar que *“a instituição da pena privativa de liberdade, ao contrário, trouxe para a teoria e a prática penal um novo problema: o tempo vago do condenado”*¹⁷⁹. O egresso deverá ser assistido quando de sua saída da prisão e o Estado deverá proporcionar empregos para tais casos. Isso deve significar que já no cumprimento da pena deve haver essa preparação.

Todavia, é impossível pensar em ressocialização sem atender aos ditames legais da repressão e da prevenção.

A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL

¹⁷⁶ *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*, p. xxxiv.

¹⁷⁷ *Direito penal libertário*, p. 101.

¹⁷⁸ *Os processos de descriminalização*, p. 52.

¹⁷⁹ *Id. ibid.*, p. 99.

1. Contrato social e suas concepções históricas

Para Tomas Hobbes, no seu “Leviatã”, a pessoa é definida pela sua função, pelo seu papel social. Caracteriza-se o Estado absoluto monárquico, personificado no Leviatã. Sua concepção funda-se no egoísmo fundamental e irreversível da natureza humana, em oposição à idéia de ser humano provinda do Iluminismo. Aqui, ele entende que os homens aceitaram o contrato social e renunciaram a todos os direitos. E, para Beccaria não; somente parte deles.

Hobbes concebeu o contrato social como a evolução da sociedade do estado da natureza para o estado político; este é que varia de acordo com a sociedade. O que hoje é considerada ação necessária e útil para a sociedade a ponto de tutelá-la amanhã talvez não seja. Hobbes (2000) já se preocupava com a segurança – direito erigido a fundamental. Foi por causa dela que os homens aceitaram o pacto social, restringindo suas liberdades. No entanto, eles necessitavam que um terceiro fizesse cumprir tal acordo; com isso, surge o Estado. Mas é preciso pensar que nesta época valiam-se da pena de morte e dos suplícios. Eis que surge o Estado liberal, cristalizado no Iluminismo, o qual tem seu representante em Beccaria. Ele defendeu a segurança, porém com valores humanitários, estabelecendo para as penas um nítido caráter preventivo.

Hobbes consagrou a observância obrigatória da lei para a punição dos delitos: *“os danos infligidos por um ato praticado antes de haver uma lei que o proibisse, não são penas, mas atos de hostilidade. Porque antes da lei não há transgressão da lei, e a pena supõe um ato julgado como transgressão de uma lei”*¹⁸⁰.

Rousseau, no contrato social, base de sua democracia radical, acreditava que o homem nascia bom e a sociedade o corrompia, o que justificaria o nascimento do contrato social, logo, do Estado.

Já Beccaria, em alusão ao contrato social, dispõe que: *“só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes; e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”*¹⁸¹. Ele enfatiza que:

os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada

¹⁸⁰ *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, p. 236.

¹⁸¹ *Dos delitos e das penas*, p. 30.

*para poderem gozar o restante com segurança e tranqüilidade*¹⁸².

Os homens viviam, antes de constituírem a sociedade, em liberdade absoluta, mas em constantes guerras uns com os outros; por isso, a necessidade de um pacto.

A teoria do contrato social fixa o Estado como salvaguarda dos direitos individuais do homem em oposição ao Estado absolutista, garantindo, principalmente, a liberdade. Tem-se, portanto, que o princípio da legalidade é imposto pela sociedade – coadunada com o contrato social – como limite ao poder estatal. Na verdade, por existir um pacto entre os cidadãos, a função da pena torna-se a própria sobrevivência da sociedade, pois o delito alcança todo o corpo social. A inspiração contratualista tentava banir o terrorismo punitivo daquela época (barbárie da pena como vingança), tornando as sanções proporcionais, ganhando contornos de utilidade. CARVALHO *et. al* enfatizam tal propósito:

*A construção do processo civilizatório via pacto social, desde a versão lockeana, que tem no estado de natureza um contraponto fundante (mitificado), pressupõe que os indivíduos, cansados de viver na incerteza do gozo dos bens (vida, liberdade e patrimônio, fundamentalmente), tenham criado um ente abstrato garantidor (Estado)*¹⁸³.

Sobre a importância do contrato social, Hassemer disserta que:

*nele renunciam aqueles que têm de viver socialmente uns com os outros e, reciprocamente renunciam a uma parte de sua liberdade natural e alcançam, com isso, uma garantia de liberdade para todos*¹⁸⁴.

1.1. A junção do Estado Liberal e do Estado Social

O Estado Democrático de Direito nada mais é que a união entre o Estado de Direito e o Estado Social.

O Estado liberal preocupa-se em defender a sociedade contra o arbítrio do Estado, garantindo, com isso, os direitos da 1ª geração, já que este se caracteriza por uma postura não-intervencionista. O efeito é a descriminalização, com a conseqüente redução do direito de punir do Estado. Luisi conclui que:

*a sua tônica é a afirmação dos direitos do homem e do cidadão e a limitação do papel do Estado à garantir a efetivação e eficácia dos mencionados direitos, principalmente no que a inviolabilidade da liberdade individual e da propriedade*¹⁸⁵.

Já o Estado social busca reduzir as desigualdades sociais; por isso, afeta os direitos da 2ª geração, impondo uma conduta estatal intervencionista (prestação

¹⁸² *Id. ibid.*, p. 27.

¹⁸³ *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 10.

¹⁸⁴ *Direito penal libertário*, p. 192.

¹⁸⁵ *Os princípios constitucionais penais*, p. 09.

positiva). O efeito é a criminalização de condutas que afetem bens socialmente relevantes. Paschoal reconhece a necessidade de interferência estatal:

*a idéia central do Estado social e democrático de direito é a de que de nada adianta garantir as liberdades individuais, se os titulares de referidas liberdades não dispuserem de condições materiais para gozá-las*¹⁸⁶.

Silva Franco arremata dizendo que é necessário “o Estado-guardião do cidadão e do Estado intervencionista das relações sociais, a que acresce a idéia da democracia”¹⁸⁷.

Luisi, complementando o raciocínio, afirma que:

*ao incorporar os princípios do Estado liberal e do Estado social, e ao conciliá-los, as Constituições modernas, renovam de um lado, as garantias individuais, mas introduzem uma série de normas destinadas a tornar concretas, ou seja, ‘reais’, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, a saúde, a assistência social, a atividade econômica, o meio ambiente, a educação, a cultura*¹⁸⁸.

Nesse rumo, a educação é um instrumento importante para a concretização da democracia. Onde não existe aquela esta se torna fraca, frágil, porque é a educação que vai socializar as pessoas dentro dos parâmetros da sociedade que elas vivem. O sociólogo Alberto Carlos Almeida (2007) constatou que a corrupção tem uma aceitabilidade maior nas pessoas de baixa escolaridade, o que evidencia a importância desse segmento. Investir em educação é diminuir o número de pessoas a punir, porque sua falta afasta os valores republicanos.

Ou seja: é possível a convivência harmônica entre as idéias do Estado liberal e social (PRADO, 1996). Isto serve para corrigir distorções causadas pelo individualismo em busca da concretização da igualdade, não a meramente formal, mas a substancial, e a justiça material. Tem-se aqui uma nova concepção do homem, entendido como pessoa “que não é apenas titular de direito, mas que por viver em sociedade tem deveres para seus consociados, e para a sociedade como um todo, titular de seus próprios direitos, de natureza transindividual e coletiva”¹⁸⁹. É necessário o respeito não apenas formal, mas material aos direitos sociais do homem, bem como aos seus direitos naturais. É também de fundamental importância o diálogo constante entre o condenado e a comunidade como forma de assegurar o cumprimento satisfatório da pena: retribuição e prevenção. Nesta, especialmente, a polícia tem um papel importantíssimo. A prevenção deve ser concebida como um conjunto de atividades que alterem o ambiente criminoso e

¹⁸⁶ Constituição, criminalização e direito penal mínimo, p. 116.

¹⁸⁷ Código penal e sua interpretação jurisprudencial, pp. 3-4.

¹⁸⁸ Os princípios constitucionais penais, p. 10.

¹⁸⁹ Id. *ibid.*, 23.

mudem as condições que favorecem a sua ocorrência. Há, portanto, que identificar as deficiências e propor as modificações que melhorem o sistema penal.

O monopólio do uso da violência pelo poder público é, assim, uma das grandes conquistas da humanidade no processo de racionalização do direito; isto caracteriza o direito penal como pertencente ao direito público.

De acordo com GOMES et al.:

Esse poder encontra sua legitimação formal na vinculação com a ordem constitucional e sua justificação material em sua ordenação para tutelar bens e valores ou restabelecer a vigência das normas de reconhecida significação comunitária¹⁹⁰.

Assim, é legítima a instituição de penas, bem como a privativa de liberdade, por estar expressamente autorizada na Constituição e por ser, ainda, a única existente para fazer cumprir os mandamentos da ordem jurídica. Fontes Júnior enuncia que *“em tempo algum a liberdade foi concebida dissociada da idéia de responsabilidade,...”*¹⁹¹. Portanto, uma vez praticado o crime, autoriza-se a aplicação da pena, por ter o indivíduo quebrado sua responsabilidade pondo em risco os outros membros da sociedade, afrontando, pois, a liberdade e a segurança. É a ordem que regula a liberdade, e quando aquela é quebrada, ameaça-se esta última.

O direito penal corresponde ao modelo de Estado: assim, hoje, ele se movimenta na direção de uma sociedade igualitária, possibilitando, assim, um sistema social mais coerente e racional. Estado e pena são institutos intimamente ligados. Aliás, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais representa fortemente a necessidade de criminalizar condutas consideradas atentatórias à sociedade, já que os direitos fundamentais influem na relação privatística¹⁹². O Estado tem o dever de respeitar as liberdades individuais, mas também de garantir que outros indivíduos não as ofendam. Não só o poder público, mas os particulares podem estar, em determinadas ocasiões, em situação de privilégio. O contrato social talvez tenha sido a primeira forma de assegurar a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou, pelo menos, sua tentativa. Dotti enuncia que:

O problema da criminalidade, como já tem sido dito com bastante erudição e humanismo, não é um fenômeno circunscrito ao Direito Penal e às ciências que trabalham com os assuntos da conduta. A redução de seus fatores supõe uma sociedade organizada sobre bases justas e igualitárias, com possibilidade real de ajudar todos os homens que a integram, visando

¹⁹⁰ *As grandes transformações do direito penal tradicional*, p. 56.

¹⁹¹ *Liberdades Fundamentais e Segurança Pública – Do Direito à Imagem ao Direito à Intimidade: A garantia Constitucional do Efetivo Estado de Inocência*, p. 153.

¹⁹² Este é o posicionamento de Ferreira da Cunha (*A Constituição do crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 125) e de Vieira Andrade (*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, p. 190).

*o pleno desenvolvimento nos diversos setores, tornando-os solidários entre si e dispostos a dar à comunidade e aos demais o melhor de sua capacidade*¹⁹³.

E não é essa a proposta da Constituição? A de construir uma sociedade livre, justa e solidária?¹⁹⁴. Portanto, não só o Estado – entendido como governo -, mas toda a comunidade é responsável pela violência.

2. Valores relacionados à problemática questão penal

2.1. Propriedade

À primeira vista, a propriedade parece pertencer exclusivamente ao direito civil, por se referir a um proprietário; todavia, o direito penal também a tutela, já que ele *“protege bens jurídicos que conceitualmente representam algo mais que o objeto pertencente ao indivíduo”*¹⁹⁵, conforme asseveram GOMES *et al.* O direito de propriedade é o guardião de todos os outros; seu desrespeito inviabiliza a liberdade. Tal direito, pois, realiza o princípio da dignidade humana. No entanto, a propriedade é vista aqui com desprezo, como elemento de classes mais favorecidas. De fato, é impossível conceber uma sociedade livre sem o respeito à propriedade. Ou seja: qualquer afronta a ela reflete na liberdade. A propriedade une-se, até mesmo, à capacidade de trabalho dos indivíduos, que é seu maior patrimônio.

Na verdade, é indispensável encontrar os limites da vigilância, para assegurar a segurança em face da liberdade. Nenhum direito fundamental é absoluto. A segurança, a propriedade e a liberdade são valores consagrados constitucionalmente como fundamentais. Não existe liberdade total, sempre haverá restrições. E um direito está intrinsecamente ligado aos outros.

É de notar que os crimes contra o patrimônio jamais foram objeto de supressão legislativa, tamanha sua importância.

2.2. Dignidade da pessoa humana

A dignidade possui dupla função: defensiva e prestacional. Portanto, refere-se tanto aos direitos de defesa, quanto às prestações fáticas ou jurídicas que correspondem às exigências e constituem concretizações da dignidade da pessoa humana; assim, são estipuladas, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração, e, também, deveres em face da sua promoção e proteção.

¹⁹³ *Bases alternativas para o sistema de penas*, pp. 328 e 329.

¹⁹⁴ O artigo 3º da Constituição enumera expressamente quais são seus objetivos.

¹⁹⁵ *As grandes transformações do direito penal tradicional*, p. 56.

Relativamente ao direito penal, a dignidade da pessoa humana dirige-se à proibição de penas cruéis, desumanas, e não ampliar interpretativamente garantias do acusado. É preciso pensar que penas cruéis na Constituição referem-se às utilizadas em regimes de arbítrio. Não há como vislumbrar que as penas privativas de liberdade são penas cruéis.

Isto é inerente as sociedades civilizadas - diga-se, com mais clareza, organizadas; daí o monopólio da violência ter sido entregue ao Estado, para operacionalização da função dupla da dignidade da pessoa humana. Sobre esse tema, Hassemer diz que:

*o monopólio repressivo estatal não é uma condição suficiente, mas certamente uma condição necessária de uma ordem justa da sociedade; a coerção estatal sozinha não cria direito algum, mas sem ela não podem existir a ordem jurídica e a proteção por meio do direito*¹⁹⁶.

Afastam-se os atos degradantes/desumanos, ao tempo em que viabiliza uma mínima existência digna. A condenação do acusado, se, de fato, for culpado, encontra respaldo nessas duas finalidades. Ela é um princípio fundamental, não se restringindo aos direitos fundamentais, mas sendo base de todo o ordenamento jurídico. É nela que se coaduna as normas constitucionais e infra-constitucionais. A dignidade como qualidade inerente a todas as pessoas, sujeitos de direito, torna-as merecedoras de **igual** respeito nesse tocante.

Os direitos fundamentais de carácter processual – o do devido processo legal juntamente com o da proteção judicial efetiva – distinguem o Estado de Direito do Estado Policial. É uma das conquistas mais importantes da democracia, realizando, quando bem aplicados, o princípio da dignidade da pessoa humana. A prisão, em determinados casos, é indispensável; se não é decretada, não se tem uma proteção judicial efetiva. Claro que isso ocorre à luz do princípio da proporcionalidade, que dá os mecanismos para evitar os excessos, continuando a prisão como medida excepcional.

Hitler, no III Reich, Luís XIV, Platão - que considerava normal a escravidão -, ou mesmo Calvino, com suas ideologias, devem ao tempo atual ser considerados transgressores da moral, tendo cometido diversos delitos. Os alemães, no entanto, “ao menos tinham um pretexto histórico para o pretexto moral”¹⁹⁷, conforme observam DIP; CORRÊA. E nós, temos o que? Quem sabe se o Poder Público, no futuro, não será responsabilizado pelo caos instaurado por ter desrespeitado

¹⁹⁶ *Direito penal libertário*, p. 157.

¹⁹⁷ *Crime e Castigo*, p. 23.

continuamente à dignidade da pessoa humana ante a inadequação das prisões. No dizer de Moreira Filho: *“a superpopulação carcerária aliada à falta de uma política criminal séria e competente têm postergado, há décadas, o problema prisional, tornando a recuperação simplesmente um mito”*¹⁹⁸.

Levado às últimas conseqüências, o princípio da dignidade da pessoa humana pode engessar a aplicação da pena privativa de liberdade, diante das condições atuais das prisões. É necessária uma ponderação de valores: direitos do acusado, vítima e sociedade. Enquanto o acusado acarretar risco à ordem pública, impõe-se seu segregamento em prol de um bem maior: a segurança coletiva.

2.3. Liberdade

A intervenção estatal na seara punitiva é legitimada pela Constituição, que, por várias vezes, menciona, implicitamente, a necessidade do poder punitivo do Estado. ZAFFARONI; PIERANGELI dizem que:

*o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional*¹⁹⁹.

A liberdade é um bem que pertence a todos; assim, sua perda é um preço pago por todos.

Portanto, o Estado vale-se do direito penal para efetivar o controle social, protegendo os direitos fundamentais; inexistindo tal interferência, proclama-se a arbitrariedade. A sociedade organizada compõe-se, desde sempre, de regras, escritas ou não, mas válidas, que autenticam essa espécie de comunidade. SCHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR enunciam que:

*Nesse sentido, portanto, a Constituição Federal pode ser considerada não apenas na validade das normas penais, mas também como limitação ao poder punitivo do Estado, visto que este deve obedecer aos ditames constitucionais ao realizar a persecução penal*²⁰⁰.

Da análise histórica das Constituições reponta que elas primavam, a primeira - a do Império -, em seu artigo 179, pela liberdade, segurança individual e propriedade até a de 1988, obviamente, com conteúdos diversos, já que o Direito é um objeto cultural, a sofrer mutações, possuindo, significados em constantes modificações ao longo da história, comportando, assim, as variações do poder político. Desde a primeira já se proclamava, ainda que tímida e implicitamente, a

¹⁹⁸ *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*, p. 17.

¹⁹⁹ *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 135.

²⁰⁰ *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, p. 55.

dignidade da pessoa humana, sendo que, após a 2^o Guerra Mundial, com a Alemanha pós-nazista, tomou corpo esse fundamento, base do Estado Democrático de Direito.

Afinal, *“na relação de direito penal, autor e vítima não estão sozinhos, mas nós todos somos também atingidos”*²⁰¹, conforme diz Hassemer. Daí a interferência do Estado nas relações privadas, objetivando assegurar o gozo dos direitos fundamentais para todos, sempre limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, não há como o Estado desempenhar sua função assecuratória sem restringir algumas liberdades individuais. Há de lembrar a concepção negativa da liberdade: o direito de não ser incomodado, de não ser atacado. As delimitações surgem quando os interesses da coletividade se sobrepõem ao dos indivíduos, orientadas pelo critério da razoabilidade ou da proporcionalidade.

2.4. Segurança

O artigo 144 da Constituição preceitua que *“a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio,...”*. Portanto, é inquestionável a obrigação do Estado de prevenir e reprimir a conduta criminosa, garantindo aos cidadãos à segurança²⁰², como forma de garantir a manutenção ou restabelecimento da convivência social. Foi por causa dela que os homens aceitaram fazer um pacto, constituindo a base do Estado. No entanto, a questão da segurança pública não pode deixar de ser sistêmica: há de haver um sistema nacional de segurança pública, incluindo, aí, o Judiciário, o Ministério Público, os Estados e suas secretarias de justiça e a própria sociedade civil e mais o Poder Público²⁰³. MAGALHÃES *et al.*, asseveram que:

*A questão da impunidade também é responsabilidade da sociedade. A sociedade tolera demasiadamente a desordem, incentiva comportamentos desviantes e soluções agressivas aos corriqueiros conflitos humanos, além de consumir produtos de entretenimento que exploram a degradação do caráter humano*²⁰⁴.

Agindo dessa maneira ela incentiva a violência; logo, o crime.

Canotilho diz que *“o bem «segurança pública» legitima certas restrições ao*

²⁰¹ *Direito penal libertário*, p. 89.

²⁰² Vê-se que a necessidade de segurança tem sido inserida em diversos textos internacionais: Artigo 12 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; Seção 3 da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776; Artigo III e XXIX, nº 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Artigo 2º, nº 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, entre outros.

²⁰³ *Pobreza, cidadania e segurança*, p. 166.

²⁰⁴ *Id. ibid.*, p. 192.

*direito à liberdade e à segurança pessoal, designadamente através da instituição de medidas privativas de liberdade*²⁰⁵. Nenhum direito é ilimitado: possui limites naturalmente impostos em razão dos direitos das demais pessoas. Fontes Júnior exemplifica tal assertiva, afirmando que *“por necessidade de justiça e de polícia entende-se a divulgação da imagem de criminosos procurados pela justiça,...”*²⁰⁶.

Aliás, a omissão do Poder Público quanto ao direito à educação, saúde, trabalho, só aumenta a criminalidade.

Quando o Estado falha na prestação da segurança pública, impõe-se sua responsabilidade na reparação dos eventuais danos sofridos pelas vítimas. Jorge corrobora este entendimento: *“...é o Estado responsável pelas conseqüências sociais produzidas pelo crime, conseqüentemente, responsável pela indenização às vítimas,...”*²⁰⁷. O artigo 245 da Constituição prevê a indenização, contudo, esta norma tem eficácia limitada, pois dependem de lei para regulamentá-la. O artigo 927 do Código Civil prevê a responsabilidade civil para reparar o dano causado a outrem.

Além disso, por o direito penal pertencer ao direito público, por si só, já induz sua principal característica: uma ciência voltada para a coletividade. Afinal, *“não existe sociedade sem crime. É por esse motivo que a sociedade se organiza, para preservar-se contra o delito e atenuar-lhe os efeitos”*²⁰⁸, de acordo com Reale.

YACOBUCCI; GOMES admitem a importância do direito penal:

*ele é assim porque o que se reclama do indivíduo é que respeite os bens fundamentais das outras pessoas, quer dizer, aquilo que é óbvio e fundamental dentro da pacífica convivência entre os homens – vida, integridade física, honra, sexualidade, propriedade, família*²⁰⁹.

Não se esquecendo que o poder obtido pelo Estado proveio de um pacto livremente ajustado, sem qualquer imposição. A pena, nesse contexto, é a reafirmação do ordenamento como um todo (orientador as relações sociais) que foi desacreditado pelo infrator. É a restauração da ordem violada. Jorge reforça o argumento, ao afirmar que:

*arriscar bens jurídicos como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio, deixa de ser um escolha a partir do momento em que você corre risco, ou você vive enjaulado, o que não é modo de viver*²¹⁰.

²⁰⁵ *Direito Constitucional*, p. 659.

²⁰⁶ *Liberdades Fundamentais e Segurança Pública – Do Direito à Imagem ao Direito à Intimidade: A garantia Constitucional do Efetivo Estado de Inocência*, p. 82.

²⁰⁷ *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*, p. 122. Vê-se, inclusive, que a Declaração da ONU dos Direitos das Vítimas de Delitos de 1985 prevê tal indenização.

²⁰⁸ *Lições Preliminares de Direito*, p. 343.

²⁰⁹ *As grandes transformações do direito penal tradicional*, p. 36.

²¹⁰ *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*, p. 35.

Assim, não é possível a abolição do direito penal, já que assegura a ordem social e política, que transcende os interesses individuais²¹¹. É necessário encontrar novas fórmulas para enfrentar os conflitos atuais.

“O Brasil vive hoje sob o império do politicamente correto, que se traduz em chavões pescados do pensamento esquerdista do século XX. O primeiro desses chavões afirma que não existe problema penal, tudo é uma questão social”, segundo o cientista político Rosenfield²¹². O problema da criminalidade, então, dirigiria-se exclusivamente aos pobres, que não tem quaisquer privilégios²¹³: concepção fruto do pensamento esquerdista fundamentada nos alienados ideais marxistas. O crime seria produto das condições socioeconômicas, o que deslegitimaria a pretensão punitiva. Como explicar, então, os criminosos ricos que cometem os crimes de sonegação fiscal, evasão de divisas, contra o sistema financeiro nacional, lavagem de dinheiro? E com os pobres que não delinqüem? O que fazer com os consumidores de drogas – maioria da classe média, ou seja, que tiveram oportunidade na vida e estão inseridos em um contexto social privilegiado – que mantêm o tráfico, não fazem-no crescer vertiginosamente e, com ele, o crime organizado? O crime é uma opção individual, não é produto inexorável da pobreza. O sociólogo Demétrio Magnoli afirma que *“...é preciso cobrar responsabilidade individual pelas opções de cada um – o criminoso não deve ser tratado como representante de uma classe sem escolhas”*²¹⁴. O homem é um ser dotado de vontades, estando, por isso, apto a fazer escolhas, sabendo distinguir o bem do mal: é o livre arbítrio²¹⁵. Existem fatores que, irremediavelmente, em algum momento, florescem nos cidadãos, impedindo-os de cometerem crimes ou se arrependendo: um deles é a consciência individual²¹⁶. Vê-se claramente que esta é formada por valores morais e éticos que estão se diluindo nessa nova sociedade, fruto de um pensamento capitalista e egoísta, logo, individualista. Por isso, é preciso resgatar tais valores. Assim, os fatores sociais não podem eximir os criminosos da decisão de

²¹¹ O Código penal espanhol de 1995, chamado de código penal da democracia, é o mais extenso na catalogação de tipos penais, adequando-se às novas exigências do século XXI.

²¹² Reportagem da VEJA, edição 2041 – ano 40 – nº 52, de 29 de dezembro de 2007.

²¹³ *“É inegável que a melhoria nas condições de vida pode causar certa redução na criminalidade, mas nunca até o ponto de fazer desaparecer os que delinqüem por natureza ou por almejam o enriquecimento fácil e imediato, sem os sacrifícios próprios do trabalho”* (REALE, Miguel. *Como coibir a violência*).

²¹⁴ Revista Veja, edição 2041, ano 40, nº 52, de 29 de dezembro de 2007.

²¹⁵ A negação do livre arbítrio conduz-se que nenhum homem é dotado de consciência e/ou vontade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem – documento de caráter humanista – declara que todos os homens são dotados de razão e consciência.

²¹⁶ Esta foi bem retratada no livro “Crime e Castigo” de Fiodor Dostoievski.

cometer crimes. De acordo com Azevedo:

*O endurecimento da legislação penal serve, sem dúvida, à diminuição da impunidade, para o que devem concorrer também as leis mais objetivas, com aplicação severa. Mas ninguém inventou ainda um instrumento útil que possa substituir a consciência individual*²¹⁷.

É necessária a adoção de uma política de segurança pública eficiente. Claro que o social influi na criminalidade, mas não é uma causa exclusiva; aliás, sequer pode ser considerada causa. Ela interfere, porém não determina tal acontecimento. Colocar a culpa na questão social é a forma mais fácil encontrada para ignorar o que realmente falta: segurança pública – uma obrigação do Poder Público.

Evocar como argumento a classe social do criminoso é criar uma nova causa de exclusão, absolutamente vedada, por isso mesmo é necessária a individualização da pena, em conformidade com as características singulares de cada criminoso. O crime não é elemento exclusivo de determinada classe social. Claro que a pobreza e má distribuição da renda concorrem para o aumento da criminalidade, mas como explicar crimes em cidades como Brasília, onde a população possui uma das melhores condições de vida e os policiais são bem mais remunerados que nos outros estados? Na verdade, há uma série de fatores que culminaram na impunidade. Há de aperfeiçoar o sistema da justiça criminal. Reduzir a impunidade é investir na prevenção.

O sociólogo Almeida (2007) constatou uma solidariedade da população de baixa renda para com a corrupção. A idéia que se exprime hoje é que os delinqüentes são vítimas da sociedade. Morelle diz que o argumento é *“incongruente, pois se a sociedade é a culpada pelo crime, soa como rematado nonsense investir no reajuste deste indivíduo para, após, devolve-lo ou reintegra-lo precisamente nesta sociedade. O resultado, óbvio, será: reincidência”*²¹⁸.

Diante disto, esvazia-se o conteúdo retributivo e preventivo geral, restando, tão-somente, o preventivo especial. O Movimento Antiterror, ou qualquer nome que se dê a ele, se distancia da vontade do povo. Já dizia a Constituição: *“todo o poder emana do povo,...”*²¹⁹. Qualquer valor desconforme a ele ataca a soberania popular.

3. Movimentos

Existem dois grandes movimentos: o do direito penal mínimo e do direito penal máximo. Eles *“...coabitam os ordenamentos jurídicos contemporâneos,*

²¹⁷ Revista Veja, edição 2001, ano 40, nº 12, de 28 e março de 2007.

²¹⁸ *Povo clama acertadamente por penas mais rigorosas.*

²¹⁹ Artigo 1º, parágrafo único.

*caracterizando e diferenciando textos legais e estruturas normativas*²²⁰, segundo afirmam CARVALHO *et al.*

Dentro de cada movimento desses existem correntes. O abolicionismo busca extinguir o poder penal; o garantismo, reduzi-lo e a política criminal alternativa, abolir a pena privativa de liberdade. A “Lei e a Ordem” posiciona-se em sentido oposto: tem a finalidade de recrudescer o direito penal e de severidade nas penas. Ousou-se por bem inseri-lo no capítulo 2, referente à criminologia, na parte de política criminal. Na verdade, as correntes liberais propõem basicamente a redução do alcance do poder punitivo, umas mais rígidas, outras menos; daí a inclusão delas no direito penal mínimo.

3.1. Garantismo

O garantismo, embora tenha mais notoriedade no direito penal -, talvez por tal palavra ser repetida várias vezes nesta seara -, é observado em todos os ramos da ciência jurídica. O garantismo quer se posicionar como uma espécie de “princípio de equilíbrio” que assegura direitos e garantias, especialmente as insertas no artigo 5º da Constituição, ou as que decorrem do próprio ordenamento jurídico, mas todas que, direta ou indiretamente, garantem a proteção efetiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Paschoal disserta nesse sentido:

*Percebe-se que considerar a Constituição como limite negativo do Direito Penal não o diferencia em nada dos demais ramos do Direito; pois também em sede de Direito Civil, Comercial, Tributário etc. o legislador não pode elaborar leis que contrariem o texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade*²²¹.

Assim, o garantismo civil protege a lealdade processual, a função social do contrato e da propriedade – valores consagrados constitucionalmente -, boa-fé objetiva; o administrativo, a moralidade, equilíbrio das partes. Ainda que não previstas na Constituição, decorrem do Estado Democrático de Direito, sendo próprias desse sistema. Talvez dá-se mais enfoque ao garantismo penal por este ramo lidar com a liberdade e segurança, direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

Na verdade, o garantismo à moda brasileira criou uma causa supra-legal de punibilidade (ou ilicitude) ao focar, basicamente, no sistema prisional deficitário que viola direitos estabelecidos na Constituição.

Garantismo: doutrina, de inspiração juspositivista, criada por Ferrajoli, em

²²⁰ *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 25.

²²¹ *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, pp. 56 e 57.

sua obra “Direito e Razão”. O autor designou três perspectivas diferentes do conceito de garantismo: a primeira, seria um “*modelo normativo de direito*”²²², ou seja, o direito penal tem que corresponder ao da estrita legalidade do próprio do Estado de Direito; a segunda, ele designaria “*uma teoria jurídica de validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela existência ou vigor das normas*”²²³; e a última significaria “*uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constitui a finalidade*”²²⁴. De acordo com Ferrajoli:

*Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e da opiniões, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade*²²⁵.

A validade comportaria elementos de conteúdo que fundamentariam a norma. Tais elementos seriam os direitos fundamentais. Mas como determinar um conteúdo aos direitos fundamentais? O garantismo tenta inserir os mais diversos conteúdos a eles, mas não os precisa. Diante disto, pode-se caracterizá-los, de acordo com a ideologia adotada – totalitarista ou democrática.

Outro aspecto dessa doutrina é a respeito das contravenções penais. As condutas menos importantes – assim consideradas pela sociedade – já são reservadas às contravenções penais. Algumas delas foram reduzidas a crime de menor potencial ofensivo, aplicando-se a Lei 9099/95. O garantismo é tão radical que tenta eliminar tais infrações, propondo outros meios para coibi-las, deixando a cargo de outros ramos do direito esta tarefa. Todavia, é de observar que a maioria dos delitos são cometidos por pessoas de classe baixa e, se acaso fossem válidas as maneiras propostas por ele, estar-se-ia dizendo aos criminosos de plantão que o crime compensa, pois eles teriam a probabilidade de não ser pegos, e se o fossem, restaria somente a devolução do bem .

O sistema de penas é eficaz: prova disso é a utilização das penas alternativas. Porém, o que não funciona são as suas execuções. Há de se ter um equilíbrio entre a adoção dessa penas com a privativa de liberdade que é, e sempre será, necessária.

²²² *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal, p. 683 e 684.

²²³ *Id. ibid.*, p. 684.

²²⁴ *Id. ibid.*, p. 685.

²²⁵ *Id. ibid.*, p. 312.

O modelo penal brasileiro, desde a reforma de 1984, adotou um sistema misto. Aqui, a pena não possui caráter exclusivamente retributivo, mas preventivo também, coadunando-se com o Estado Democrático de Direito. E a LEP fortaleceu esse paradigma, dando enfoque à função ressocializadora, representando o Estado Social.

As penas alternativas funcionam em alguns casos, mas é necessário salientar que elas não apresentam conteúdo intimidativo.

A teoria garantista busca redefinir e relegitimar o direito penal, propondo para isso 10 princípios orientadores da limitação do poder: da retributividade; da legalidade; da economia do direito penal; da ofensividade ao evento; da exterioridade da ação; da responsabilidade pessoal; da jurisdiccionariedade; da separação entre juiz e acusação; do ônus da prova e do contraditório ou da defesa (FERRAJOLI, 2002).

Para ela a pena figura como proteção subsidiária de bens jurídicos e como prevenção especial positiva (ressocialização). Ela nega o caráter reprovativo e preventivo geral, por achar que são antagônicos. Não há ressocialização sem reprovação: se o criminoso não se intimida não há o que corrigir.

O garantismo seria a forma de juntar a normatividade e a efetividade; o texto da norma e sua aplicação ao mundo empírico que por vezes, diz ele, divergem.

Os defensores desse movimento dizem que ele é uma técnica de limitação do poder estatal, sendo um traço substancial da democracia, negando a irracionalidade e a arbitrariedade; pelo menos, eles assim o interpretam. O garantismo repugna o excesso das penas privativas de liberdade. Mas o que seria este excesso? Encarcerar criminosos de delitos graves seria mesmo um excesso? Porque para os crimes de pequeno potencial ofensivo existem alternativas: juizado especial, penas restritivas de direito.

A princípio, como crítica, pode-se dizer que existem mecanismos de controle contra os abusos do Poder Público: um exemplo é os direitos fundamentais. Todavia, é preciso lê-los não como regra de favorecimento exclusivo dos acusados, como tal teoria propõe. Aliás, sendo tal teoria italiana, é preciso repensar se ela se adequa ao ordenamento jurídico pátrio, porque ainda que todos países se proponham ao garantismo, não são todos que conseguirão introduzi-lo em sua legislação, possuindo diferenças cruciais de costumes e procedimentos que culminam por proibir a sua aplicação. Sobre o tema, com propriedade, Palazzo disserta que “...a influência dos valores constitucionais sobre o direito penal sofre, fatal e assaz

evidentemente, o condicionamento dos lineamentos fundamentais da cultura própria de cada ordenamento”²²⁶. Até porque critérios de justiça não são idênticos; sofrem, pois, mutações.

CARVALHO *et al.* explicam que “de plano percebe-se que a laicização do direito implica em balizar uma política criminal de intervenção mínima,...”²²⁷.

O garantismo de Ferrajoli renega qualquer consideração de intenções ou vontades, como por exemplo a personalidade do agente; assim, respeitar-se-ia o “ser” de cada pessoa, no campo do direito penal, o criminoso, pois, “... se o cidadão tem o dever de cumprir a lei, ao mesmo tempo tem o direito de ser interiormente perverso e continuar sendo sem a ingerência dos aparatos de controle social”²²⁸, conforme dizem CARVALHO *et al.* Todavia, alguns comportamentos internos são avaliados quando da análise das circunstâncias do crime (personalidade do agente, conduta social, comportamento da vítima); daí, se o agente afronta a lei, nasce o direito de puni-lo. Na execução penal também se verifica a personalidade para a concessão de algum benefício para o réu.

As circunstâncias definidas no Código Penal vieram com o intuito de reduzir o arbítrio provocado pelos diplomas anteriores; todavia, é fundamental que se tenha certa discricionariedade na aplicação da pena - caso contrário, estar-se-ia engessando-a, e, com isso, ferindo o princípio da individualização da pena. Se assim não o fosse, seria necessário elaborar um código especial para cada cidadão.

E mais: o artigo 381, II do Código de Processo Penal, secundado pelo artigo 93, X da Constituição, determinou a imprescindibilidade da fundamentação da sentença, tornando-se, desde 1988, uma garantia constitucional.

Para o garantismo, o fundamento da culpabilidade reside no fato e não no autor, portanto, elemento deôntico, o que não corresponde evidentemente ao ser do acusado, mas sim ao seu comportamento externo.

Ele também atribui uma co-culpabilidade à sociedade, por não ter proporcionado que a pessoa desenvolva-se dignamente, o que, então, atenuaria a pena dos infratores pela sua miserabilidade (CARVALHO, *et al.*, 2004). Tal tese não se sustenta: os garantistas refutam a idéia do direito penal do autor, quando, na verdade, buscam-na para sustentar a atenuante pela situação econômica do imputado, admitindo, pois, que o “ser” dele estaria modificado pelas suas condições

²²⁶ *Valores constitucionais e direito penal*, p. 117.

²²⁷ *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 09.

²²⁸ *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 13.

sociais. É de observar que esta circunstância já se encontra na legislação atual: artigos 14, I da Lei 9605/98 e 187, §1º do Código de Processo Penal.

O garantismo defende a minimização do poder punitivo estatal com o intuito de descriminalizar condutas. Ele densifica o conteúdo do estado de inocência, elevando-o ao grau máximo: propõe igualar o estado de inocência, que é uma garantia, ao fundamento de todos os Estados Democráticos de Direito (dignidade da pessoa humana). Não se pode atribuir valor diverso daquele que a Constituição apregoa; pelo menos, a Constituição brasileira difere liberdade da dignidade da pessoa humana, ainda que elas estejam ligadas intrinsecamente, como também é com a segurança. Fontes Júnior reconhece que é necessária a limitação das liberdades individuais, sem a qual seria impossível a convivência social:

Com efeito, a segurança constitui-se em um fator indispensável para o desenvolvimento da personalidade, encontrando-se indissociavelmente ligada à formação do Estado desde as suas primeiras formulações na antiguidade, passando pelas doutrinas contratualistas até as democracias atuais que visam a proporcionar a satisfação dos direitos fundamentais. Ocorre que a necessidade de um ordem pública que assegure a todos o gozo dos direitos fundamentais implica necessariamente na limitação das liberdades individuais, desta forma revelando o permanente conflito que existe entre esses valores indispensáveis à existência humana²²⁹.

A intervenção em qualquer direito fundamental deverá ser justificada; e o é na ponderação específica com outro princípio constitucional: no caso, a segurança, que também é a base do sistema democrático do Estado de Direito. CARVALHO, *et al.* assevera que:

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada²³⁰.

Todavia, tal teoria é falha: ela defende exclusivamente os interesses do imputado, quando, na verdade, tem-se toda uma sociedade que, no caso, é a parte mais fraca em face da violência do crime para se proteger. É claro que não se propõe legitimar os abusos do poder punitivo - estes também precisam ser freados.

O garantismo volta-se contra o subjetivismo inerente a todo julgamento; entretanto, ele abstrai que uma redução é possível, mas sua eliminação não, pois se trata de sujeitos e não de objetos na relação processual. Diante disto, obviamente, sempre haverá certa carga de subjetivismo.

Intenta-se afastar a responsabilidade das pessoas jurídicas seguindo o princípio da imputação pessoal; seria outra pauta descriminalizadora. A própria

²²⁹ *Liberdades Fundamentais e Segurança Pública – Do Direito à Imagem ao Direito à Intimidade: A garantia Constitucional do Efetivo Estado de Inocência*, p. XV.

²³⁰ *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 21.

Constituição, em seus artigos 173, §5º e 225, §3º, prevê expressamente tal possibilidade. Assim, o texto constitucional selecionou estas situações para a tutela penal.

Ele também pretende garantir um processo penal justo, buscando a “igualdade de armas”, afirmando que o processo penal favorece a acusação em detrimento da defesa. Censurável, tal assertiva. A Constituição, fundamentada no Estado Democrático de Direito, assegurou diversas garantias ao acusado, consubstanciada no artigo 5º, III, XXXV, XXXIX, XL, XLVII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, dentre estes, a principal: a presunção de inocência. Isto não quer dizer, todavia, que ele não possa ser legalmente preso. Batista afirma que:

Não se pode presumir alguém inocente exatamente quando está respondendo a processo, porque há prova de que foi cometido um crime e indícios de que ele é seu autor, ou – o que é ainda mais significativo – quando, por força daquela prova e em razão de indícios mais sérios, o réu é posto em custódia preventiva²³¹.

Nessa hipótese, a presunção não é mais pela inocência, mas pela culpa, pois já há indícios de uma responsabilidade criminal. Caso o acusado seja considerado culpado e mais tarde inocente, o Estado tem meios de reparar a injustiça, mediante ação indenizatória. Não se está a advogar extinção da presunção de inocência – que é uma decorrência natural do Estado Democrático de Direito -, porém, levado esse instituto à última, poder-se-ia conduzir ao absurdo de que o réu pode ser considerado presumidamente inocente por um longo período, já que é patente a morosidade da justiça, cometendo, não raras vezes, novos crimes.

É injustificável a primazia do interesse individual sobre o coletivo; estender ou criar outras garantias é um estímulo à criminalidade.

O garantismo a cada dia formula uma nova garantia ao acusado, ampliando o que realmente a Constituição assegura. Nunes, a respeito do tema, preleciona que:

Com efeito, a interpretação está ligada diretamente à noção de sistema jurídico. Na verdade, é da noção de sistema que depende grandemente o sucesso do ato interpretativo. A maneira pela qual o sistema jurídico é encarado, suas qualidades, suas características, são fundamentais para elaboração do trabalho de interpretação. O sistema não é um dado real, concreto, encontrado na realidade empírica. É uma construção científica

²³¹ *Recurso do réu em liberdade*: uma releitura dos artigos 594 do CPP e 35 da Lei 6368/76, p. 64. No mesmo sentido Mirabete (*Processo penal*, p. 45): “Pode-se até dizer, como faz Carlos J. Rubianes, que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a destrói, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva. Não se impede, assim, que, de maneira mais ou menos intensa, seja reforçada a presunção de culpabilidade com elementos probatórios colhidos nos autos de modo a justificar medidas coercitivas contra o acusado”.

*que tem como função explicar a realidade a que ela se refere*²³².

Os direitos fundamentais enumerados no artigo 5º sofrem constante dilatação de seus conceitos, fruto da interpretação mais benigna que se pode dar aos acusados. Todavia, até a interpretação – que é um processo aberto – possui limites²³³. Determinadas leituras acerca do mesmo objeto são claramente incompatíveis com o texto constitucional²³⁴. Por exemplo: se a Constituição autoriza a prisão como interpretar pela sua abolição? Ou seja, ela, *segundo diz Mártires Coelho*, é uma “*forma de expressão da consciência jurídica geral, que outra coisa não é senão aquilo que, em dado momento histórico, a sociedade considerou correta e justa*”²³⁵. Ávila aduz que:

*...o verdadeiro garantismo não se exaure na proteção ilimitada do indivíduo, mas também deve compatibilizar a necessidade de proteção da coletividade, sob pena de gerar um garantismo autista. Tal compatibilização das duas vertentes de proteção que o processo deve albergar deve gerar um garantismo integral, que maximize a proteção do indivíduo diretamente afetado pelo processo contra uma irracionalidade punitiva, mas também maximize a realização prática de direitos da coletividade mediante a proteção penal*²³⁶.

Hoje pensar de modo diverso, diz-se está “politicamente incorreto”. Pugna-se pelo “*restabelecimento da metódica dialética, da racionalidade no discurso prático-jurídico penal, em vez de enfileirar-se ao Direito Penal pelo método Assimil*”²³⁷, conforme asseveram DIP; CORRÊA. Quer dizer: todos aderem à proposta garantista – dogmática predominante no Brasil – sem se preocupar com a realidade das coisas: “*toda ciência que se limita aos textos de um livro e despreza as realidade é ferida de esterilidade*”²³⁸, segundo afirma Maximiliano. A culpada, para o garantismo, é a sociedade; no entanto, tal assertiva foi construída sem ao menos preocupar-se com as reais causas do crime. Provoca-se, com isso, certa anarquia derivada da arbitrariedade desses argumentos. Aprisionar aqueles que cometem crimes é uma forma de postergar o cometimento de novos delitos.

O que realmente afasta a delinqüência é a certeza da punição: é isto que intimida. O próprio Beccaria (1997) já dizia isso. A insuficiência punitiva leva também

²³² O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência, p. 30.

²³³ Beccaria reconhece que “*cada homem tem seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente*” (*Dos delitos e das penas*, p. 33).

²³⁴ Diante disso, Mártires Coelho diz que “*apesar da natural abertura dos enunciados normativos, a ensejar diversas interpretações, nem por isso quaisquer leituras podem ser consideradas válidas, até porque existem critérios para se verificar a sensatez de uma interpretação textual e, à luz desses parâmetros, desqualificar as que se mostrarem indubitavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis*” (*Interpretação constitucional*, p. 148).

²³⁵ *Id. ibid.*, p. 151.

²³⁶ *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, p. 61.

²³⁷ *Crime e Castigo*, p. XII.

²³⁸ *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 158.

à impunidade, afrontando, pois, o artigo 59 do Código Penal. Ela transforma a pena em placebo.

A respeito do laxismo penal (direito penal mínimo), DIP; CORRÊA, com brilhantismo, descrevem tal movimento:

Diretrizes do direito penal moderno, essas palavras valem para o penalista fashionable como reza de exorcismo, amuleto, talismã, lâmpada mágica, varinha de condão; com sua invocação, ele supõe afastar qualquer acusação de trapaça intelectual ou de indigência teórica; por trás delas, ele supõe conjurar objeções incontrastáveis, supõe demonstrar que o falso é verdadeiro, supõe transformar suas baboseiras, disparates e asneiras em sentenças profundas de sabedoria²³⁹.

3.2. Outras correntes do direito penal mínimo

1) Abolicionismo: busca extinguir o direito penal. Seus defensores são: Louk Hulsman e Nils Christie. O primeiro enuncia que *“o sistema de reação social formal penal é algo completamente inútil e problemático em si mesmo, podendo, à míngua de qualquer função, ser deixado de lado”²⁴⁰*. Ele propõe a substituição do direito penal pelo direito civil e administrativo, asseverando que *“o sistema penal é especificamente concebido para fazer mal”²⁴¹*. Para ele não existe crime, apenas “situações problemáticas”.

Para o outro, um pouco menos radical, *“só após alterações estruturais nas sociedades pós-industriais, com a reorganização dos processos de controle social, será possível a sua abolição”²⁴²*. Christie afirma que *“...os modelos punitivos se sustentam sobre falsas imagens do homem, da sociedade e das formas de controle da violência”²⁴³*. Ele apresenta como alternativa ao modelo sancionatório a justiça participativa (justiça restaurativa).

O abolicionismo também volta-se contra o tratamento reeducador imposto. Ele diz que este tem que ser aceito voluntariamente pelo infrator: Ora, se ele pode “decidir” se quer ou não o tratamento é porque invariavelmente tem a capacidade de decidir – livre-arbítrio -, logo, certamente, saberá distinguir entre o bem ou mal. O acusado, nesse contexto, sabia que estava cometendo crimes; portanto, afasta-se as “situações problemáticas”. Eis o jogo de palavras: crime torna-se “situação problemática”, então o criminoso é seu causador.

O exemplo do ideal ressocializador almejado pelo sistema penal é a edição

²³⁹ *Crime e Castigo*, p. 117.

²⁴⁰ *Penas Perdidas*, p. 88.

²⁴¹ *Id. ibid.*, p. 88.

²⁴² *Apud* Nilo Batista (*Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 38).

²⁴³ *Apud* Carvalho (*Antimanual de Criminologia*, p.130).

da Lei 11343/2006, que define procedimentos relativos a entorpecentes, despenalizando, inclusive, o consumo pessoal de drogas. Nesse caso, ela remete à Lei 9099/95, possibilitando um acordo entre o Ministério Público e o autor do crime.

Nessa mesma ordem estão os casos de extinção da pena pelo pagamento do dano causado (artigo 34 da Lei 9249/95). Tais mecanismos sugerem uma desformalização do processo penal, possuindo nítidas características do abolicionismo.

Embora Foucault não seja um abolicionista puro, poder-se-ia enquadrá-lo nessa corrente, pois legou fundamentos para as demais políticas abolicionistas. O clássico “Vigiar e Punir” abarca dois tipos de intervenção crítica: saber emanado da criminologia tradicional e as relações de poder – que, para ele, são invisíveis. A respeito delas, ele afirma que “...o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele”²⁴⁴. É de vital importância lembrar que à época almejava-se eliminar os suplícios – castigos corporais propriamente ditos; era da barbárie e da crueldade. Substituíram-se as penas supliciantes pelas de prisão. Até para ele, porém, é impossível a abolição desta pena:

*conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não 'vemos' o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. Ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão*²⁴⁵.

Para tal corrente, é imprescindível que se abandonem praticamente todos os conceitos do direito penal, o que, de fato, ela não faz.

2) O direito penal mínimo fundamenta-se na prevenção geral e especial positiva = consciência jurídica da comunidade (a negativa revela-se pela na intimidação pela imposição de penas severas). Aqui, posiciona-se o garantismo, que defende a mínima intervenção garantindo os direitos fundamentais e individuais. Direito penal liberal. Ele peca em sua aplicação, já que desconsidera condutas importantes e socialmente relevantes. Este mecanismo não traz a devida segurança almejada pela sociedade, afrontando tal valor constitucional. Aliás, os doutrinadores desse movimento preocupam-se mais em analisar as falhas do sistema penal atual do que estudar criteriosamente os seus próprios fundamentos, propondo mudanças reais diante do problema penitenciário. Concorda com esta assertiva Cervini, ao dizer que: “...a ausência de critérios explícitos ou implícitos para decidir como e

²⁴⁴ *Vigiar e punir*. nascimento da prisão, p. 25.

²⁴⁵ *Id. ibid.*, p. 196.

*quando descriminalizar e a impossibilidade de medir os efeitos do processo favorecem essa tendência inflacionária do sistema penal*²⁴⁶. Não adianta criticar, se tais pensadores liberais não oferecem um substituto para a pena privativa de liberdade.

A descriminalização afasta o efeito da prevenção geral²⁴⁷ que é dirigida a todos os destinatários da norma, fazendo nascer um sentimento na sociedade de temor de castigo com a finalidade de dissuadir da prática de crimes. É inegável que ela opere positivamente, ainda que se tente descaracterizá-la em algumas hipóteses; no entanto, há entender que é impossível abarcar todos os casos possíveis. Por isso, adota-se no sistema penal a dupla função: retributiva e preventiva.

3.3. A proposta de adoção de um movimento em prol da sociedade

O correto seria um movimento, relativo ao Brasil, que defendesse melhores condições do sistema penitenciário; só assim estar-se-ia garantindo os valores consagrados constitucionalmente, dando eficácia à lei penal, à medida que ressocializava os criminosos (Bitencourt, 1993). Não é de hoje a máxima que o trabalho dignifica a pessoa: este parece ser o melhor caminho. O Estado forneceria cursos profissionalizantes, treinando os réus em suas habilidades, dando reais condições de reinserção no mercado de trabalho. A respeito da ressocialização, Moreira Filho complementa dizendo que ela *“...não produzirá os efeitos desejados se o Poder Público não se sensibilizar diante da calamidade do sistema penitenciário existente em nosso país”*²⁴⁸.

Qualquer ciência criminal que atribua benefícios exclusivamente ao criminoso mostra-se incongruente: no mínimo deveria haver uma partilha, já que do outro lado estão a vítima e a sociedade, que não podem ser relegadas a segundo plano. Aliás, é essa sociedade que produzirá ou não delinqüentes, portanto, deve-se procurar uma sociedade justa e igualitária, dotada de proteção social. García-Pablos de Molina complementa o raciocínio, embora ele seja da Criminologia, a respeito do delito:

é um problema ‘da’ comunidade, nasce ‘na’ comunidade e nela deve encontrar fórmulas de solução positivas. É um problema da comunidade,

²⁴⁶ Os processos de descriminalização, p. 92.

²⁴⁷ YACOBUCCI; GOMES reconhecem que o direito penal, fruto dos ideais Iluministas, foi construído com fins predominantemente preventivos gerais (*As grandes transformações do direito penal tradicional*, pp. 34 e 35).

²⁴⁸ *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*, p. 17.

*portanto, de todos: não só do 'sistema legal', exatamente porque delinqüente e vítima são membros ativos daquela*²⁴⁹.

A todo instante, novos meios para o cometimento dos delitos surge; as quadrilhas especializam-se, como ocorre nos crimes cibernéticos. Após a Constituição de 1988, viu-se o crescimento na proteção do meio ambiente, concretizando-se na Lei 9605/98. Diante disto, é necessária uma mudança de perspectiva, de intervenção do direito penal na defesa desses bens, sendo considerada a solução para os conflitos sociais.

Não há falar em império do “Movimento de Lei e Ordem”, pois há muito se vê que a doutrina vem construindo pensamentos liberais, em busca do esperado direito penal mínimo, e a jurisprudência legitimando-a. A realidade fática, sem delongas, afasta tal construção. Onde houver um respeito mútuo entre as pessoas diante desses direitos e garantias, torna-se possível a aplicação do direito penal mínimo ou até a mesmo a sua extinção. Mas atualmente isto é um mito.

O exemplo clássico desse “movimento” é a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90) que restou modificada para atender ao garantismo penal, mas ainda possui contornos louváveis na repressão de crimes que tais.

Vê-se que, inclusive, a legislação protege as liberdades ofendidas e as decorrentes da restrição da liberdade de locomoção (artigos 38 e 39 do Código Penal e 38 a 43 da Lei de Execuções Penais).

É ínsita à dogmática a produção de críticas²⁵⁰ a cada nova formulação, movimento, escola, legislação que surge, já que esta tarefa imprescinde de diversos pensadores e com eles, os seus pontos de vista – que não são absolutos - dotados das experiências de cada qual. Aliás, aqueles que propõem a isto normalmente são do meio acadêmico – professores – diga-se: a maioria de advogados criminalistas. Ou seja: defendem direitos de seus clientes – acusados; daí ser duvidosa sua crítica. É louvável aquele pensamento; no entanto, há uma excessiva preocupação em definir conceitos, criar novas teorias conectadas ao mundo do “dever-ser”, abstraindo o da realidade, o “ser” (DOTTI, 1998), e nesse caso, a situação precária dos estabelecimentos penais. García-Pablos de Molina corrobora este entendimento: “...*não cabe dissociar o ideal ressocializador do marco histórico*

²⁴⁹ Criminologia, p. 64.

²⁵⁰ Schmidt releva que “...*uma política de intervenção penal máxima necessita da crítica de uma intervenção mínima a fim de minimizar os excessos de sua incidência, assim, como uma política de Direito penal mínimo necessita de uma intervenção repressora para poder manter coerente seu discurso num meio social concreto. Nenhuma delas subsistiria sozinha*” (*Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir de um viés funcional-normativista*, pp. 97 e 98).

*concreto da realidade carcerária, da forma em que se cumpre e executa a pena privativa de liberdade e do modo em que é experimentada pelo infrator...*²⁵¹.

YACOBUCCI; GOMES, com acuidade, ensinam que:

*...quando se diz que o direito penal está em crise, vale a pena esclarecer que na realidade o que se está pondo em dúvida não é o direito penal em si mesmo, senão o modo pelo qual 'tradicionalmente' ele foi compreendido*²⁵².

É própria de cada época a renovação dos objetos do direito penal – antes se considerava crime o adultério, hoje não mais. Torna-se impensável regressar ao antigo direito penal do Iluminismo, pois a ordem social, política, econômica, científica e tecnológica alterou-se significativamente, fundando-se em outras bases; portanto, o direito penal de hoje deve se adequar às novas exigências.

Monreal, citado por Dotti, critica tal pensamento: *“é possível ser dogmaticamente certo aquilo que é errado sob o ângulo político-criminal; e vice-versa”*²⁵³.

É ilusório pensar que diante de determinada teoria, seja ela antiga ou nova, haverá um consenso. Já dizia Nelson Rodrigues: *“toda unanimidade é burra”*.

Na verdade, não é imprescindível adotar exclusivamente uma corrente: há de sopesar qual corrente merece ser adotada, em determinadas condições, e em certas situações, diante do bem jurídico profanado. Diante disto, é necessário o aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade e o sistema penal.

Relativamente ao direito penal alternativo, Maia critica-o:

*Um mero discurso político como tentativa de fixação de uma teoria, além de incorreto dentro dos parâmetros acadêmicos, pode levar à legitimação de um discurso pelo discurso, sem nenhuma base coerente e concreta que dê respaldo a essa forma de pensar. Parece que essa forma de articulação 'acadêmica' ganha platéias em virtude do seu caráter eminentemente emocional, mas não constrói bases sólidas para que possamos efetivar um trabalho sério e de qualidade na academia jurídica*²⁵⁴.

Bitencourt assevera que *“a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma”*²⁵⁵.

Os direitos humanos voltam sua atenção para os criminosos, quando seus direitos são atingidos, e quando ocorrem rebeliões com mortes de pessoas inocentes, muitas vezes dos próprios parentes dos presos, ataques coordenados a ônibus, massacre de policiais, aqueles se omitem. Parecem não existir. Mas todos

²⁵¹ *Criminologia*, pp. 392 e 393.

²⁵² *As grandes transformações do direito penal tradicional*, pp. 28 e 29.

²⁵³ *Apud Dotti (Bases alternativas para o sistema de penas)*.

²⁵⁴ *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*.

²⁵⁵ *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*, p. 11.

não são iguais? Porque existem direitos humanos para uma “classe” e para outra não? É a hipocrisia humanitária que atribui cada vez mais, indevidamente e de forma indiscriminada, benesses aos criminosos.

Cunha perfilha essa idéia de proteção tanto dos réus quanto da sociedade, ao asseverar que *“a Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso (ou acusado de tal), mas também com as potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade”*²⁵⁶.

Na verdade, a reforma penal ocorrida no decorrer dos anos fundou-se unicamente na revisão dos textos legais, ora criminalizando, ora descriminalizando; no entanto, deixou de implementar o mais fundamental: a mudança da infraestrutura das instituições (DOTTI, 1998). Não há legislação que resista a esse problema. A deficiência do ambiente carcerário encontra-se tanto em países subdesenvolvidos como em desenvolvidos.

A Constituição consagrou direitos e garantias fundamentais, estabelecendo princípios, ao tempo que também prescreveu a figura dos crimes hediondos, determinando, em certos casos, a inafiançabilidade, a insuscetibilidade de graça ou indulto, a imprescritibilidade de condutas consideradas graves pela Lei Fundamental.

Volta-se a atenção para pena de prisão, quando, na verdade, teria que sê-lo para o sistema prisional²⁵⁷; é impossível a abolição dessa pena, porque sempre existirá ofensa às regras e sobre os infratores precisa incidir certa punição. É necessário classificar os infratores e separá-los, para uma correta utilização dos meios de educação.

Aliás, a pena de prisão substitui a capital, em razão das mudanças sociais e econômicas ocorridas a partir do século XVI, que ansiava por mão-de-obra; então, encontrou-se um meio para a sua exploração: o trabalho presidiário (DOTTI, 1998).

Existem diversos institutos penais que já beneficiam os delinqüentes; os quatro primeiros surgiram como soluções alternativas ao encarceramento: suspensão condicional da pena, pena pecuniária e as restritivas de direito, livramento condicional, e o próprio sistema progressivo, descriminalização de condutas - como a de usuário de drogas -, remição, prescrição²⁵⁸, foro privilegiado;

²⁵⁶ *A Constituição do crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 307.

²⁵⁷ John Howard, citado por Bitencourt, foi o primeiro a se preocupar com as condições dos estabelecimentos prisionais (*Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*, p. 44). Outro a ressaltar a importância da arquitetura penitenciária foi Jeremias Bentham com o seu panóptico.

²⁵⁸ Há quem advogue a extinção da prescrição da pena em concreto e da retroativa, já que prevê prazos irrealistas para a conclusão do processo, diante da real morosidade do Judiciário, aliás, raro em outros países (NÓBREGA, Fábio George Cruz da. *As reformas necessárias para um salto de*

elaborar outros é praticamente a abolição do direito penal. Como se não bastasse isso, há ainda uma jurisprudência propensa a estender garantias não asseguradas pela ordem jurídica, sempre complacente com os réus. E o que dizer sobre o direito ao silêncio!

A prescrição é uma dessas benesses que merece ser revista, por não se coadunar com os ditames do direito penal: há a regulada pela pena em concreto, que geralmente, pela política de aplicação da pena mínima, tem prazos desajustados com a realidade judiciária -, a antecipada, uma ficção jurídica, que sequer existe na legislação penal, e a retroativa, sendo impróprio o *dies a quo* pela data do crime, já que ainda inexistente processo. Melhor seria se a prescrição fosse regulada pela pena abstratamente cominada ao delito, dando, assim, ao direito penal um caráter mais justo e igualitário.

O foro privilegiado²⁵⁹ também merece ser extirpado do ordenamento jurídico pátrio²⁶⁰, por representar um instituto anti-republicano: qual a razão de determinadas autoridades públicas possuírem esse foro e os cidadãos comuns não? Afronta, pois, o direito de igualdade. Se o agente público é quem deveria dar o exemplo – porque revestido do *munus* público – ao cometer o crime, então, terá que responder como pessoa comum: a igualdade de tratamento é medida que se impõe, assegurada constitucionalmente. As instâncias superiores não têm estrutura para julgar tais casos, fruem de prerrogativas recursais, ou seja, provavelmente, os processos estariam prescritos, por não terem vocação para a sua instrução. Rever este posicionamento é fundamental, já que, na era do desafogamento do STF e do STJ (Leis 11418/2006, 11417/2006 e 11672/2008), vai de encontro aos objetivos constitucionais desses tribunais.

A dogmática penal atém-se à legislação, enquanto o cerne do problema encontra-se na superlotação dos estabelecimentos que constituem a base material do sistema. A Constituição, em seu artigo 5º, XLVIII, consagra sua importância: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”; o desrespeito a essa garantia ofende outras igualmente protegidas pela Constituição (artigo 5º, XLVI, XLVII, e, XLIX), impedindo

qualidade no combate à corrupção, p.27).

²⁵⁹ Vê-se que pela análise histórica das constituições brasileiras o repúdio ao foro privilegiado: artigos 179, XVII da Constituição de 1824, 72, § 23 da Constituição de 1891, 113, n. 25 da Constituição de 1934, 141, § 26 da Constituição de 1946. 153, § 15 da Constituição de 1967. As que omitiram a cláusula proibitiva foram a Constituição de 1937 e a CF/88, mas, principalmente, esta por ser a mais democrática infere-se pela sua proibição.

²⁶⁰ Corrobora este entendimento: Nóbrega (*As reformas necessárias para um salto de qualidade no combate à corrupção*, p.27) e Queiroz (*Foro Privilegiado*, p. 3).

a correta execução penal, tornando, assim, inócua a pretendida ressocialização. A solução não é a extinção da prisão, mas seu melhoramento. Dotti assevera que “a declaração de independência do sistema penal relativamente à prisão é uma dessas propostas miríficas e delirantes quanto aos meios e métodos científicos e alienantes quanto à realidade humana e social”²⁶¹. Toledo conclui que:

E assim o Brasil, mais uma vez, revela-se o país dos contrastes. Primeiro, prega-se e apregoa-se que a ‘cadeia’, para tudo e para todos, é a solução para os nossos males. Depois, ante o resultado desastroso dessa política, abrem-se as portas dos presídios para o retorno à vida social de inúmeros condenados por crimes de certa importância ou gravidade, despreparados, desempregados e sem que o Estado tenha, previamente, implementado a imprescindível infra-estrutura de apoio, controle e fiscalização que pudesse retirar da concessão da liberdade a condenados o aspecto negativo de mero recurso para desobstrução de presídios.

Isso traz um sério risco: o de que as penas alternativas ou substitutivas, importantes medidas de política criminal, se transformem, no Brasil, como já ocorreu com o livramento e com a suspensão condicional da pena, em puro artifício para justificar e não execução da pena, isto é, em uma escancarada forma de impunidade.

*Quem viver, verá*²⁶².

A falta de fiscalização do cumprimento dessas penas traduz-se em impunidade.

²⁶¹ *Bases alternativas para o sistema de penas*, p. 412. Jescheck também tem a mesma opinião (*Reforma del Derecho Penal em Alemania*, p. 65).

²⁶² *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.98*, p. 142.

CONCLUSÃO

Verificou-se é que os adeptos do direito penal mínimo - mais especificamente, o garantismo - formularam diversas teses sem nenhum amparo na realidade. Eles se voltam contra a hediondez dos crimes e da gravidade do delito, sem atentar ao que realmente importa: o bem jurídico ofendido. Aplicar penas alternativas, como querem, aos crimes mais graves é ofender diretamente o princípio da proporcionalidade, já que não dá a justa pena – adequada e necessária, para a repressão e prevenção – ao delinqüente.

A abolição, então, da pena privativa de liberdade é uma catastrófica solução: não existe sociedade sem crime - havendo este, autoriza-se a punição, por ter ocorrido uma afronta à norma. Se se retirasse a pena estar-se-ia voltando ao estado primitivo da vingança privada. Pronto: estar-se-ia a um passo de ver novamente instaurado o Estado Policial. Aliás, estabeleceu-se o contrato social como forma de repúdio a esse tipo de retaliação. Não é demais lembrar que *bonis nocet si quis malis pepercerit*. Há, então, o privilégio da sociedade sobre aqueles que violaram a ordem.

Tal movimento nega também o livre-arbítrio - nenhum homem seria dotado de consciência e/ou vontade. Os criminosos são, na verdade, vítimas da sociedade, portanto, isentos de qualquer punição: pressuposto desvestido de razão.

Por isso, tais pensamentos conduzem à desconstrução do crime, a ponto de não ser remota a idéia de nada mais se considerar crime. O foco deixou de ser o crime, passando exclusivamente para o acusado. Os fundamentos do direito penal estão sendo desconsiderados. Hoje, aqui, no Brasil, há um excesso de obstáculos para a punição e proteção dos acusados. A ausência de punição efetiva para os culpados liga-se diretamente ao aumento da criminalidade.

Não se propõe afastar as garantias constitucionalmente asseguradas aos acusados, mas, principalmente, em relação aos direitos fundamentais, que não se faça uma interpretação benéfica somente aos infratores.

Todavia, é necessária uma adequação dos estabelecimentos penais com pessoal penitenciário especializado, uma administração e controle jurisdicional

eficientes. Não é fundamental que se revise toda a legislação, mas aplicá-la corretamente, reformando as prisões, o que humanizará as penas com intuito de reabilitar os infratores. Há de lembrar que a punição deverá ser severa, impondo aos presos privações para que se afastem àqueles que poderiam enxergar nas prisões melhores condições de vida.

Há de concretizar as medidas impostas pela LEP, principalmente com relação ao trabalho. Classificar os apenados para distribuí-los de acordo sua personalidade e seus méritos ao longo do cumprimento de sua sanção. Assim, há uma proteção à dignidade da pessoa humana.

É inegável a existência de um estatuto dos presos elaborado por eles para se guiarem. Os delinqüentes não mais se submetem às leis legitimamente criadas pelo legislador e sim àquelas, estatuídas por eles.

Um sistema baseado em etapas que faça o condenado progredir de acordo com sua conduta é a solução mais digna, possibilitando-lhe reincorporar-se à sociedade com sua reforma moral. Premiam-se os presos de bom comportamento, àqueles que tiveram comportamento disciplinado. Todavia, é necessário que o poder disciplinar exercido dentro das prisões limite-se ao princípio da legalidade, estabelecendo a ordem pela eficiência e não pela força.

Nas penas de curta duração a atenção deve ser redobrada, pois a probabilidade de reincidência é maior devido à falta de fiscalização no seu cumprimento.

Postula-se penas graves para os crimes graves e penas leves, ou até a substituição, para os delitos leves; no entanto, tal processo deverá ocorrer fundamentadamente, solidificando-se em bases teóricas próprias e não emprestadas de outra cultura. Concretiza-se, pois, o princípio da proporcionalidade: a pena há de ser proporcionalmente justa e adequada ao crime tanto do ponto de vista qualitativo quanto do quantitativo; caso contrário este princípio perde sua *ratio essendi*.

Na verdade, os verdadeiros predadores dos direitos humanos são os criminosos e não a sociedade, que vindica sua segurança e liberdade de locomoção. É inconcebível que os ativistas dos direitos humanos não se solidarizam com a vítima, mas sempre com o criminoso.

Afinal, não existe sociedade sem crime.

O garantismo propõe novas considerações sobre o direito penal, mas ele é inconsistente conceitualmente em pontos decisivos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Versão de Ernesto Garzón Valdés, 2005.
- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- ALVIM, Rui Carlos Machado. *O trabalho penitenciário e os direitos sociais*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- AZEVEDO, David Teixeira. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- AZEVEDO, Reinaldo. *Revista Veja*, edição 2001, ano 40, nº 12, 28 mar. 2007.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BATISTA, Weber Martins. *Recurso do réu em liberdade: uma releitura dos artigos 594 do CPP e 35 da Lei 6368/76*. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 21, p. 64, out/dez. 1994.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 1997.
- BETTIOL. *Direito Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1966.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *Manual de Direito Penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. 1, t. 1.
- CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *A Prisão Provisória no Direito Comparado*. *Boletim dos Procuradores da República*, n. 74, ano IX, pp. 5-11, mai. 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 14 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e*

Garantismo. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na constituição*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora RT, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

Coletânea “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *A Constituição do crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIP, Ricardo; CORRÊA, VOLNEY. *Crime e Castigo*. 2 ed. Campinas: Millennium, 2002.

DOTTI, René Ariel, *et al.* *Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: Lei 9.714, de 25.11.98*. São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2 ed. São Paulo: RT, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. 3 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002 .

_____. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de SICA, Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, José. A crise de recursos no sistema penitenciário brasileiro. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, vol. 3, n. 37, p. 1, 1994.

FILHO, Guaracy Moreira. *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*. 2 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

FILHO, Luís Francisco Carvalho. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalheite. 32 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7 ed. São Paulo: RT, 2001.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4 ed. São Paulo: M. Limonad, p. 08.

GOMES, Luiz Flávio (Coordenação). *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, v. 1.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: RT, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Disponível em:
<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID47.pdf>. Acesso em: 07 out. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Funções da pena no direito penal brasileiro*. Disponível em: www.juristas.com. Acesso em: 18 mar. 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *As nulidades no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores.

HASSEMER, Winfried *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Berant de. *Penas Perdidas – o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

JESCHECK, Hans. *Reforma del Derecho Penal em Alemania*. Parte general. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.
_____. *Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

JORGE, Alinne Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JÚNIOR, Avelino Alves Barbosa. *Criminologia*. Porto Alegre: Editora Síntese, 2000.

JUNIOR, João Bosco Araújo Fontes. *Liberdades Fundamentais e Segurança Pública*

– *Do Direito à Imagem ao Direito à Intimidade: A garantia Constitucional do Efetivo Estado de Inocência*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAGNOLI, Demétrio. Revista *Veja*, edição 2041, ano 40, nº 52, 29 dez. 2007.

MAIA, Alexandre. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>. Acesso em: 22 ago. 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Democrático y Social de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1970.

_____. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5 ed. São Paulo: RT, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORELLE, Ítalo Morelle. *Povo clama acertadamente por penas mais rigorosas*. Disponível em: <http://www.agio.jor.br/junho2003/terrorecrime.htm>. Acesso em: 05 nov. 2007.

NÓBREGA, Fábio George Cruz da. As reformas necessárias para um salto de qualidade no combate à corrupção. *Boletim dos Procuradores da República*, n. 77,

ano IX, P. 27, mai. 2007.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1.

_____. *Direito Penal*. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Individualização da pena*. São Paulo: RT, 2005.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. A remição da pena é um direito do condenado e obrigação do Estado. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, v. 1, n. 9, p. 22, out. 1993.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Editora RT, 1996.

QUEIROZ, Paulo. Foro Privilegiado. *Boletim dos Procuradores da República*, n. 76, ano IX, P. 3, set. 2007.

REALE, Miguel. Como coibir a violência. *O Estado de São Paulo*, 19 out. 1996.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O artigo 594 do Código de Processo Penal e o Princípio da Presunção da Inocência. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 158, ano 21, p. 35, mai/jun. 1997.

ROSENFELD, Denis. Revista Veja, edição 2041, ano 40, nº 52, 29 dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista

a partir de um viés funcional-normativista. *Revista de Estudos Criminais*, n. 11, ano 03, pp. 97 e 98, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TELES, Ney Moura. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 1996, v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VELLOSO, João Paulo dos Reis; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti de (Coordenadores). *Pobreza, cidadania e segurança*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.