

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
GRADUAÇÃO EM DIREITO

JÚLIA ALVES CAMARGO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O GARANTISMO PENAL

MARÍLIA
2008

JÚLIA ALVES CAMARGO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O GARANTISMO PENAL

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado.

MARÍLIA
2008

CAMARGO, Júlia Alves.

A dignidade da pessoa humana e o garantismo penal/ Júlia Alves Camargo; orientador: Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2008.

55p.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2008.

1.Dignidade 2.Pessoa humana 3.Garantismo Penal

CDD: 341.5



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

Júlia Alves Camargo

RA: 33008-6

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O GARANTISMO PENAL

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (10)

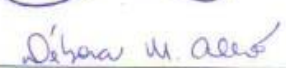
ORIENTADOR(A):


Edilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR(A):


Carlos Ricardo Fracasso

2º EXAMINADOR(A):


Debora Maciel Alevato

Marília, 21 de outubro de 2008.

Á minha mãe, Dulcinéia Alves, pela dedicação, esforço, por se pai e mãe, pelo apoio incondicional e pelo seu profissionalismo. Qualidades em que me espelho cada dia mãe; para um dia alcançar o que você se tornou.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por estar presente a cada instante de minha vida e me dar oportunidade de aprender e evoluir;

Às minhas irmãs Jaína, Jaqueline e meu irmão Henry, os quais tenho orgulho de ser rodeada por pessoas tão especiais e de corações tão nobres que me fazem acreditar que ainda existem pessoas maravilhosas neste mundo;

Ao meu namorado Leandro, por seu apoio, dedicação, carinho e amor intenso que me ampara a todos os momentos;

Ao Professor Edinilson Donisete Machado, pela paciência e dedicação para a consecução deste trabalho;

Aos membros e funcionários do Ministério Público da Comarca de Assis, pelos ensinamentos jurídicos, morais e éticos, os quais foram a base do meu amadurecimento profissional;

Por último, aos meus grandes amigos, irmãos, Fernando Matioli, Henrique Botino, Jordão Longhini; Glauco Azevedo, Diego Gonçalves, Jaqueline Paião, Eulália Zapata e Karen Otofui, pela experiência de passar os cinco anos mais emocionantes da minha vida, momentos que ficarão guardados na minha memória, sendo eles o símbolo de amizade, carinho e companheirismo que levarei pelo resto de minha vida.

“Eis aqui meu servo, a quem sustenho; o meu escolhido, em quem a minha alma se compraz; pus sobre ele o meu Espírito e ele promulgará o Direito para os gentios. Não desanimará, nem se quebrará até que ponha na terra o Direito; e as terras do mar guardarão a sua doutrina. Eu, o Senhor, te chamarei em justiça, tomar-te-ei pela mão, e te guardarei, e te farei mediador da aliança com o povo e luz para os gentios; para abrires os olhos aos cegos, para tirares da prisão o cativo e do cárcere, os que jazem em trevas”.

(Isaías 42: 1-9).

CAMARGO, Júlia Alves. **A dignidade da pessoa humana e o garantismo penal**. 2008. 55f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo, “A dignidade da pessoa humana e o garantismo penal”. O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e está previsto na Constituição Federal de 1988, deste modo, a intenção do legislador é de enquadrar esta garantia constitucional como direito fundamental de todo o cidadão. Por meio da grande importância da dignidade da pessoa humana é que se procurou vincular tal princípio à esfera penal. Se a Constituição, pilar da normatização jurídica, é formada de elementos que se completam pela interligação das diversas ciências jurídicas fundamentais, o Direito Penal, como uma dessas ciências, tem íntima correlação com os demais ramos das ciências jurídicas. Ao verificar as várias teorias que dão sentido ao Direito Penal, discorrendo sobre as teorias absolutas, as teorias relativas, a teoria preventiva geral e especial, a teoria mista, chegou-se à teoria do garantismo penal, a qual vincula todas as garantias individuais previstas na Constituição à aplicação no Direito Penal. É por um esquema epistemológico que deriva o modelo garantista, no qual não se admite qualquer imposição de pena sem que se produza a comissão de um delito, necessitando da legalidade do delito, da real necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, da característica externa ou material da ação criminosa, da imputabilidade e culpabilidade do autor e sua prova fática, amparada por um processo que seja imparcial, público, que garanta o contraditório e que seja executado por procedimentos pré-estabelecidos.

Palavras-Chave: 1. Dignidade 2. Constituição 3. Garantismo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO BRASILEIRO... 10	
1.1 Antecedentes históricos sobre o princípio social fundamental.....	10
1.2 O conceito de dignitas humanas para Kant.....	11
1.3 Conteúdo e definição do princípio da dignidade da pessoa humana no aspecto jurídico-constitucional.....	13
1.4 A dignidade da pessoa humana e a Constituição Brasileira de 1988.....	17
CAPÍTULO 2 – CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL.....	21
2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal.....	21
2.2 Princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade.....	23
2.3 Princípio da personalidade e da individualização da pena.....	25
2.4 Princípio da humanidade.....	29
CAPÍTULO 3 – O SENTIDO DA PENA E SEUS DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS.....	32
3.1 Teorias absolutas ou retribucionistas.....	33
3.1.1 Uma visão analítica sobre a teoria kantiana.....	35
3.1.2 Teoria Hegeliana.....	36
3.2 Teorias relativas ou utilitaristas.....	37
3.2.1 Teoria da prevenção geral.....	38
3.2.2 Teoria da prevenção especial.....	40
3.3 Teorias mistas ou ecléticas.....	43
3.4 A teoria do garantismo penal como proposta de aferição dos sistemas penais.....	44
CAPÍTULO 4 – O GARANTISMO PENAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	48
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e foi previsto, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, na Constituição Brasileira de 1988.

Desta forma, é clara a intenção do legislador em enquadrar tal princípio como uma garantia fundamental de todo cidadão e, ainda, dar a dignidade da pessoa humana a qualidade de princípio embasador de todo o ordenamento jurídico.

Dada a relevância da dignidade da pessoa humana, no aspecto jurídico constitucional, houve o questionamento da efetiva aplicação desta garantia na seara penal. Para tanto, se intenta, por meio da análise das várias teorias que buscam dar sentido ao Direito Penal, fazer uma análise crítica da teoria do garantismo penal.

Para a consecução da pesquisa será utilizado o método dialético, com a utilização extensiva de revisão bibliográfica.

Dada a complementação do Direito Penal, a partir da nossa Constituição vigente, o estudo se aprofundará nas investigações sobre a tutela penal e no “*jus puniendi*” do Estado, o qual será apresentado pelas várias explicações do sentido e função da pena, principal instrumento estatal em prol da sociedade.

O primeiro capítulo submete-se ao estudo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, partindo-se de seus antecedentes históricos, de sua fundamentação na teoria de Kant até sua implantação na Constituição Federal de 1988.

No capítulo dois, o objetivo será a vinculação do Direito Penal aos princípios constitucionais, os quais são premissas básicas da ciência penal. Nesta seara, se fará uma delimitação destes princípios, dando enfoque, principalmente, aos que constituem fonte originária do Direito Penal.

Após a exposição dos princípios constitucionais penais; no quarto capítulo iniciará a conceituação da função penal, a qual será discorrida pelas várias teorias fundamentadoras da pena, buscando-se o cerne da sanção penal. Tais teorias serão apresentadas de um modo que resulte a pesquisa na conexão dos preceitos constitucionais com a área penal, ou seja, na teoria do garantismo penal.

Por último, os capítulos se interligarão pela vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana ao sistema garantista. Sendo o garantismo penal um sistema que visa tutelar os valores e direitos fundamentais, cuja satisfação, constitui o objetivo justificante do direito

penal, é que ele está pautado na garantia de aplicação de todo o direito individual do ser humano, constituindo a dignidade como valor intrínseco do ser humano.

CAPÍTULO 1 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

1.1 Antecedentes históricos sobre o princípio social fundamental

Na atualidade, a conceituação da personalidade e seus direitos já se encontra bastante fundamentada, o que é passível da evolução jurídica. Mas conforme se observa, no desenvolvimento desta noção de dignidade, a escravidão e outros modos de privação da liberdade encontrava-se cravada nas comunidades antigas, como Roma e Grécia.

O conceito e o conhecimento da pessoa com dignidade tem seus primórdios no Cristianismo, mais precisamente, é que no Antigo e no Novo Testamento podemos encontrar citações em que o ser humano possui valores essenciais e inerentes à condição de pessoa, possuidora de direitos fundamentais, como dignidade e de valor próprio essencial de cada ser humano.

Sarlet (2002, p. 31) cita que na Antiguidade Clássica:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

Já na filosofia estoíca, Sarlet (2002) entende que a dignidade já era interligada como uma qualidade intrínseca de cada ser humano e que o distinguia dos demais. Assim, todos possuíam dignidade e, portanto, a liberdade no que diz respeito com sua natureza humana.

Na era medieval, a fundamentação cristã e estoíca sobre o conceito de dignidade da pessoa humana foi amparada, principalmente com São Tomás de Aquino, que conviveu com os maniqueus, com os estoícos, os cétricos e sofreu influencia de todas essas correntes, as quais já se referiam ao termo "*dignitas humana*". Ainda, muito antes, com Platão e o neoplatonismo, havia a revalorização das teorias platônicas e defesa da origem divina de toda a existência humana. Do mesmo modo, Aristóteles já buscava elevar o ser humano a um nível superior a qualquer criatura.

Já no século XVI, com o espanhol Francisco de Vitória, foi na época da expansão colonial e contra tal que ele fundamentou sua teoria na escravização e exploração dos habitantes indígenas dos países americanos. Francisco de Vitória relatava que como o índio

era ser humano, por sua natureza humana deveria ser livre e igual, devendo ser respeitado como sujeito de direitos e deveres (SARLET, 2002).

Nos pensamentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, com a Revolução Francesa e a Independência Americana é que se extraíram o pensamento moderno sobre o conceito de dignidade da pessoa humana (SARLET, 2002). No movimento iluminista, os filósofos Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Locke, Diderot e D'Alembert defendiam o domínio da razão sobre a teoria teocêntrica que dominava a Europa desde a Idade Média. Segundo eles, o misticismo e a crença religiosa não deixavam a evolução do homem fluir e a bloqueavam. Portanto, o teocentrismo deveria ser renegado e o homem ser o centro de tudo, para que a fé não atrapalhasse o raciocínio humano.

De modo significativo, a concepção de Immanuel Kant, com suas teorias idealista, racionalista e realista, trouxe a melhor expressão para o conceito de dignidade da pessoa humana.

1.2 O conceito de *dignitas humana* para Kant

Podemos nos referir à conceituação de Kant, para o termo da dignidade da pessoa humana, como um dos mais aceitos atualmente e valorizados pelo pensamento ocidental. Assim, a construção teórica de Kant é utilizada para a definição exata deste princípio constitucional fundamental.

Martins (2003, p. 25) relata que:

[...] podemos identificar na obra de Kant a exploração de dois problemas filosóficos fundamentais: um relativo aos limites e possibilidades de aplicação do conhecimento; outro relativo à ação humana e aos problemas morais com ela envolvidos. Para o estudo interessa-nos o segundo problema, posto que foi neste campo de investigação que Kant desenvolveu a concepção de dignidade da pessoa humana identificada como a que prevalece nos dias atuais.

A conceituação deste princípio por Kant revela que o homem é um ser racional, consciente de seus atos e obrigações, livre para a criação de sua própria lei (MARTINS, 2003). Portanto, se dotado de razão e capacitado em suas obrigações, consistia com um fim e não como um meio.

Além de habilitado para viver independentemente de outro de sua espécie e sendo racional, o ser humano é passível de sua própria lei e tem consciência disso. Assim, a lei que provém do homem também deve ser imposta à ele.

Martins (2003, p. 26) menciona que:

[...] isto significa dizer que, mais do que apenas respeitar um dever, o homem precisa do dever para tornar-se um ser moral, pois obedecê-lo consiste em obedecer a si mesmo, na medida em que foi o próprio ser humano que consciente e racionalmente estabeleceu o dever.

Kant revela que, como somos seres humanos compostos racionalmente de valores, aspirações e sentimentos, nossas condutas deveriam ser caracterizadas sob a forma de um dever. Ocorre que o dever necessitava assumir uma forma variável que valeria para todas as ações de nossas vidas. Conforme Marilena Chauí (1999, p. 346) apud Martins (2003, p. 26), “trata-se, portanto, de um ‘imperativo categórico’, uma ordem inconstitucional, uma ‘lei moral interior’”.

Ainda, Kant cita o imperativo categórico como a denominação de toda a ação posta como se o ser humano quisesse impô-la tanto para si como para todos. Portanto, todo o ato moral será concretizado como um acordo entre a vontade do ser humano e a lei que ele mesmo criou (MARTINS, 2003).

Em *Fundamentação da Metafísica e dos Costumes* Kant (2003, p. 67) deduz três fórmulas:

[...] 1) “Age como se a máxima de tua acção devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza;
2) Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio;
3) Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesma por objecto como leis universais da natureza”.

Por isso Kant acredita que todo o ser racional age como um fim em si mesmo. Assim, todas as suas condutas serão pautadas no raciocínio do ser humano com um fim, portanto as coisas, objetos e outros que conseguimos com nossas condutas são sempre condicionais, por estarem sujeitas ao contentamento e ao respeito à dignidade da pessoa humana. Os seres irracionais, por serem assim e terem apenas um valor relativo são chamados de coisas e nós, seres racionais, somos chamados de pessoas. Assim sendo, a natureza nos distingue das demais coisas do mundo (SARLET, 2002).

Seguindo no livro *Fundamentação da Metafísica e dos Costumes* apud Martins, Kant (2003, p. 58) esclarece que:

“Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples

meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”.

Ainda:

“[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

Portanto, o que se percebe do pensamento de Kant, acerca da dignidade da pessoa humana, é que seu raciocínio é extremamente antropocêntrico, visto ser o homem o único dotado de dignidade. Assim, este está em lugar favorável e a sua dignidade está acima de qualquer outra coisa mundana, pois ela não tem preço. Se colocássemos preço na dignidade do homem, ela poderia ser trocada por outra coisa de mesmo valor, portanto, poderia ser substituída. Então, a “*dignitas humana*” constitui um valor intrínseco do homem e não há valor ou outra coisa que a substitua.

Deste modo, finalizando o entendimento de Kant, e remetendo-nos a incrível conclusão de Sarlet (2002, p. 35) de que “a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”.

1.3 Conteúdo e definição do princípio da dignidade da pessoa humana no aspecto jurídico-constitucional

Após a delimitação de Kant sobre a dignidade da pessoa humana, percebemos que a fixação de tal princípio, hoje, se torna bem dificultosa, pois, como parte da análise deste tópico, a definição conceitual que serve de base para todas as civilizações está longe de alcançar um consenso.

Por ser uma qualidade intrínseca do ser humano, a dignidade está para o homem como um valor inerente e que o reconhece indistintamente de outros seres vivos, assim, a compreensão deste princípio, por vezes, não é suficientemente satisfatória para vários doutrinadores.

Do mesmo modo, a doutrina, teorias e jurisprudências tentam, ao longo do tempo, construir conceitos básicos e concretizar seu conteúdo, sem falar, como diz Sarlet (2002, p. 40) “no ceticismo manifesto de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade”.

Ainda, o que se pode perceber é que a dignidade da pessoa humana trata-se de categoria axiológica aberta, portanto, não será um conceito fixo, visto as variações de valores éticos e morais nas sociedades contemporâneas, razão pela qual é apropriado assegurar que o conceito está em permanente processo de construção (SARLET, 2002).

Para Sarlet (2002, p. 41):

“[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”.

Assim, torna-se o Direito premissa básica para a proteção da dignidade do ser humano, não se esquecendo, todavia, dever ele proteger a dignidade de todos, pois, constitui assim, premissa básica da República e do Estado Democrático de Direito.

À respeito, a Declaração Universal da ONU (1996, p. 49), em seu art. 1º, é que reconheceu mundialmente a dignidade da pessoa humana, citando que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para os outros em espírito e fraternidade”.

Portanto, o que se verifica é que somente aqueles que possuem racionalidade e consciência é que possuem dignidade.

Da mesma maneira, Alexandre de Moraes (2007, p. 16) reflete que:

“[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos[...]”.

Portanto, constata-se que a autodeterminação e consciência são fundamentais ao ser humano possuidor de dignidade. A formulação kantiana e seu sujeito está mais que caracterizado por estes conceitos, o que exclui, em princípio, pessoas incapazes de se auto-determinar, como os absolutamente incapazes.

Mas, em uma análise mais profunda, verifica-se que a autodeterminação no pensamento de Kant é considerada em abstrato, visto que se trata apenas da potencial capacidade de cada ser humano em se auto-determinar e não da efetiva realização de tal

conduta. Portanto, os absolutamente incapazes, como seres humanos, possuem a mesma dignidade que qualquer outro ser humano plenamente capaz (SARLET, 2002).

Então, se há a capacidade de autodeterminação, a partir da conduta do ser humano e isso que confere a ele a dignidade, esta será sempre ligada à uma conduta que dignifique a si próprio e traga o bem estar ao próximo. Para isso, a atuação do Estado é essencial para zelar e preservar a dignidade de cada um, com isso, há um certo limite de atuação de cada pessoa, para que a dignidade de todos possa ser alcançada.

Neste entendimento, Podlech apud Sarlet (2002, p. 47- 48) menciona que:

“[...] poder-se-á afirmar que, na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade”.

Sarlet (2002, p. 50) sustenta a idéia da autonomia humana, nas questões relativas à sua existência e a proteção estatal, como uma “dimensão dúplice da dignidade”, pois, como visto anteriormente, aqueles que não são capazes de se auto-determinar necessitarão de ações extremamente protecionistas por parte do Estado e da comunidade, para que garantam à eles a dignidade.

Assim, além dessa dimensão dúplice, deve haver sempre uma inter-relação com a dignidade de cada indivíduo, para que não haja a dignidade de um acima da do outro. Portanto, Konigsberg apud Sarlet (2002, p. 54) cita claramente que:

“[...] é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também lhes não subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida de sua forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como um fim em si mesmo. Pois se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins tem de ser quanto possível os meus, para aquela idéia poder exercer em mim toda a sua eficácia”.

Portanto, a dignidade dever ser pressuposto de qualquer civilização, para que o ser humano viva harmonicamente entre si.

Mas, como podemos perceber, a idéia de dignidade muda de acordo com cada cultura, assim, o que pode ser digno para uns, pode não ser para outros.

Neste sentido, Sarlet cita um exemplo exato (2002, p. 58):

“[...] basta lembrar a prática da pena de morte por expressivo número de estados norte-americanos, considerada – embora não de forma unânime – constitucional pela Suprema Corte, que, por sua vez, tem entendido serem inconstitucionais determinadas técnicas de executar a pena capital, com base na proibição da aplicação de penas cruéis e desumanas (*cruel and unusua punishment*) prevista na oitava emenda de 1791. Neste sentido, em relativamente recente decisão envolvendo recurso impetrado em Washington, a Suprema Corte reconheceu que a morte por enforcamento constitui prática atentatória à dignidade da pessoa humana, notadamente, pelo fato de infligir – ao menos em relação aos outros meios utilizados (injeção letal e eletrocutamento) – sofrimento desnecessário ao sentenciado, já que constatada a possibilidade maior de uma postergação do estado de inconsciência e morte, com risco de asfixia lenta e até mesmo de decapitação parcial ou total, verificada em diversos casos. Assim, de maneira que para nós (ao menos no que diz com a vedação constitucional da pena de morte vigente entre nós, salvo a exceção de guerra declarada) se revela um tanto paradoxal, verifica-se que a pena de morte, em si mesma, parece não ferir a dignidade, desde que aplicada dignamente?”.

Portanto, o autor mostra, neste caso, que o fator determinante do que seja ou não dignidade, é a cultura de cada civilização e suas orientações acerca do que seja moral, imoral, ético, humano ou desumano.

Celso Rodrigues Ferreira Júnior (OS DIREITOS HUMANOS..., 2003) comenta à respeito do multiculturalismo, que:

“[...] revela-se como de fundamental importância para a busca de um conjunto de direitos humanos universais a tentativa de se estabelecer, pelo menos, um conjunto mínimo de garantias, capazes de assegurar a dignidade da pessoa humana, embora a própria noção de dignidade humana nos pareça problemática para a solução deste impasse, na medida em que cada país e, dentro de cada um desses países, cada cultura por eles abrigada, apresentará a sua própria concepção de dignidade humana; concepção esta que pode variar imensamente entre as diversas nações. Tal pretensão, entretanto, freqüentemente encontra obstáculo na questão do multiculturalismo, que pode funcionar como verdadeira barreira à consagração de uma teoria dos direitos humanos de caráter transcendental, na medida em que as tradições culturais dos diferentes países do mundo podem obstacularizar a idéia de um valor ou conjunto de valores universais que superem a regulação interna destes vários povos”.

Assim, a busca por uma definição exata e universal está longe de alcançar o desejável, mesmo porque, enquanto houver um pluralismo cultural no sentimento dos povos, de valores fundamentais a sua existência (como o sentimento de justiça), a globalização de tal princípio não irá se concretizar.

Como tentativa de generalização do que seja a dignidade da pessoa humana, Durig (1956, p. 127) apud Sarlet (2002, p. 59) cita que:

“a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada com sujeito de direitos”.

É de se analisar que, mais umas vez, a concepção kantiana está sendo utilizada, pois Durig cita a não instrumentalização do ser humano, o repúdio à coisificação, o que leva o ser humano ao rebaixamento e à sua total desvalorização, visto que, a sua dignidade é o que o distingue dos outros seres vivos e é inerente à pessoa.

Deste modo, a análise feita nos leva a crer que não há um conceito global da dignidade, muitos tentam fazê-lo, mas a própria diversidade sócio-cultural é que afasta a universalização deste princípio.

O que importa, é que de todo o exposto, e da própria conceituação de Kant, que é a melhor definição para a dignidade, é que sempre deve haver o respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, assegurando a ele, as condições mínimas para que possa viver dignamente (SARLET, 2002).

Do mesmo modo, que sempre haja um respaldo aos direitos e garantias fundamentais do homem, pois se não houver o mínimo que o faça viver harmonicamente, não haverá dignidade, e isso sim, poderia ser uma noção globalizada de dignidade da pessoa humana.

1.4 Dignidade da pessoa humana e a Constituição Brasileira de 1988.

Foi no contexto de formação do Estado Democrático de Direito, em reação ao período ditatorial, que estava em franca decadência, que os trabalhos que alicerçaram a Constituição vigente se iniciaram. Deste modo, a Constituição de 1988 veio para amparar uma nova ordem jurídica que estava se formando, a qual se contrapunha ao positivismo desenfreado e que não assistia nenhum dos direitos e garantias do ser humano (MARTINS, 2003).

Pelo novo contexto que se formava, e de acordo com as novas Constituições que trilhavam o caminho do liberalismo e do Estado Democrático de Direito, como a Lei Fundamental da Alemanha e de Portugal (SARLET, 2002), a Constituição vigente veio para, além de positivar os direitos e garantias do homem, fazer aplicá-los no contexto social da Democracia, coagindo o Estado a operar em favor do ser humano.

Tanto assim, que Sarlet (2002, p. 63) cita que:

“A nossa Constituição vigente [...] foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios

fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais”.

Portanto, a intenção do legislador constituinte foi de enquadrar os princípios e garantias fundamentais no topo da nossa Constituição, dando a eles a qualidade de normas embasadoras, informativas e fundamentais à Carta Constitucional. Sendo tais princípios, conseqüentemente, o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2002).

Neste mesmo entendimento, Alexandre de Moraes (2000, p. 20) informa que:

“Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana”.

Já a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, só encontrou respaldo a partir da Segunda Guerra Mundial, a qual foi o ponto de partida para a universalização e multiplicação dos direitos do homem, pois o sofrimento humano e a soberania do Estado deixaram grande marco na sociedade do século XX. Sendo assim, houve o rompimento da supremacia Estatal frente ao cidadão, para o reconhecimento e efetivação dos direitos do ser humano (BOBBIO, 2004).

Foi em 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas que foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o marco inicial contra o desprezo e o desrespeito pelos direitos do ser humano e também o nascimento do princípio da dignidade humana.

A normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na Constituição de 1988, encontrou respaldo nas garantias fundamentais, colocando a dignidade do ser humano como valor supremo da ordem jurídica, declarando-o, em seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a **dignidade da pessoa humana**;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Inspirando-se, também, no Constitucionalismo Espanhol e Português, o legislador de 1988 preferiu incluir a dignidade da pessoa humana num rol de valores fundamentais à condição democrática e, do mesmo modo, guia da norma constituinte vigente (SARLET, 2002).

Neste passo, o reconhecimento da positivação deste princípio jurídico-constitucional, outorga a sua efetivação, não só onde é reconhecido pelo Direito (SARLET, 2002), mas em todo plano de atuação do indivíduo, atribuindo ao ser humano um papel de cidadão ativo e ao Judiciário o de efetivador de direitos. Buscou, da mesma maneira, dar lugar às liberdades positivas, realçando o aspecto promocional da atuação do Estado (MARTINS, 2003).

Para Sarlet (2002, p. 74):

“[...] a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso II, de nossa Lei Fundamental não ontém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positivada dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocadamente carregado de eficácia, alcançando, portanto – tal como assinalou Blenda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa”.

Martins (2003) entende, do mesmo modo, que dentre todos os valores positivados na Lei Fundamental, o da dignidade sobressai aos demais, o que significa dizer, que a intenção do legislador foi de transformar este princípio em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais, fazendo com que haja uma harmonização e uma concordância entre eles, para que se preserve, sobretudo, e sem menosprezar os demais princípios, a dignidade. É um raciocínio pautado na dignidade humana e que deve ser levado em conta o sua unidade axiológica-normativa.

Elucidando o que foi demonstrado, o princípio da dignidade da pessoa humana será a base de efetivação de todos os valores e princípios fundamentais. Ao exemplo, pode ser citado o artigo 170 da Constituição Brasileira, o qual dispõe que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

Deste modo, e podemos citar várias outras normas jurídicas, como o Direito Civil, o Direito do Trabalho, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para aplicação do todo o ordenamento jurídico, em qualquer escala, demonstrando,

assim, sua amplitude e magnitude. E esta aplicação é de suma importância para que sempre seja o indivíduo colocado à frente de qualquer manipulação de direitos, deveres ou obrigações, pois como já se assinalou, a dignidade é um valor intrínseco do ser humano e não há, de qualquer modo, como relativizá-la.

CAPÍTULO 2 - CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

É de nosso saber que a Constituição Federal é a organização jurídica fundamental em que nela está contida as regras concernentes à forma de Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação (FERREIRA FILHO, 2003, p. 46).

Assim, se a Constituição, como o sistema jurídico de qualquer país, é formada de elementos que se completam com outras ciências jurídicas fundamentais, o Direito Penal, como uma dessas ciências, tem íntima correlação com os demais ramos das ciências jurídicas, notadamente, com a Constituição, que é o ápice a organização jurídica de nosso país.

Luiz Régis Prado (2002, p. 38) define essa força normativa constitucional como: “A Constituição, como marco fundante de todo ordenamento jurídico, irradia sua força normativa para todos os setores do Direito. Todavia, tem ela particular e definitiva influência na seara penal”.

Este autor entende, ainda, que (PRADO, 2002, p. 38):

“Tal influência se deve ao fato de que ao Direito Penal cabe a proteção de bens e valores indispensáveis à convivência harmônica da sociedade e dos indivíduos entre si. Portanto, a relação entre a Constituição e o Direito Penal é tão evidente que o bem jurídico-penal tem naquela suas raízes materiais”.

A Constituição, como raiz normativa da lei penal, ordena uma série de regras de Direito Público, dentre as quais se destacam as referentes às garantias e direitos fundamentais.

Essas normas definem explícita ou implicitamente princípios basilares do Direito Penal, que se determinam como princípios constitucionais penais, próprios do Estado Democrático de Direito, que limitam e regem os “*jus puniendi*” do Estado.

Concluindo o entendimento supracitado, estes princípios constitucionais penais, além de delimitar a atuação estatal, criam fontes de Direito Penal, o qual este é permeado pelas regras constantes da Carta Magna. Por serem a base da ciência jurídica penal e pelo grande importância de seu estudo, serão delimitados e analisados nos tópicos a seguir.

2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

Constitui o princípio da legalidade, uma das premissas básicas do Direito Penal e fonte originária do Estado Democrático de Direito.

Podemos nos referir a este princípio, como umas das garantias penais de maior importância ao sistema jurídico e ao cidadão. Ele evita o abuso de poder e previne todo autoritarismo repressivo de décadas anteriores a que ele foi criado.

A partir da Revolução Francesa é que o princípio da legalidade ou da reserva legal se fundamentou como pedra angular do Estado de Direito, transformando-se em uma exigência da segurança jurídica e de garantia individual (PRADO, 2002). Antes, porém, o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, o qual foi formulado por Feuerbach, teve sua origem na Magna Carta de João Sem Terra, em seu artigo 39, o qual cita que nenhum homem livre poderia ser punido senão pela lei da terra (MIRABETE, 2005).

Portanto, após o Iluminismo, este princípio começou a se assentar no ordenamento jurídico, prova disso é a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a qual cita, em seu artigo 9º, que:

“Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade:

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que forem cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se”.

O princípio da legalidade também criou uma série de garantias e conseqüências, as quais são restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Como garantias de ordem criminal e penal, alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por este praticado, existir uma lei que considere este fato como crime, vale dizer que esta lei deve ser elaborada na forma constitucionalmente prevista, o que impede a delegação por parte do poder relativo à feitura das leis de matéria a qual compete a ele com exclusividade (PRADO, 2002).

Deste modo, só ao Poder Legislativo cabe legislar sobre a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta os outros Poderes que detém competência diversa (MIRABETE, 2005). Para a garantia da ordem democrática, da liberdade individual e dos bens juridicamente tutelados pela lei penal, só o Legislativo cabe a produção da norma penal, em sede de lei, e não de outras fontes do direito, como, por exemplo, as medidas provisórias, para que o exercício do poder normativo não seja arbitrário.

Continuando na mesma seara doutrinária de Luiz Régis Prado (2002) e Mirabete (2005), além do princípio da legalidade determinar garantias de ordem criminal e penal, ele demarca garantias jurisdicionais e de execução penal. Isto é, pelo princípio regente da legalidade, advém que “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*” (art. 5º, LIII, da Constituição Federal), portanto, somente por juiz ou tribunal

deverá haver o regular processamento da lei penal ao fato praticado; “ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da Constituição Federal); “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, da Constituição Federal).

Assim como outras garantias advindas do princípio da legalidade, podemos citar ainda o princípio da irretroatividade da lei penal, o qual a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. 2º do Código Penal) e o princípio da taxatividade, o qual remete o legislador a uma elaboração da lei penal que seja precisa e clara o suficiente para se evitar uso arbitrário da norma penal.

O que se deve ter em mente, após o que foi mencionado, é que o princípio da reserva legal ou da legalidade é um dos preceitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico, o qual deriva muitos outros regulamentos assentados nos direitos fundamentais do indivíduo e de suas garantias, principalmente de sua liberdade e dignidade, as quais são protegidas fielmente por este elemento fundamental à lei penal.

2.2 Princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2006), o princípio da legalidade impôs restrições ao ordenamento jurídico, mas de nenhum modo, limitou a criação de tipos penais injustos e aplicações de sanções cruéis e degradantes. Para isso, criou-se o princípio da intervenção mínima, o qual o mesmo autor define como *ultima ratio*, no qual (BITENCOURT, 2006, p. 18):

“[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o estabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medida cívica ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade [...]”.

Igual orientação tem-se Luiz Luisi (1991), o qual entende, nas mesmas palavras, o que foi supracitado.

Ainda, Luiz Luisi (1991), como outros autores, dispõe sobre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária. O direito penal não ordena um sistema taxativo de bens jurídicos tutelados por ele, mas sim um sistema descontínuo de ilícitos criminalizadores, por ser este o meio indispensável da tutela jurídica.

Do mesmo modo que Luiz Luisi, Cezar Roberto Bittencourt (2006) revela que o caráter fragmentário da norma penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Ressalta que no sistema jurídico dos bens tutelados penalmente, o Direito Penal visa castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes; daí falar-se no sistema descontínuo dos ilícitos penais.

Do caráter fragmentário, admite-se o questionamento, entre vários autores, sobre quais bens jurídicos devem ser tutelados pelo Estado e punidos, fluindo tal discussão à análises importantes sobre o conceito de bem jurídico.

Como exemplo, Luiz Regis Prado (2002), revela que o uso excessivo da sanção criminal (referindo-se ao fenômeno da inflação penal) leva o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa, não garantindo uma maior proteção jurídica. Assim, pelo caráter fragmentário da norma penal, só deverão ser repreendidas ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos, operando, assim, uma tutela seletiva do bem jurídico.

Em aprimorada conclusão sobre o bem juridicamente protegido, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 17) considera que:

“[...] Do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais. Não se deve, entretanto – e esta é uma nova consequência do já referido caráter limitado do direito penal – supor que essa especial proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesão possíveis. Mesmo em relação aos bens jurídico-penalmente protegidos, restringe o direito penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial. Viver é um risco permanente, seja na selva, entre insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda sorte de inventos da técnica, que nos ameaçam de todos os lados. Não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu. Protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão[...].”

O que é de oportuno ressaltar que não há uma taxatividade quanto o que é ou não o bem jurídico que deva ser protegido penalmente, pois o avanço da sociedade conduz à uma nova ordem penal e constitui, assim, novas ações e omissões que devam ser penalizadas.

Para não se dizer que, com isso, vá haver sempre uma lacuna na tutela de certos bens, caminhamos para o pensamento de Luiz Luisi (1991) no qual o legislador e o próprio hermenauta devem sempre usar o critério de proporcionalidade e de necessidade, orientando o trabalho de aplicação legislativa ou até da criação dos tipos penais, analisando a real necessidade e a proporção da tipificação.

O bem juridicamente tutelado é o núcleo do tipo penal, portanto, é de suma importância que a sua tutela deva ser pré-estabelecida de uma verdadeira repercussão social, não fruto de delitos de pequena importância, que nem ao menos refletem significativamente no mundo social.

2.3 Princípio da pessoalidade e da individualização da pena

Os princípios da pessoalidade e da individualização da pena foram abordados, pelos autores estudados, de forma simbólica e objetiva, sem maiores esclarecimentos e aprofundamento do tema. Entretanto, o autor Luiz Luisi faz uma abordagem sobre o assunto de grande valor doutrinário, envolvendo críticas de ordem prática e filosófica.

Ainda, os autores fazem uma distinção do que seja o princípio da pessoalidade e o princípio da individualização da pena.

Luiz Regis Prado (2002) cita que, pelo princípio da pessoalidade, só o autor do delito é quem responde pela pena. Trata-se de princípio de disposição constitucional:

Artigo 5º, XLV, da Constituição Federal – “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 sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Já Luiz Luisi (1991) trata mais profundamente sobre o assunto, relatando que em todas as nações civilizadas, a pena somente pode atingir a pessoa do sentenciado. Ele faz uma cisão entre o período pré-beccariano e pós-beccariano, no qual a pena não poderá se estender a pessoas estranhas ao delito praticado, mesmo que o autor do crime, tenha com elas, relação de parentesco ou de sangue. Deste modo, não há que se falar, também, em cumprimento de pena por representação processual ou substituição subjetiva, como ocorre em outros ramos do direito.

J. Frederico Marques (_____, p. 105) apud Luizi (1991, p. 32) faz uma extensão do princípio da pessoalidade, dizendo que a pena também pode causar danos e sofrimentos à terceiros. Assim, para se evitar qualquer repercussão na aplicação da pena ao condenado, as

legislações vem prevendo a criação de instituições aptas a prestar assistência a família do preso e até mesmo das vítimas do delito. Um exemplo disso é a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), na qual prevê, em seu artigo 22, inciso XVI, incumbir ao serviço social “orientar e amparar, quando necessário, à família do internado e da vítima”. E, ainda, no artigo 29, parágrafo 1º, alínea “b”, ordenar que o produto da remuneração do trabalho do preso deva atender, dentre outros objetivos, a assistência à família (Luizi, 1991).

Continuando pelo processo de distinção entre os dois princípios, Luiz Regis Prado (2002) aponta o princípio da individualização da pena como uma obrigação do julgador fixar a pena conforme o que está prescrito em lei, e desta forma, determinar a execução da mesma.

Trata-se, também, de um preceito constitucional, inserido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal:

“[...] a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) a privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos”.

Luiz Regis Prado (2002) considera que há uma estrita ligação entre o princípio da individualização da pena e o princípio da proporcionalidade; este inserido na forma constitucional daquele.

Já Luiz Luisi (1991) faz uma abrangente análise do que seja tal preceito fundamental. Ele observa que o processo de individualização se desenvolve em três momentos distintos: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo.

O primeiro momento é o que ocorre na elaboração da lei criminal, que fixa para cada tipo penal, penas que vão de acordo com o bem tutelado e a gravidade da ofensa, aqui se verifica, com grande intensidade, o princípio da intervenção mínima que já foi discutido, da proporcionalidade, no qual deve haver uma adequação entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada e o princípio da relevância social, no qual o direito penal tipifica apenas condutas que tenham certa relevância social (BITENCOURT, 2006).

Luisi (1991) entende que este momento de criação da lei penal não delimita tão somente a pena, mas prevê, da mesma forma, as espécies de pena e suas formas alternativas, bem como a sua aplicação cumulada, sua substituição por outras penas mais atenuantes.

A lei penal fixará, do mesmo modo, regras que permitam ao judiciário especificar cada caso concreto e aplicá-la no preceito de individualização da pena, trata-se de caráter

limitador da discricionariedade do poder judiciário. Portanto, a lei é uma diretriz balizadora das execuções e sanções penais.

O segundo momento é o da individualização judiciária. Estando presentes as várias espécies de pena e a variedade de fatores que estão especificamente previstos na lei penal, o juiz analisará, a cada caso concreto, qual das penas será aplicada, se serão cumuladas ou substituídas. Ele irá acertar o quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado em cada tipo penal e inclusive determinará o modo de execução.

Neste momento é que está devidamente caracterizada e demonstrada a importância do artigo 59, do Código Penal, pois este é que dispõe sobre as regras básicas da individualização judiciária:

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

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

Portanto, o artigo 59 dispõe que ao juiz cabe escolher a pena aplicável, sua quantidade, o regime de execução e a possível substituição da pena. O juiz desempenha a tarefa de ajustamento da resposta penal em função das circunstâncias objetivas do crime, subjetivas do condenado e também do comportamento da vítima.

Este artigo da Lei Penal juntamente com o artigo 132, do Código Penal Italiano, o qual também trata da discricionariedade judiciária, ensejaram grande polêmica. Como Luisi cita (1991, p. 38), alguns autores acreditam que as indicações contidas nestes artigos contém apenas um rol exemplificativo; outros argumentam que trata-se de rol taxativo, no qual as normas em causa estão “tutti gli elementi di valutazione ai quali é logicamente, razionalmente e umanamente possibile ricorrere per orientarsi in concreto nell inflizione della pena”.

Após a individualização judiciária, ocorre a terceira fase administrativa ou executória em que, segundo Aníbal Bruno (_____, p. 158) apud Luisi (1991) “é que a sanção penal começa verdadeiramente a atuar sobre o delinqüente, que se mostrou insensível a ameaça contida na cominação”.

Entende Luisi (1991) que essa fase de individualização da pena também é chamada de individualização administrativa, mas que o termo individualização executória é mais

adequado, visto tratar de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade no âmbito de matérias jurisdicionais.

Como se refere a princípio de ordem constitucional, seu preceito, está implícito em uma série de disposições presentes na Carta Magna. Por isso, sua amplitude acarreta, como diz Luisi (1991, p. 39) uma “polifuncionalidade” da sanção penal, ou seja, “uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as da reinserção social”.

Ainda, o mesmo autor dispõe que (LUISI, 1991, p. 45):

“Visto a luz de um perfil histórico pode-se afirmar estarem presentes na individualização da pena instâncias objetivas e subjetivas. De um lado, o objetivismo da Escola Clássica que entendia dever ser a resposta penal adequada a importância do bem jurídico ofendido e a intensidade dessa ofensa. Nesse processo individualizador objetivo se insere o princípio da proporcionalidade. A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa. Neste processo individualizador objetivo se insere o princípio da proporcionalidade. A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais. De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução”.

Fecha-se aqui os três momentos distintos desse princípio fundamental de grande valor prático. O que se pode concluir é que destas três fases de aplicação da individualização da pena, a maior controvérsia gira em torno da individualização judiciária. Não há que se olvidar, entretanto, que o poder legislativo tem o grande encargo de estabelecer o liame entre a gravidade da ofensa e a importância do bem tutelado para a criação exata da lei, sem exageros e também sem uma brandura na sanção penal, o que criaria as argumentações da sociedade a respeito da insegurança jurídica.

Mas, por meio do poder discricionário, se podemos dizer que se trata de um poder, o julgador determinará a pena e a individualizará conforme o caso concreto. A individualizará com base nas regras descritas na norma penal, o que lhe vincula à legalidade. Entretanto, o juiz poderá optar, conforme seu senso de justiça, dentre todas as espécies de sanções que o próprio legislativo lhe deu.

Portanto, é que se afere aqui, a responsabilidade do julgador em analisar adequadamente a melhor forma de punição do acusado.

Na realidade e no mundo em que vivemos, é por meio de uma análise desformulada e sem conhecimento teórico sobre o que foi exposto, que a sociedade culpa os órgãos de autuação da justiça pela falta de punição adequada do criminoso.

2.4 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade teve sua criação, amadurecimento e consagração no período que varia entre os séculos XVII e XVIII, o último conhecido como “século das luzes”, em que o ideário iluminista se firmou. Foi do movimento de idéias iluministas que houve a transformação do Estado, com base em duas idéias fundamentais: uma afirmava a existência de direitos inerentes à condição humana e a outra, se dirigia a elaboração jurídica do Estado fundado em um contrato, no qual, após a fundação do Estado, asseguraria a proteção aos direitos humanos (Luisi, 1991).

Após a criação do Estado, firmado pelo iluminismo, o rol de prerrogativas inerentes ao ser humano passou a integrar o instrumento jurídico de formação do Estado, ou sejam, as Constituições (Luisi, 1991). Como mesmo relata Hans Welzel (1970, p. 143) apud Luiz Regis Prado (2002, p. 123) o conceito de dignidade, intrínseco ao princípio da humanidade, parte-se da idéia do Direito Natural, o qual retrata que:

“ainda quando não se espere de outro homem nada de bom nem de mal, a natureza exige que se lhe considere como nosso semelhante ou afim. Só esta razão já é suficiente, ainda que não existisse outra, para que o gênero humano construa uma comunidade pacífica”.

Como bem o autor Luiz Regis Prado cita (2002, p. 124), o princípio da humanidade “apresenta-se como uma diretriz garantidora da ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade”.

Pois bem, o princípio da humanidade, como também o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana constituem normas balisadoras e de que derivam todos outros princípios que norteiam o ordenamento jurídico, pois não há como se conceber que alguma norma não se baseie na proteção do ser humano e na sua dignidade.

O princípio da humanidade garante que o poder punitivo do Estado não poderá aplicar penas que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem moral e psiquicamente o ser humano (BITENCOURT, 2006).

Como se trata de princípio vigente na Constituição Federal de 1988, ele é o maior entrave para adoção da pena de morte e a prisão perpétua. A proibição de penas cruéis e degradantes, da tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a imposição ao Estado de prover o sistema carcerário de infra-estrutura necessária que impeça a degradação e a

“dessocialização” do sentenciado são corolários do princípio da humanidade (BITENCOURT, 2006).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2006, p. 21):

“[...] a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito”.

O princípio da humanidade, como diz Jescheck (1972, p. 17) apud Luisi (1991, p.31) “é o postulado reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade” e baseia-se no reconhecimento do condenado como pessoa humana e que como tal deve ser tratado. Como cita Luisi (1991, p. 32) “é no não esquecimento que o réu é pessoa humana, que repousa o princípio em causa”.

Bustos Ramirez (1989, p. 386) apud Cezar Roberto Bitencourt (2006, p. 22) recomenda que:

“[...] seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social”.

Entretanto, como o próprio autor Cezar Roberto Bitencourt (2006) prelaçona, não se deve esquecer que o Direito Penal visa, primeiramente, à Justiça distributiva e, na qual deve responsabilizar o criminoso pela violação da ordem jurídica.

Portanto, o Direito Penal não é meramente assistencial, pois como bem relembra Luisi (1991), não se pode esquecer que é por meio da aplicação da pena que a sociedade responde pelas agressões sofridas no cometimento de um delito.

César Roberto Bitencourt (2006) e Luis Luisi (1991) citam a oportuna lição de Jescheck (1981, p. 36) em sua obra “Tratado de Derecho Penal”:

“[...] O Direito Penal não pode se identificar com o direito relativo a assistência social. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve por em relevo a responsabilidade do delinqüente por haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da Comunidade. E isto 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. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade”.

Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2006) faz uma crítica ao regime disciplinar diferenciado, previsto no artigo 52, da Lei 7.210/84, o qual dispõe que:

“A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso

provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Cezar Roberto Bitencourt (2006) entende que o regime disciplinar diferenciado provoca a destruição moral, física e psicológica do sentenciado, pois o isolamento prolongado acarretaria depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos profundos e irreversíveis.

Portanto, o autor considera que tal regime não ressocializa o preso, objetivo fundamental da execução da pena, inscrito no primeiro artigo da Lei de Execuções Penais. A ressocialização do preso deve estar em concordância com a execução da pena, assim, qualquer descumprimento do objetivo da pena, viola cruelmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em síntese, o que se pode dizer, é que o regime disciplinar diferenciado foi criado para atender uma situação de emergência do Estado, visto as várias rebeliões feitas por grupos de organizações criminosas, criando um estado caótico no país, o que gerou uma total insegurança para a sociedade. Foi por isso que o Estado teve que tomar uma medida face essa situação de crise em que vivia o país.

Por isso, o regime disciplinar diferenciado foi criado como uma exceção ao princípio da humanidade e única forma de assegurar e proteger a sociedade, visto esse ser o maior dever do Estado.

CAPÍTULO 3 - O SENTIDO DA PENA E SEUS DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS

Como mesmo cita o autor Mirabete (2005), não há um momento histórico definido no qual se origina a pena, pois mesmos os mais antigos agrupamentos humanos foram obrigados a tomar certas atitudes disciplinadoras para facilitar a convivência social.

Manoel Pedro Pimentel (1983) apud Mirabete (2005) explica que os vários relatos antropológicos autorizam a suposição de que a pena tenha originariamente um caráter sacral.

O autor Mirabete (2005) dispõe sobre a evolução histórica da pena desde seus primórdios, relatando que os homens primitivos explicavam as causas naturais do cotidiano, como chuva, enchentes e raios atribuindo-as a seres sobrenaturais. Tais seres habitavam as florestas e eram chamados de “*totens*”. A violação aos “*totens*” ou o descumprimento de determinadas obrigações acarretavam castigos aos homens primitivos. Portanto, as primeiras penas impostas derivam dessas relações totêmicas entre o homem e o sobrenatural.

Também é citado pelo o autor, as proibições conhecidas como “*tabus*”, palavra de origem polinésia, a qual significa ao mesmo tempo, o impuro, sagrado e terrível. As violações das regras impostas pelos “*tabus*” e pelos “*totens*” acarretavam castigos terríveis ao grupo, que eram impostos e aplicados pelo chefe, pois tais sanções tinham caráter coletivo. Ao agrupamento, como um todo, eram aplicadas as penas, pois as infrações e o descumprimento das obrigações acarretavam a ira das entidades sobrenaturais. Deste modo, a sanção era representada pela vingança, pelo revide à agressão sofrida. Na maioria das vezes, a pena era totalmente desproporcional à ofensa.

Os agrupamentos humanos foram se diversificando e evoluindo, surgindo duas espécies de penas primitivas, a perda da paz e a vingança de sangue, as quais evoluíram primeiramente para o talião, adotado pelo Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas, no qual a ofensa era reagida por mal idêntico praticado (“*sangue por sangue, olho por olho, dente por dente*”).

Secundariamente, a lei de talião avançou para o que é chamado pelo autor de composição, no qual o ofensor livrava-se do castigo imposto pelo pagamento de sua liberdade.

A idéia de castigo, predominante entre as antigas civilizações, era aquele que causasse mal terrível ao ofensor, como a morte, açoites, mutilações, podendo a pena alcançar seu patrimônio e seus descendentes. Porém, ainda naquela época, Sêneca pregava a idéia de

atribuição da pena à proteção do Estado, à prevenção geral e a correção do delinqüente. Os sofistas, como Protágoras, também tinham uma concepção pedagógica de pena, como a reeducação e a conseqüente ressocialização.

Com as investigações sobre o direito de punir do Estado e como Bitencourt (2006, p. 101) cita que “a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade”, houve a necessidade de explicação e fundamentação das funções da pena, principal instrumento de proteção estatal em prol da sociedade.

3.1 Teorias absolutas ou retribucionistas

A teoria retribucionista tem seu fundamento no senso de justiça e na exigência dela como o cerne da sanção penal (MIRABETE, 2005). Como a justiça está intimamente ligada à atuação do Estado, Bitencourt (2006) faz uma ampla abordagem da idéia da pena com o tipo de Estado que a compõe, a qual será discorrida a seguir.

As características marcantes do Estado absolutista eram a identidade entre o indivíduo soberano e o Estado, sendo que o poder do rei era advindo de Deus. Esta teoria do Poder Divino fazia o direito, a política e tudo que regulamentasse a sociedade ter um fundamento religioso. Portanto, a pessoa que praticava algum delito, praticava também um pecado divino e sua ação era considerada como um ato rebelde contra o Estado e contra Deus.

Com a transição do Estado absolutista para o Estado capitalista, ocorreu o desenvolvimento da sociedade burguesa, acarretando o acúmulo de capital e de patrimônio. Deste modo, necessária era a implementação de alguns meios que pudessem proteger a burguesia que estava em ascensão.

É desta solução de proteção ilimitada do capital burguês que deriva, da mesma forma, o poder necessário para o desenvolvimento do capitalismo, constituindo a pena, uma forma de realizar o objetivo do capitalismo.

No surgimento do mercantilismo, ascensão da sociedade burguesa, ocorre a revisão da postura do Estado como ente soberano e de seu poder de origem divina. Para maior autonomia da burguesia, surge o Estado fundamentado na teoria do contrato social. O poder estatal é derivado do povo e, deste modo, surge a divisão dos poderes, concepção da ordem liberal que estava se originando.

Para que a pena não continuasse a ser derivado do poder ilimitado do soberano, ela passa então ser concebida como (BITENCOURT, 2006, p. 104):

“a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens”.

Como o objetivo único do Estado, nesta nova era social, era o de evitar a desordem dos indivíduos, o que contrariasse o contrato social era qualificado como traidor, pois a sua atitude desrespeitava a organização social, fruto da liberdade burguesa. Portanto, tal indivíduo era excluído do grupo social e era denominado como um rebelde, o qual sua ação seria retribuída com a aplicação de uma pena.

A função da pena era de exclusivamente fazer a justiça, nada mais. E a ação do autor do delito era retribuída com a imposição de uma mal, qual seja, a pena. Por isso, aqui se fundamenta o livre-arbítrio do indivíduo, o qual tem a capacidade de entender o que é justo e o que é injusto. Assim estava operada, neste momento histórico, a substituição do divino pelo humano.

Zaffaroni (p. 40, 2007) entende esse livre-arbítrio e essa humanização como:

“Ao suprimir Deus, esta argumentação, posteriormente laicizada, deixou como bem supremo o próprio saber, de modo que, nos saberes (ciências), Satã foi substituído pela ignorância. A ignorância será o mal e o saber o bem; todo saber abrirá a consciência e libertará, toda a ignorância será escravizante, o saber é sempre luminoso e progressista, a ignorância é obscura e atrasada. Portanto, nada pode deter a marcha do acesso à verdade e, assim, o insaciável apetite de verdade – para não dizer *glotoneria e voracidade de poder* – do sujeito cognoscente seguirá em frente, sem deter-se diante da violência sobre o objeto de conhecimento. O sujeito cognoscente, por essência, estará sempre num plano superior ao do objeto de conhecimento, pois assim o requer a própria estrutura desta forma de conhecimento”.

É no entendimento de Zaffaroni e Bitencourt que identificamos um fundo filosófico da teoria retribucionista, na qual coexistem idéias liberais, individualistas e idealistas.

Entre os defensores da tese absolutista, destacam-se o pensamento e teoria de Kant e Hegel, este último, cuja convicção de um ideário jurídico-penal, é implantado ainda em nossos dias.

3.1.1 Uma visão analítica sobre a teoria kantiana

Na visão de Bitencourt, a obra de Kant apresenta alguns aspectos que contribuem para a presente pesquisa. Passemos a analisá-los.

Segundo Kant, quem não cumpre a lei não é digno ao direito de cidadania. Portanto, é dever do Estado “castigar”, de qualquer forma, quem transgrediu a lei. Bitencourt (2006) entende que Kant considerava a lei como um “imperativo categórico”, ou seja, como uma ordem, uma obrigação que representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como verdadeiramente necessária.

Mirabete (2005) possui o mesmo entendimento sobre a teoria de Kant, o qual dispõe que a pena é um imperativo categórico, uma consequência natural do crime cometido. É uma retribuição jurídica ao mal cometido, trazendo, deste modo, uma igualdade jurídica.

Ainda no discurso de Bitencourt (2006), ele relata que este imperativo categórico de Kant encontra seu ápice na expressão do “dever-ser”, manifestada pela lei objetiva e, por outro lado, pela vontade, que seria o lado subjetivo, mas que não teria determinação na ordem jurídica.

Assim, a vontade seria expressa por meio da razão humana, e esta razão seria representada pela lei, que vale para todo o ser racional. A vontade seria tudo o que é bom e, portanto, tudo que estivesse no ordenamento jurídico.

Essa lei universal e entendida como algo bom, por todos os seres humanos, para ser posta em prática, deveria ser respeitada, ou seja, a moralidade deveria ser o motivo para sua aplicação. Portanto, é a moralidade que impulsiona a vontade e é a moralidade a base do Direito.

Para Kant, o Direito é um conjunto de condições nas quais o livre arbítrio de uma pessoa pode concordar com o arbítrio de outra, por meio de uma lei utilizada e respeitada por todos. Deste entendimento encontra-se o princípio universal do Direito, no qual “é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não é um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais” (BITENCOURT, p. 107, 2006).

Kant entende que o Direito seria uma forma de coação quando a ação das pessoas gerassem influências recíprocas, assim, no decorrer da evolução humana, quando o ser expressar exatamente o dever, o Direito seria eliminado, juntamente com o Estado. Este é um pensamento marxista da teoria kantiana.

A partir das bases sobre a concepção filosófica de Kant, o pensador faz sua terminologia sobre o Direito Penal, qual seja, a pena não pode ser aplicada como uma forma de buscar o bem, de se buscar a reparação, não pelo simples fato de anseio de justiça da sociedade e muito menos em benefício do delinquente. Pois, como já citado no início deste trabalho, o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo e, assim, não poderá, em qualquer hipótese ser instrumentalizado ou utilizado como meio de uma ação terceira.

A função da pena, para Kant (1978, p. 167), seria apenas a de realizar a Justiça e nada mais, e nesta concepção elaborou o seu mais conhecido exemplo, apud Bitencourt (2006, p. 108):

“Se uma sociedade civil chegasse a dissolver-se, com o consentimento geral de todos os seus membros, como, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem abandoná-la e dispersar-se, o último assassino mantido na prisão deveria ser executado antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que o homicídio não recaísse sobre o povo que deixasse de impor esse castigo, pois poderia ser considerado cúmplice desta violação pura da Justiça”.

Para Bitencourt (2006), Kant desprezou um outro aspecto da pena, qual seja, suas espécies e medidas. O pensamento kantiano se declinava para a mesma concepção da lei de talião. O próprio Kant afirmava que o “*ius talionis*” era a melhor forma de expressar a qualidade e a quantidade da pena.

Concluindo, Kant entendia que o castigo era a compensação e a reparação da moralidade. O castigo seria imposto por uma exigência de ordem ética, sem qualquer implicação ideológica das sanções penais. A aplicação da pena decorre apenas da transgressão da lei, ou seja, pela simples prática do delito (MIRABETE, 2005).

3.1.2 Teoria Hegeliana

Hegel dá uma conotação de ordem jurídica para a função da pena. Para ele, a sanção penal tem uma natureza jurídica e não uma natureza ética, como Kant (MIRABETE, 2005).

Bitencourt (2006) considera que para Hegel, a pena é a justificação da necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”. Deste modo, a função da pena é a retribuição ao delinquente do mal praticado e será aplicada por ele ter negado a ordem jurídica e a “vontade geral”. Se a “vontade geral” foi negada pelo infrator, deverá haver uma negação imposta à ele, que é a pena, para que restabeleça, assim, a afirmação da “vontade geral”.

Para Hegel, esta “vontade geral” é a expressão da vontade racional e, uma vez tendo uma organização racional, que é o ordenamento jurídico, há a necessidade de impor uma

sanção à quem transgride essa racionalidade da sociedade. A racionalidade e a liberdade seriam a base do Direito.

Hegel entende que a pena restabelece a ordem jurídica violada pelo criminoso, e só através da pena trata-se o delinqüente como ser racional, e não como irracional, como era tratado pela sociedade na prática do delito.

Aplicada a pena, o delinqüente é tratado com honraria, restabelecendo sua dignidade, ou seja, sua racionalidade, ao ser lhe dado o Direito.

Bitencourt (2006) avalia o pensamento de Hegel da mesma maneira que o pensamento de Kant, relatando que Hegel também atribui uma natureza “*talional*” para a pena, pois a sanção penal seria a melhor forma de retribuir o injusto causado pelo delinqüente e recuperar o equilíbrio da ordem racional.

O que se observa das duas teorias é que elas derivam exatamente do que o autor Bittencourt reconhece, qual seja, a natureza “*talional*” da pena, a retribuição do mal causado, sem se verificar a essência do delito e relacioná-lo com a medida e a espécie de pena a ser aplicada.

Portanto, as duas teorias trazem ainda uma conceituação de pena muito prematura, que não avalia o crime, suas espécies e a pena a ser aplicada, apenas dá a sanção ao criminoso, por ele delinqüir, sem outras concepções teóricas e ideológicas da verdadeira função penal. Por isso, por meio dessas teorias a pena ainda não tem seu sentido definido, o que só irá acontecer no processo da evolução mundial.

3.2 Teorias relativas ou utilitaristas

Ao contrário das teorias retribucionistas que visam castigar o criminoso somente pelo fato dele ter delinqüido; as teorias relativas, utilitaristas, utilitárias ou preventivas visam a aplicação de pena no sentido de prevenção de novos delitos (BITENCOURT, 2006).

Para Mirabete (2005) na teoria relativa, o fim exclusivo da pena é o da prevenção, pois o crime não seria a causa da pena e sim a ocasião para ser aplicada.

As teorias relativas ou utilitaristas dividem-se em duas teorias, quais sejam, a da prevenção geral e a da prevenção especial, as quais serão discutidas no decorrer deste capítulo.

3.2.1 Teoria preventiva geral

A teoria da prevenção geral é apresentada com minuciosidade pelo autor Cezar Roberto Bitencourt (2006) o qual dispõe o que segue.

Dentre os defensores desta teoria, destacam-se Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach.

Feuerbach desenvolveu uma teoria que é base do Direito Moderno, chamada de “teoria da coação psicológica”. Por esta teoria, Feuerbach considera que é por meio do Direito Penal que haverá uma solução para a criminalidade. Deste modo, o Direito Penal funciona como um modelo de repressão dos crimes, visto que, com a possível aplicação de uma pena, a sociedade está avisada sobre quais ações o Estado reagirá, como se fosse uma ameaça. Por outro lado, com a cominação da pena, o Estado deixa visível a disposição de cumprir a ameaça realizada.

Naquele tempo, a idéia de Feuerbach sobre o Direito Penal foi umas das mais inteligentes da sua época.

A pena, para o teórico, era efetivamente uma ameaça da lei à sociedade, para que os seus membros privem-se de cometer delitos. Esta ameaça era conhecida como uma “coação psicológica”, com a qual se pretendia evitar a criminalidade.

Para Mirabete (2005, p. 132), a teoria de Feuerbach, pai do Direito Moderno e precursor do Positivismo, considerava que:

“a finalidade do Estado é a convivência humana de acordo com o Direito. Sendo o crime a violação do Direito, o Estado deve impedi-lo por meio da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação). A pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto”.

Essas idéias prevencionistas desenvolveram-se no período de transição entre o Estado Absolutista para o Liberalismo moderno, ou seja, no período Iluminista. Deste modo, a fundamentação da pena derivava do pensamento iluminista, contrário ao absolutismo, o qual aplicava se a pena sobre o corpo, o poder sobre o físico humano. Já no Iluminismo, ou seja, o Direito Natural, baseava a pena no livre-arbítrio do ser humano e na sua racionalização ou medo (BITENCOURT, 2006).

Para os filósofos Iluministas, o ser humano, como ser racional, pode avaliar o que lhe seja melhor e mais adequado. Suas ações são pautadas na sua avaliação do que lhe seja bom ou ruim, por isso, o homem, como detentor desse discernimento pode calcular as vantagens e

desvantagens do cometimento do delito e da imposição da pena. Neste ideário Iluminista, o poder está fundamentado na psique, na alma do indivíduo.

Neste sentido, Foucault (1997, p. 42) expõe de modo considerável esta reformulação do sentido da pena, na transição entre os séculos XVII e XVIII:

“O suplício tem até então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força. Se a reparação do dano privado ocasionado pelo delito deve ser bem proporcionada, se a sentença deve ser justa, a execução da pena é feita para dar não o espetáculo da medida, mas do desequilíbrio e do excesso; deve haver, nessa liturgia da pena, uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade intrínseca. E esta superioridade não é simplesmente a do direito, mas a da força física do soberano que se abate sobre o corpo de seu adversário e o domina: atacando a lei, o infrator lesa a própria pessoa do príncipe: ela – ou pelo menos aqueles a quem ele delegou sua força – se apodera do corpo do condenado para mostrá-lo marcado, vencido, quebrado. A cerimônia punitiva é “aterrorizante”. Os juristas do século XVIII, ao entrarem em polêmica com os reformadores, darão uma interpretação restritiva e “modernista” da crueldade física das penas: se são necessárias penas severas, é porque o exemplo deve ficar profundamente inscrito no coração dos homens. Na realidade, entretanto, o que até então sustentara essa prática dos suplícios não era a economia do exemplo, no sentido em que isso será entendido na época dos ideólogos (de que a representação da pena é mais importante do que o interesse pelo crime), mas a política do medo: tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano. O suplício não restabelecia a justiça, reativava o poder”.

Como se pode observar do que Foucault relatou, a teoria preventiva geral foi criada para essa nova transição de poder. Esta teoria usou das idéias pautadas nos fundamentos Iluministas para se justificar e ser amparada pela nova forma de governo que estava por vir, adversária do totalitarismo absoluto e valorizadora das concepções antropocêntricas.

É assim que houve o reconhecimento da racionalização do homem na esfera penal, com sua capacidade livre de distinguir o certo e o errado, ou seja, um livre-arbítrio totalmente independente do Estado e, por outro lado, como Busato e Huapaya (2003) revelam a coação psicológica de Feuerbach pretende atuar em dois momentos distintos: antes do cometimento do crime, com essa coação psicológica, este medo, dirigido à sociedade e impedindo a comissão do delito e, em um segundo momento, posterior ao fato criminoso, por meio da execução da pena, e seus modos de consecução, as quais levam a uma influência psicológica

do medo e do terror. Uma ameaça relativizada e subjetiva, incrustada em cada ser humano, com a aplicação de penas torturantes e suplicantes, a quais provocavam o medo e o receio de não se cometer delitos.

A teoria da prevenção geral leva uma série de críticas entre os filósofos e doutrinadores do Direito. Até Kant advertia que, se a pena é aplicada com a finalidade de proteção da própria sociedade e para cada indivíduo, a sua consecução não pode instrumentalizar o ser humano, como simples objeto da norma penal. Hegel também admite que a finalidade da pena degrada o ser humano e, assim, destrói sua dignidade (BUSATO; HUAPAYA, 2003).

A prevenção geral admite apenas a intimidação do indivíduo, a coação psicológica, funções, ainda, que não vão além de uma função simbólica de ameaça, por as vezes, ineficaz, pelo desconhecimento do indivíduo sobre quais sejam os fatores que irão desencadear este efeito preventivo, ou seja, o desconhecimento da lei.

Ainda, a teoria não revela a culpabilidade do agente, os limites da pena, entre outros fatores, estando preocupada apenas com a ameaça que a cominação penal impõe na sociedade, subentendendo que ainda há o resquício de autoritarismo, mantido pelo Estado, em determinar seu “*status quo*”, de imposição, de poder, por meio dessa intimidação ineficaz, como único fundamento de prevenção do crime.

3.2.2 Teoria preventiva especial

A finalidade da teoria da prevenção especial é a de se evitar a reincidência do delinqüente, ou seja, o objetivo primário da prevenção especial é a ressocialização, com base na responsabilidade do Estado na Defesa social (BUSATO; HUAPAYA, 2003).

Para os autores Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (2003), a teoria da prevenção especial parte da premissa de que o delinqüente é portador de um desvio social que deve ser corrigido. E esta correção é a função principal da pena, a qual se diferenciará devido as características subjetivas de cada criminoso. Portanto, haverá vários modos de reagir.

Esta idéia é totalmente distinta da que parte do Estado baseado no contrato social. A prevenção do delito toma um sentido diferenciado, ao afastar a função da pena e a sua finalidade para fora da estrutura do sistema penal. Deste modo, as ações criminosas e as ações sociais são explicadas por um método de causas naturalísticas e a ressocialização do criminoso é submetida a uma técnica experimental.

Para Bitencourt (2006) foram várias as correntes que defenderam a teoria da prevenção especial da pena. Marc Ancel, na França, com a teoria da Nova Defesa Social; A Escola Correcionalista, na Espanha, postulante da prevenção especial; Von Liszt, o pensador que deu origem a grandes comentários penalistas e que discorre com grande maestria sobre a prevenção especial.

As fundamentações do pensamento de Von Liszt são encontradas em seu Programa de Marburgo. Para Von Liszt, a necessidade de aplicação da pena mede-se por critérios preventivos especiais, os quais estão as idéias de ressocialização e reeducação do criminoso, a sua intimidação e de outros infratores que necessitam ressocializar-se e a neutralização dos incorrigíveis, este último com grandes questionamentos e críticas a respeito dos métodos de neutralização.

A tese da prevenção especial se fundamenta na intimidação, correção e inocuização.

Conforme o entendimento de Bitencourt (2006) os fatores que desencadearam a formulação desta teoria estão intimamente ligados à crise do Estado Liberal. As novas condições sociais, a migração do campo para as cidades, causando o aumento da massa demográfica urbana e esta resultando no inchaço das cidades e crescimento desenfreado da miséria. Tudo isto, contrapondo o ritmo desenfreado causado pela Revolução Industrial, estabelecendo, por definitivo, a produção capitalista.

Para assegurar essa nova sociedade detentora de capital, confrontada com a grande massa de proletariados que se viam a mingua, o que causava uma sensação de medo à nova ordem estabelecida, o Estado teve que desenvolver uma nova forma de proteção ao regime capitalista.

A nova tese se voltava ao delinqüente e à proteção dessa nova ordem social. O interesse jurídico-penal estaria no sentido da pena como defesa da sociedade e do delito, não apenas como violação da nova ordem jurídica, mas como um dano social. Já o delinqüente é um perigo social, um anormal que coloca em risco esta nova ordem.

Ocorre, que essa defesa social era restrita, ela fazia parte da proteção de apenas alguns setores sociais: o econômico e o laboral. O Estado teve que se tornar intervencionista, pois a desigualdade social suscitou uma série de conflitos, entre os possuidores da massa capitalista e os despossuídos dos meios de produção.

É neste parâmetro que a idéia de Von Liszt se forma. Busato e Huapaya (2003) descrevem que a finalidade da pena, para o pensador, é satisfazer as necessidades desta nova ordem capitalista, com o mínimo de sacrifício para o indivíduo.

Para Von Liszt, a finalidade da pena é prevenir os delitos, por meio do encarceramento dos criminosos; da intimidação, por meio da pena aplicada e da correção, mediante um processo ressocializador.

Busato e Huapaya (2003, p. 223) apud Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats e Miguel Canut Prats (1996, p. 80) cita que a pena em si mesma “não tem por que se apresentar como problema à população em geral, senão como questão que afeta unicamente ao delinqüente, cuja personalidade não guarda relação com o resto”. É pela intimidação individual que se amedronta os delinqüentes, até o ponto de reprimir o desejo interno do crime.

Von Liszt continua na tese de que se a pretensão de ressocialização, nos moldes da prevenção especial, se fracassar, o criminoso que não se ressocializou tem que ser exterminado da sociedade. Neste sentido, com apoio a aplicação da pena de morte e da prisão perpétua. Portanto, só haverá a defesa social com a separação ou segregação dos indaptáveis.

Do mesmo modo que as outras teorias que se esforçam em fundamentar o sentido da pena, a teoria da prevenção especial também tem suas críticas e posições adversas.

Busato e Huapaya (2003) citam como controvérsias a prevenção especial, em primeiro plano, o avanço tecnológico, que coloca em evidência a ineficácia da ressocialização. O ponto crítico está na contradição da ressocialização com os atuais sistemas carcerários, sua estrutura física, pois, de nenhuma maneira um criminoso sairá das prisões atuais totalmente ressocializado.

Outro ponto citado pelo autor é o fim exclusivo da prevenção especial, nos casos em que se verifica a desnecessidade da readaptação social do autor do fato criminoso. O exemplo dado são os casos de colarinho branco, crimes dolosos ou os que ocorrem em circunstâncias estritamente excepcionais.

Por último e de suma importância, os autores discorrem sob a instrumentalização do ser humano ao colocá-lo como fins do Estado e como forma de regramento e determinação da sociedade.

Ao subjetivar os fundamentos da pena e tratar o delinqüente como ser anormal, ao ponto de se admitir até mesmo sua exterminação, é inadmissível. No Estado Democrático de Direito em que vivemos, tal teoria põe por terra todos os direitos fundamentais do ser humano.

A dignidade, base de todo o ordenamento jurídico, não se apóia na prevenção especial, ao contrário, este preceito constitucional perde seu sentido, ao tratar da sanção, da intimidação do criminoso, como única forma de proteção social.

3.3 Teorias mistas ou ecléticas

Como o próprio nome identifica, as teorias mistas ou ecléticas fundiram as fundamentações retributivas e preventivas, acentuando a importância de cada uma em momentos distintos.

Bitencourt (2006) ensina que essa unidimensionalidade das várias explicações do sentido da pena é incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociológicos que interessam ao Direito Penal, o que resulta em consequências graves para a segurança e para os direitos fundamentais do homem. Neste argumento, a teoria mista distingue o fundamento e o fim da pena.

Como fundamento da pena, Bitencourt (2006, p. 120) sustenta que:

“[...] a sanção punitiva não deve “fundamentar-se” em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito. Com esta afirmação, afasta-se um dos princípios básicos da prevenção geral: a intimidação da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos. E, com o mesmo argumento, evita-se uma possível fundamentação preventivo-especial da pena, onde esta, como já vimos, tem como base aquilo que o delinqüente “pode” vir a realizar se não receber o tratamento a tempo, e não o que já foi realizado, sendo um critério ofensivo à dignidade do homem ao reduzi-lo à categoria de doente biológico ou social”.

Já como fim da pena, o autor considera que é a defesa da sociedade a sua finalidade, ou seja, a tutela dos bens jurídicos e a retribuição tem a única função de estabelecer o máximo e o mínimo da pena, impossibilitando uma exacerbação da sanção ante o cometimento do delito.

Busato e Huapaya (2003) partem da mesma noção que Bitencourt, mas com uma diferenciação no sentido do fundamento da pena.

Para os autores, o fundamento da sanção penal é a base de onde se deve partir e, o fim da pena, é o resultado do que se deseja com a aplicação da pena. O fundamento, parte da relação que o criminoso tem com o fato que praticou. Não há mais no que se falar em peculiaridade preventiva geral ou especial, já que a primeira guarda relação da pena com o propósito intimidador da mesma e, a segunda, baseia a sanção penal na sua função ressocializadora.

Alicerçando a pena na íntima responsabilidade do delinqüente pelo fato praticado, há duas conotações que são de importante reflexão: primeira é que os limites da sanção penal não se definirão, podendo, deste modo, até se afirmar a idéia de penas indeterminadas; segundo é que tal teoria se afirma na retribuição e no princípio da culpabilidade.

Desta segunda implicância, Busato e Huapaya (2003, p. 229) apud Garcia-Pablos (2000, p. 165) comenta que as teorias unificadoras:

“reclamam uma pena proporcionada à culpabilidade, no marco da culpabilidade, se bem que dentro deste âmbito admitem que possam operar os princípios preventivos; os que a efeitos da graduação da pena significa: pena ajustada a um fim, mas só no marco que oferece a retribuição justa; a pena justa ou dito de outro modo: a retribuição será o ‘limite máximo’ da prevenção”.

Ante as várias teorias unificadoras, que trazem sentido diverso à pena e as insuficientes concepções monistas da pena, Busato e Huapaya (2003) citam a Teoria Dialética da União, de Roxin, na qual ele tenta unificar os fins preventivos e gerais, a partir dos diversos estágios da norma, quais sejam, cominação e aplicação, na qual ele aplica as características da prevenção geral e execução, na qual prevenção especial leva à ressocialização do criminoso.

Como todas as outras teorias fundamentadoras da pena, as teorias unificadoras também receberam suas críticas. São elas no sentido de que não há como conciliar postulados evidentemente opostos, como a retribuição, que prejudica o acusado e a ressocialização que o beneficia.

3.4 A teoria do garantismo penal como proposta de aferição dos sistemas penais

A teoria do garantismo penal é discorrida por Ferrajoli (2002) como um modelo penal garantista desenvolvido por um conjunto de princípios constitucionais. Tal conjunto forma um esquema epistemológico no qual visa a assegurar, como outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, a limitação do poder punitivo e a tutela do indivíduo contra a arbitrariedade.

Do mesmo modo, o esquema de princípios garantistas apresenta seus elementos constitutivos, um relativo à definição legislativa e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível, os quais correspondem a um conjunto de garantias penais e processuais.

O primeiro dos elementos é o convencionalismo penal, resultante do princípio da legalidade estrita, no qual exige duas condições: o caráter legal em que define o fato punível e o caráter fático em que expõe as hipóteses de desvio que foram legalmente definidas.

Conforme o primeiro caráter, Ferrajoli (2002) cita que o fato a ser tipificado na lei não é aquele reconhecido pela sociedade como imoral, anormal ou socialmente lesivo, mas é

aquele formalmente indicado na lei como pressuposto de aplicação da pena, segundo a fórmula “*nulla poena et nullum crimem sine lege*”. Já o segundo caráter identificador do esquema garantista se reproduz na culpabilidade do autor e não por meio de critérios subjetivos da figura do criminoso, segundo a outra fórmula “*nulla poena sine crimine et sine culpa*”.

O caráter legal equivale ao princípio da reserva legal e na submissão do juiz à lei. Para Ferrajoli (2002) o magistrado não pode qualificar como crime os fatos que ele considere imorais e, assim, merecedores de sanção, mas independente de seu juízo valorativo, qualificar apenas aqueles que venham ser tipificados na lei.

Ferrajoli denomina a absoluta vinculação do juiz à lei como o princípio da “mera legalidade”, a precisão dos fatos e sua prescrição na lei como o princípio da “estrita legalidade”, no qual o Legislativo deverá prescrever todas as hipóteses de desvio punível para não haver lacunas e evitar a discricionariedade do magistrado.

Nesta formulação do sistema garantista por meio do convencionalismo penal, Ferrajoli (2002, p. 31) entende que:

“O sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico: o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito”.

O segundo elemento é o cognitivismo processual, na exata determinação do que é punível. Este elemento determina as justificações de fato e de direito para o fato punível. Como primeiro elemento, ele é assegurado pelo princípio de estrita jurisdiccionariedade, que também exige duas condições: a verificabilidade das hipóteses que desencadeiam o desvio punível e a comprovação empírica, por meio de procedimentos que permitem tanto a verificação quanto a contestação.

Ferrajoli (2002) entende que o fato a ser punido deve ser regulado pelo sistema penal e não por regras de comportamento que determinam as figuras delituosas. Se assim for, como nas tipificações do desacato e do ato obsceno, a norma penal se constitui como figura penal em branco, o que viabiliza a discricionariedade do juiz e afeta diretamente o princípio da legalidade. O autor cita que “para que estes mesmo princípios sejam satisfeitos é necessário,

além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter ‘constitutivo’ e tenham caráter ‘recognitivo’ das normas e ‘cognitivo’ dos fatos por ela regulados” (Ferrajoli, 2002, p. 32).

Deste modo, o fato punível deve estar descrito na norma penal, bem como todas as suas hipóteses de acusação, na qual garanta o princípio “*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*”. Para que o juízo não baseie a condenação na lógica, não podendo a sua decisão ser refutada e muito menos contestada, a mesma deve se fundamentar em provas e contraprovas, segundo a formula “*nullum iudicium sine probatione*” e o pensamento de Aristóteles apud Ferrajoli (2002, p. 32) que “leis bem dispostas determinem por si tudo quanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível, (...) mas é forçoso que aos juízes se lhes deixe a decisão sobre se algo ocorreu ou não e se é ou não é, pois não é possível que isto o preveja o legislador”.

É neste esquema epistemológico que deriva o modelo garantista do processo penal como um processo de cognição ou de comprovação, onde o fato determinado na lei como um crime, deve ser determinado por um procedimento probatório do tipo indutivo, no qual se exclui as valorações e admita, predominantemente, afirmações ou negações.

Esta concepção cognitiva da jurisdição juntamente com a concepção convencionalista e empírica da legislação, na qual são complementos uma da outra, asseguram outros dois resultados: o valor da certeza na determinação do desvio punível, fundamentada na taxatividade legal e judicial dos pressupostos típicos gerais e abstratos. Portanto, devem ser definidos pela lei e aplicados na proporção exata em juízo.

O outro resultado é a separação entre direito e moral, pois somente por convenção jurídica é que um determinado comportamento constitui delito e não por um juízo de moralidade, nem um diagnóstico sobre a natureza anormal é que o indivíduo será responsabilizado.

É em todo esse modelo teórico que se funda a teoria garantista, que o próprio autor Ferrajoli cita como um modelo limite, amplamente idealista, pois para ele, nunca será realizado na sua concretude.

Para ele, a idéia de um silogismo judicial perfeito, que possa identificar com certeza os fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica, pois o termo “verdadeiro” e os critérios de aceitação da “verdade” no processo penal exigem decisões dotadas de certa discricionariedade. Por mais aperfeiçoado que esteja o sistema das garantias penais, o exame dos pressupostos legais da pena nunca será certo e objetivo. Isso se deve, em grande parte, a

interpretação da lei, que nunca se dá por critérios absolutamente cognitivos, mas é sempre resultado de proposições interpretativas e alternativas.

Em outro plano, ainda que estejam presentes as garantias processuais, a decisão sobre o fato punível embasada na sua verificação, exige decisões argumentadas. A decisão fundamentada nas provas empíricas exige um procedimento indutivo, no qual se exige um poder de escolha por parte do magistrado.

Mesmo tendo a função de delimitar o poder punitivo do Estado, mediante a exclusão das punições “*extra*” ou “*ultra legem*”, o modelo penal garantista esbarra nos momentos de valoração, quando, ao invés de punir o réu, servem para excluir a sua culpabilidade ou atenuá-la por meio das circunstâncias específicas em que o fato punível tenha ocorrido.

Em último lugar, Ferrajoli (2002, p. 34) cita o poder discricionário como um entrave à aplicação do modelo penal garantista, dizendo que:

“[...] o juiz, ainda quando em contraste com a natureza de seu papel, não pode subtrair-se à responsabilidade política das escolhas e decisões. Esta é a contradição, nunca de todo resolúvel, que aflige os fundamentos de legitimidade da jurisdição penal e sobre a qual sempre se assentou a reflexão da cultura liberal-garantista. Como veremos, nas duas dimensões se mede o grau de irracionalidade jurídica e de ilegitimidade política de todo o sistema penal”.

Por todos esses entraves é que Ferrajoli acredita ser o modelo penal garantista, um modelo ideal, de caráter utópico. Ocorre que, isto não impede que a teoria seja aplicada, em maior ou menor medida, segundo as técnicas judiciais e legislativas adotadas.

Assim, por todo o exposto, o garantismo penal dependerá tanto da esfera judiciária, quanto da legislativa e da administrativa, uma ou outra aplicando a teoria de acordo com seus critérios de uma ideologia garantista.

Portanto, tudo dependerá de início, da estrita legalidade, como o próprio Ferrajoli cita e no decorrer de toda o sistema penal, do impedimento das figuras como as lacunas da lei, a discricionariedade do magistrado e na delimitação do poder Estatal.

CAPÍTULO 4 - O GARANTISMO PENAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sendo a dignidade da pessoa humana a premissa básica do Estado Democrático de Direito, não se poderia olvidar que ela reflete no Direito Penal Garantista, pois a finalidade do garantismo penal é a tutela dos bens jurídicos e a limitação da atuação estatal por meio da aplicação das garantias constitucionais fundamentais. Como cita Amilton Bueno de Carvalho (2002, p. 19), pela garantia dos direitos fundamentais do ser humano “os direitos fundamentais adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”.

Assim, como a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos penais e deve estar consubstanciada na valorização e tutela dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal, a pena só deve ser cominada quando houver uma concreta lesão ou perigo para o bem protegido pelo ordenamento jurídico. É deste sentido que deriva o princípio da lesividade, base para o sistema penal garantista (Ferrajoli, 2002).

Como Amilton Bueno de Carvalho (2002) discorre, o princípio da lesividade está na idéia de materialidade da conduta. Ele cita a secularização como forma do Direito Penal de abdicar de punir certas condutas que representassem meros estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis, deixando para ser penalmente relevante apenas aqueles danos que tenham como efeito uma ação.

Ferrajoli acrescenta que (2002, p. 372):

“[...] a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal”.

Deste modo, o autor do garantismo penal define que perante o princípio da lesividade, no Direito Penal, “a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos” (Ferrajoli, 2002, p. 372).

É deste modo que a concreta lesividade ao bem jurídico é de suma importância para a aplicação da pena, pois é da injustiça da intervenção punitiva, por meios de atos de autoritarismo que deriva o maior desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Se o Direito Penal visa tutelar os cidadãos e minimizar a violência, as únicas proibições penais que deveriam ser aplicadas, seriam aquelas justificadas pela absoluta necessidade, que suporiam maior violência e mais grave lesão de direitos do que as que

poderiam ser geradas pela aplicação da pena, o que decorre, nestes exatos termos, o princípio da necessidade da aplicação da lei penal.

Ocorre que, como bem Ferrajoli (2002) expõe, nem o princípio da necessidade e muito menos o da lesividade determinam, com precisão exata, a natureza e quantidade do dano que impõem a necessidade da proibição penal. Tratando tais princípios como um problema teórico sobre os fins da pena, a discricionariedade, problema latente no nosso atual sistema penal, aparece mais ou menos neutra e favorece, conforme sua visão, sistemas de proibição máxima ou mínima, se ela se identificar como útil a pena, para a máxima segurança penal ou como mínima restrição necessária da liberdade.

Além do problema exposto do poder discricionário, Ferrajoli (2002, p. 374) cita outro questionamento sobre a teoria do bem jurídico. Palavras como “lesão”, “dano” e “bem jurídico”, para o autor, são claramente valorativas:

“Dizer que um determinado objeto ou interesse é um “bem jurídico” e que sua lesão é um “dano” é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um “bem penal” significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena. Mas isto significa também, inversamente, que um objeto “deve ser” (julgado e considerado como) um “bem” para que esteja justificada a tutela penal; e, mais ainda, que o valor que ao mesmo associado deve ser superior ao do que se atribui aos bens de cuja a ofensa não decorra pena alguma. Sob esse aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente dos fins do direito penal: trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretendem alcançar”.

Por todos estes problemas expostos e por todas as teorias que tentam explicar o sentido da pena, as quais já foram apresentadas neste trabalho, o garantismo penal surge e assume um papel único e inovador na tutela dos direitos fundamentais, o que afasta a idéia de ser tanto um minimalismo penal, como uma teoria absolutista e autoritária.

O sistema garantista inova, pois, como o próprio Ferrajoli (2002) cita, ele apresenta dez condições, limites ou proibições que são identificadas como garantias da sociedade contra o arbítrio ou o erro penal. Neste sistema, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produza a comissão de um delito, a legalidade do delito, a real necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, a característica externa ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do autor e, ainda, sua prova fática produzida por um processo que seja imparcial, público, que garanta o contraditório e que seja executado por procedimentos pré-estabelecidos.

Para o criador do garantismo penal, o sistema garantista reside nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. “Garantismo”, com efeito, significa (Ferrajoli, 2002, p. 271):

“[...] 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 arbitrariedade das proibições e das punições, 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. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal”.

É por tudo o que foi demonstrado, que para se fazer aplicar o verdadeiro Estado Democrático de Direito, pautado em todas as garantidas prescritas na Constituição Federal, é que o garantismo, na seara penal, deve ser uma teoria a ser aplicada. Ocorre que, como Ferrajoli (2002) expõe, o modelo penal garantista é ideológico e necessita de um efetivo funcionamento de todo o sistema, pois Estado de Direito é sinônimo de “garantismo”.

O autor conclui sua teoria exprimindo a crítica de um sistema garantista irreal e longe de ser efetivado, pois o entrave é remodelar as técnicas legislativas e judiciárias de um modo que sejam capazes de assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. Além disso, será difícil atuar e desenvolver, na prática, o sistema das garantias.

Se o Estado retirou da sociedade o “*jus puniendi*” e trouxe para ele a responsabilidade de punir, de recuperar e reeducar os presos, preparando-os para retornar à sociedade e se tornarem produtivos para que não reincidam em práticas delituosas, atuando de acordo com a estrita legalidade, como podemos ainda aceitar os milhares de presos que cumprem pena de forma subumana em celas superlotadas; o erro judiciário, no número intolerável de inocentes processados e até punidos.

Mas, para Ferrajoli (2002) o sistema garantista não é inalcançável, pois basta que além das condições internas de validade, estejam presentes as condições externas nas quais o direito caminha, como a lealdade institucional dos poderes públicos, a maturidade democrática das forças políticas e sociais, sua disponibilidade para lutar pelos direitos, dando assim, um sustento prático para o sistema normativo das garantias.

Dado o pensamento de Ferrajoli é que o garantismo é a melhor forma de se aplicar o Estado Democrático de Direito na esfera penal. Foi tão intensa a luta por uma Constituição Brasileira pautada em direitos ao cidadão, na proteção contra qualquer ato arbitrário do

Estado, contra a liberdade do indivíduo, a ofensa à sua honra, imagem e dignidade, sendo inaceitável que ainda temos um ordenamento penal pautado na injustificação das penas, na discricionariedade do judiciário, no erro penal, na falência do sistema carcerário, nos quais há ofensa diária à dignidade do ser humano.

O garantismo, portanto, poderá concretamente sobreviver se apoiado pela luta por sua atuação, pela solidariedade dos entes políticos e sociais, do sentimento dos cidadãos dos próprios e dos outros direitos, das lutas individuais e coletivas para a sua defesa e para seu desenvolvimento, do empenho de toda a sociedade civil e intelectual contras as carências e distorções dos poderes, em todos os níveis do ordenamento. Será dessas garantias externas em conjuntos com as internas ou jurídicas que existirá o garantismo penal.

CONCLUSÃO

Desde os primórdios que se intenta valorizar o ser humano e posicioná-lo numa condição que o reconheça como possuidor de valores essenciais e inerentes à condição de pessoa, possuidora de direitos fundamentais, como a dignidade.

Foram tantas as pretensões no decorrer da evolução social, que se chegou à conceituação mais apreciada pelo ordenamento jurídico. A construção teórica de Kant, sob o enfoque antropocêntrico, posiciona a dignidade do indivíduo acima de qualquer coisa mundana, ou seja, toda e qualquer instrumentalização do ser humano é repudiável por esta garantia fundamental.

A partir da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988, situando-a como valor supremo da ordem jurídica e como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é que se buscou vincular tal princípio como uma garantia de ordem penal. Portanto, o legislador se preocupou em transformar este princípio em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais.

Percorrendo um caminho orientado pelo pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, Alexandre de Moraes, Francisco de Assis Toledo, dentre outros autores estudados, buscou-se dar sentido ao princípio da dignidade da pessoa humana, analisando seus antecedentes históricos, logrando chegar à delimitação conceitual de tal princípio constitucional.

Após o diagnóstico da garantia fundamental em exame, o presente trabalho se baseou na busca de vinculação do Direito Penal com a Constituição Federal de 1988. Para isso, a análise partiu dos princípios constitucionais que influenciam e são as pilastras do ordenamento penal.

Dada a importância da dignidade da pessoa humana para a Constituição vigente é que se delimitou este princípio como base e fundamento para atuação do Estado no “*jus puniendi*”.

Ao analisar as várias teorias que tratam de uma das principais atividades do Estado na proteção da sociedade, qual seja, a aplicação da pena, encontrou-se o garantismo penal, modelo normativo de justificação no qual luta pela tutela dos direitos e valores inerentes a pessoa humana.

No intento de demonstrar que a teoria do garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, denota a preocupação da efetividade das normas fundamentadoras de um Estado Democrático de Direito, é que a presente pesquisa se iniciou.

Mesmo com as críticas desarranjadas de que o sistema garantista nunca será aplicado em sua concretude, ele funda-se em modelo ideal do Estado de Direito, o qual está pautado na Constituição Federal Brasileira, por isso, com rigor, deve ser efetivado.

Ao reconhecer que o sistema penal vigente está se desviando do real significado de aplicação da pena e, ao observarmos a situação brasileira no desacreditar da sociedade na função punitiva do Estado, com a inaplicação da lei, dos direitos e garantias de todo o ser humano, se verificará que somente com a mobilização de todos os setores políticos e sociais, com a implantação de políticas públicas voltadas à efetiva ressocialização do criminoso e com a reestruturação dos estabelecimentos prisionais é que se garantirá a efetivação dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja ele criminoso, seja ele vítima do fato punível.

Se a sociedade clama pela verdadeira justiça e pela atuação incisiva do Estado, cuja qual se dá pelo poder de punir, ela também tem que atuar de forma ativa, na defesa de tais interesses e na aplicação das garantias fundamentais de todo o indivíduo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 913p.

BOBBIO, Norberto. . **A era dos direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232p.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 3ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Convenção (1969). **Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. 298p.

BRASIL, Declaração (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. 298p.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**: Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. 3ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 317p.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 177p.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. . **Manual de direito penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 457p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 371p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir : nascimento da prisão**. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 277p.

JÚNIOR, Celso Rodrigues Ferreira. **Os direitos humanos e o multiculturalismo**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5898>. Acesso em: 10 nov. 2007.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991. 123p.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003. 141p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. 320p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 651p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª. ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 244p.