

**LÚCIO ALBERTO ENEAS DA SILVA FERREIRA**

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS OBRIGAÇÕES  
CONSTITUCIONAIS DO ESTADO NA TUTELA PENAL**

**FRANCA  
2007**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**LÚCIO ALBERTO ENEAS DA SILVA FERREIRA**

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS OBRIGAÇÕES  
CONSTITUCIONAIS DO ESTADO NA TUTELA PENAL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado).**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo César Corrêa  
Borges.**

**FRANCA  
2007**

Ferreira, Lúcio Alberto Eneas da Silva

O princípio da igualdade e as obrigações constitucionais do Estado na tutela penal / Lúcio Alberto Eneas da Silva Ferreira.  
–Franca : UNESP, 2007

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História,  
Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito penal – Igualdade. 2. Obrigações constitucionais – Estado. 3. Direito penal mínimo. 4. Tutela penal.

CDD – 341.5

**LÚCIO ALBERTO ENEAS DA SILVA FERREIRA**

**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS OBRIGAÇÕES  
CONSTITUCIONAIS DO ESTADO NA TUTELA PENAL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da  
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como exigência parcial  
para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direito  
Obrigacional Público e Privado).**

**BANCA EXAMINADORA:**

**Presidente:** \_\_\_\_\_

**Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Franca, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007.**

O presente trabalho é dedicado:

À minha avó Ana, *in memorian*, pelo exemplo de força, coragem e determinação.

Ao meu avô José, *in memorian*, pelo exemplo de dedicação ao trabalho.

À minha avó Rosa, *in memorian*, pelos almoços de domingo em família.

Ao meu pai Aparecido, *in memorian*, pela inspiração e proteção espiritual.

Ao meu tio Camilo, *in memorian*, pela ajuda quando precisei.

Ao meu tio Devanir, *in memorian*, pelo exemplo de humildade.

Ao Desembargador Castro Duarte, *in memorian*, pela confiança depositada em mim.

À minha mãe Lídia, pelo seu amor e exemplo de honestidade e simplicidade.

Ao meu sogro Walter, pela retidão de caráter.

À minha sogra Genésia, pela sua devoção à família e a Deus.

À minha esposa Luzia, pelo seu amor e carinho.

Aos meus filhos, Caio e Laura, pela felicidade e motivação que me proporcionam.

Ao meu irmão Júlio.

À minha madrinha Betinha.

Aos meus amigos e parentes.

Aos meus alunos.

E a todos aqueles que constroem a vida com luta e sofrimento.

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges, pelos seus ensinamentos, orientações e por ter me conferido a oportunidade de regressar, como aluno, aos bancos da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista – UNESP – campus de Franca.

Ao Prof. Dr. Antônio Alberto Machado, pelos ensinamentos na graduação e pós-graduação e pela sua dedicação ao estudo da Teoria Crítica, que me permitiu repensar os valores, objetivos e fundamentos do Direito.

Ao Prof. Dr. Christiano José de Andrade, pelos ensinamentos na graduação e pós-graduação e pela sua postura democrática e cordial.

Ao Prof. Dr. Augusto Martinez Peres, pelos seus ensinamentos na graduação e pós-graduação e pela sua postura ativa e com retidão de caráter.

À Profa. Dra. Jete Jane Fiorati, pelos ensinamentos sobre metodologia da pesquisa científica e pelo seu exemplo de dedicação ao estudo e à Universidade.

Ao Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes, pela sua participação no exame geral de qualificação, com críticas e sugestões ao presente trabalho, que foram valiosas.

Aos Profs. Drs. Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Haroldo Pinto da Luz Sobrinho, pelos ensinamentos de Direito Penal na graduação e pela inspiração de seguir seus passos como Magistrado e Professor na área penal.

Aos demais professores da graduação e pós-graduação, pelos ensinamentos e pelo prazer do convívio na UNESP.

Aos funcionários da Faculdade, em especial da Seção de Pós-Graduação em Direito, que sempre me receberam com educação e prestatividade.

“Depois de tudo, ficaram três coisas:  
a certeza de que estamos sempre recomeçando...  
a certeza de que é preciso continuar...  
a certeza de que seremos sempre interrompidos antes de terminar...  
Portanto, devemos:  
fazer da interrupção, um novo caminho...  
da queda, um passo de dança...  
do medo, uma escada...  
do sonho, uma ponte...  
da procura, um encontro”.

Fernando Pessoa



## RESUMO

A presente pesquisa aponta o Estado como co-responsável pela desigualdade social, estigmatização e marginalização ao aplicar o Direito Penal de forma seletiva e desigual, atingindo com maior intensidade a população pobre. Adverte o leitor sobre o papel da ideologia na determinação dos conceitos; nas escolhas dos agentes políticos e na ausência de percepção pela maioria da população sobre a aplicação desigual da lei penal. Ressalta as obrigações constitucionais do Estado Democrático e Social de Direito na criação dos tipos penais, na aplicação da lei penal e na execução das penas e medidas de segurança, em busca da igualdade material e da erradicação da pobreza, visando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Expõe a evolução da teoria do bem-jurídico e as bases para a formação de um direito penal mínimo, garantista e legitimado na escala de valores e princípios previstos na Constituição Federal. Faz uma crítica ao positivismo jurídico e apresenta as bases de uma nova hermenêutica jurídica fundada no compromisso social do juiz com os valores e princípios constitucionais. Apresenta os sintomas da crise da pena privativa de liberdade, seu efeito estigmatizante, sua aplicação desigual e seletiva e sua promessa ilusória de recuperação do criminoso. Ressalta a importância de valores como a tolerância, a solidariedade e a conciliação na solução do conflito criminal.

**Palavras-chave:** tutela penal. ideologia; obrigações constitucionais do estado; princípio da igualdade; bem-jurídico; valores constitucionais; dignidade da pessoa humana; princípios constitucionais; direito penal mínimo; justiça social.

## RIASSUNTO

La presente ricerca indica lo Stato come corresponsabile della disuguaglianza sociale, stigmatizzazione e emarginazione nell'applicare il Diritto Penale in forma selettiva e disuguale, attingendo con maggiore intensità la popolazione povera. Avverte il lettore sul ruolo dell'ideologia nella determinazione dei concetti; nelle scelte degli agenti politici e nell'assenza di percezione da parte della maggioranza della popolazione dell'applicazione disuguale della legge penale. Risalta gli obblighi costituzionali dello Stato Democratico e Sociale di Diritto nella creazione dei tipi penali, nell'applicazione della legge penale e nell'esecuzione delle pene e misure di sicurezza, alla ricerca dell'uguaglianza materiale e dello sradicamento della povertà, mirando alla costruzione di una società libera, giusta e solidale. Espone l'evoluzione della teoria del bene giuridico e le basi per la formazione di un diritto penale minimo, garantista e legittimato dalla scala di valori e principi previsti nella Costituzione Federale. Fa una critica al positivismo giuridico e presenta le basi di una nuova ermeneutica giuridica fondata sull'impegno sociale del giudice con i valori e principi costituzionali. Presenta i sintomi della crisi della pena privativa di libertà, il suo effetto stigmatizzante, la sua applicazione disuguale e selettiva e la sua promessa illusoria di recupero del criminale. Risalta l'importanza di valori come la tolleranza, la solidarietà e la conciliazione nella soluzione del conflitto criminale.

**Parole chiave:** tutela penale; ideologia; obblighi costituzionali dello stato; principio dell'uguaglianza; bene giuridico; valori costituzionali; dignità della persona umana; principi costituzionali; diritto penale minimo; giustizia sociale.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 IDEOLOGIA E DIREITO</b> .....	22
<b>1.1 Uso Ideológico do Termo “Igualdade”</b> .....	28
<b>1.2 Uso Ideológico do Termo “Justiça”</b> .....	30
<b>1.3 Uso Ideológico do Termo “Princípio”</b> .....	32
<b>1.4 Uso Ideológico do Direito Penal</b> .....	34
1.4.1 Negação da legitimidade e do princípio do bem e do mal.....	34
1.4.2 Negação do princípio da culpabilidade individual.....	36
1.4.3 Negação da finalidade da pena de recuperação do criminoso.....	37
1.4.4 Negação do princípio de igualdade.....	39
<b>CAPÍTULO 2 IGUALDADE PENAL E OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO NA TUTELA PENAL</b> .....	41
<b>2.1 Conceito e Distinções entre Estado de Direito; Estado Liberal de Direito; Estado Social e Estado Democrático de Direito</b> .....	41
2.1.1 Surgimento do Estado de Direito e Estado Liberal de Direito.....	41
2.1.2 Estado Social de Direito.....	43
2.1.3 Estado Democrático de Direito.....	44
<b>2.2 Delimitação das Obrigações Constitucionais do Estado na Tutela Penal</b> .....	46
<b>2.3 Obrigações Constitucionais do Estado Social e Democrático de Direito na tutela penal</b> .....	49
<b>2.4 A Função de Garantia do Direito Penal no Estado Democrático e Social de Direito</b> .....	54
<b>2.5 A Igualdade Material no Direito Penal</b> .....	55
<b>CAPÍTULO 3 IGUALDADE PENAL E FUNÇÃO LEGISLATIVA</b> .....	62
<b>3.1 O Bem Jurídico e sua Escala de Valores</b> .....	63
<b>3.2 A Proporcionalidade da Pena</b> .....	84
<b>3.3 O Caráter Subsidiário do Direito Penal</b> .....	88
<b>3.4 A Proibição do Uso de Penas Cruéis, Infamantes, Banimento e Morte</b> .....	89

<b>CAPÍTULO 4 O APLICADOR DA LEI PENAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....</b>	<b>96</b>
<b>4.1 Crítica ao Normativismo Jurídico.....</b>	<b>97</b>
<b>4.2 A Certeza e Segurança Jurídicas.....</b>	<b>108</b>
<b>4.3 A Igualdade Exige Análise Subjetiva e Interpretação de Valores. A Nova Hermenêutica Jurídica .....</b>	<b>110</b>
<b>4.4 O Compromisso Social do Aplicador da Lei Penal com a Inclusão Social, a Erradicação da Pobreza e a Dignidade da Pessoa Humana.....</b>	<b>115</b>
<b>CAPÍTULO 5 IGUALDADE PENAL E FUNÇÃO EXECUTIVA.....</b>	<b>121</b>
<b>5.1 A Execução da Pena e da Medida de Segurança.....</b>	<b>121</b>
<b>5.2 O Mito da Ressocialização.....</b>	<b>134</b>
<b>5.3 A Criminologia Crítica.....</b>	<b>137</b>
<b>5.4 A Justiça Restaurativa.....</b>	<b>147</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>151</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos temas mais importantes e polêmicos no estudo do direito moderno é o que se refere ao princípio da igualdade, porque a norma objetiva destaca a igualdade formal como garantia fundamental do cidadão, dizendo que todos são iguais perante a lei, mas “igualdade” também é sinônimo de Justiça e “Justiça” é o ideário de qualquer sistema jurídico democrático, porque não pode existir direito legítimo sem justiça. Ocorre que a igualdade como sinônimo de “Justiça” diz respeito à igualdade material, já que a igualdade entre os seres humanos deve ser tida como a base dos direitos humanos, e o ideário a ser perseguido, neste terceiro milênio, em que, há o predomínio da desigualdade material; da dominação; da discriminação; da violência exacerbada contra os menos favorecidos.

O Evangelho, segundo Mateus (20, 1-15), apresenta uma parábola que ilustra muito bem a problemática da igualdade:

O Reino dos céus é semelhante a um pai de família que ao romper da manhã saiu a fim de contratar operários para sua vinha. Ajustou com eles um denário por dia e enviou-os à sua vinha. Cerca da terceira hora, saiu ainda e viu que alguns ainda estavam na praça sem fazer nada. Disse-lhes ele: Ide também vós para minha vinha e darei o justo salário. E eles foram. À sexta hora saiu de novo e igualmente pela nona hora, e fez o mesmo. Finalmente, pela undécima hora, encontrou ainda outros na praça e perguntou-lhes: Porque estais todo o dia sem fazer nada? Eles responderam: É porque ninguém nos contratou. Disse-lhes ele, então: Ide também vós para minha vinha. Ao cair da tarde, o senhor da vinha disse a seu feitor: Chama os operários e paga-lhes, começando pelos últimos até os primeiros. Vieram aqueles da undécima hora e receberam cada qual um denário. Chegando por sua vez os primeiros julgavam que haviam de receber mais. Mas só receberam cada qual um denário. Ao receberem, murmuravam contra o pai de família, dizendo: Os últimos só trabalharam uma hora... e destelhes tanto como a nós, que suportamos o peso do dia e do calor. O senhor, porém observou a um deles: Meu amigo, não te faço injustiça. Não contrataste comigo um denário? Toma o que é teu e vai-te. Eu quero dar a este último tanto quanto a ti. Ou não me é permitido fazer dos meus bens o que me apraz? Porventura vês com maus olhos que eu seja bom? Assim, pois, os últimos serão os primeiros e os primeiros serão os últimos<sup>1</sup>.

Parece, porém, inerente ao ser humano o sentimento de injustiça relacionado com a igualdade, ou seja, não se aceitam as ações afirmativas, que visam à correção material das desigualdades. Prevalece o sentimento de que a divisão deve ser feita, segundo a capacidade, o mérito e o esforço de cada um. Ocorre que alguns integrantes da sociedade não possuem as mesmas condições materiais e psíquicas, para competirem com igualdade e, com isso, surge a necessidade da solidariedade entre os homens e das ações

---

<sup>1</sup> BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Editora Ave Maria, 2004. p. 1308.

afirmativas por parte do Estado. Existe uma tendência, do ser humano, de ser voltado para o individualismo e para a competição, como se a sobrevivência dependesse desta luta constante, conforme foi propalado por Rodolf Von Jhering na sua célebre obra: “A Luta Pelo Direito”, que se finaliza a obra com as palavras do poeta Goethe (1851, p. 435 apud JHERING, 1985, p. 88) “só deve merecer a liberdade e a vida quem, para as conservar, luta constantemente”.

Acontece que o Estado moderno prima pela busca constante e perpétua da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; além disso, a cidadania e a dignidade da pessoa humana são os fundamentos da democracia<sup>2</sup>.

Assim, não é suficiente que o Estado garanta a igualdade formal ou meramente jurídica entre os cidadãos; é preciso que se promovam ações efetivas e intervencionistas, visando à busca da igualdade material.

José Luiz Bolzan de Moraes (1996, p. 74) ensina que o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade e não se restringe a uma melhora das condições sociais, como faz o Estado Social de Direito; é preciso concretizar-se, materialmente, uma vida digna ao homem, o que, necessariamente, implica a solução do problema das condições materiais de existência.

O referido autor apresenta os princípios do Estado Democrático de Direito: 1- constitucionalidade; 2- Organização Democrática da Sociedade; 3- Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; 4- Justiça Social; 5- Igualdade; 6- Divisão de Poderes ou de Funções; 7- Legalidade e 8- Segurança e Certeza Jurídicas (MORAIS, 1996, p. 75).

O Direito Penal, por ser eminentemente Público e intervencionista, nos comportamentos humanos, precisa ser revisto e reformulado sob a ótica da igualdade material e das obrigações constitucionais do Estado Social e Democrático de Direito na tutela penal.

No desenvolvimento da pesquisa, será importante abordar o papel da ideologia, no que diz respeito ao princípio da igualdade e na escolha dos bens jurídicos que serão objeto de tutela penal, porque, conforme adverte Alessandro Baratta (2002, p. 162), atualmente existe o mito da igualdade, pelo qual se acredita que o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos, e que a lei penal é igual para todos e que todos têm iguais

---

<sup>2</sup> Artigo 3º da Constituição Federal.

*chances* de serem sujeitos ativos de crimes e de sofrerem as conseqüências do processo de criminalização.

A criminologia crítica apresenta proposições opostas ao mito da igualdade, destacando o caráter fragmentário do direito penal, que não protege todos os bens jurídicos, mas somente aqueles essenciais; a lei penal não é igual para todos, porque o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; e o grau efetivo de tutela penal e o *status* de criminoso não são distribuídos de acordo com a danosidade social das ações e gravidade das infrações, que deveriam ser as principais variáveis para a reação criminalizante e a sua intensidade. A crítica visa demonstrar que o Direito Penal não é menos desigual do que outros ramos, pelo contrário, é o direito desigual por excelência (BARATTA, 2002, p. 162).

Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1999, p. 191) também pondera que a ideologia tem influência marcante na formulação do Direito Penal, já que no mais das vezes as leis penais são protetoras de valores ou bens que não são necessariamente representativos de uma aspiração social majoritária e que tudo mais em direito penal segue uma ideologia dominante, ou seja, a redação do tipo penal; os limites da pena; os mecanismos de execução da pena; a escolha da sanção; a atuação do Poder Judiciário; as normas processuais.

Alessandro Baratta (2002, p. 161) ainda destaca três momentos ou mecanismos que devem ser analisados separadamente no processo de criminalização: 1- o mecanismo de produção das normas (chamado de criminalização primária); 2- mecanismo da aplicação das normas (chamado de criminalização secundária); 3- mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.

O referido autor também destaca a ideologia da defesa social em que baseia a responsabilidade penal nos princípios da legitimidade; do bem e do mal; da culpabilidade; finalidade ou prevenção; igualdade, interesse social e delito natural, que representam o ponto de chegada de uma longa evolução do pensamento penal e penitenciário, mas não permitem analisar realisticamente o processo de criminalização; por isso a criminologia crítica pretende a superação do conceito de defesa social (BARATTA, 2002, p. 44).

Portanto, a presente pesquisa visa destacar, nas funções do Estado (legislativa, Judiciária e Executiva), os três mecanismos principais de criminalização e, por conseguinte, produtores da desigualdade na tutela penal. Também visa destacar as obrigações constitucionais do legislador, do magistrado e do executor da pena ou medida de segurança, à luz do princípio da igualdade, na tutela penal.

Parte-se do pressuposto de que o Direito Penal moderno deve estar fundamentado em cinco pilares: a legalidade; a dignidade da pessoa humana; a igualdade; a liberdade e a segurança pública, havendo entre eles uma comunicação, de modo que não se aceita o sacrifício da dignidade da pessoa humana em nome da segurança pública.

É sabido que o Direito Penal tem como principal garantia o princípio da legalidade que está previsto na Constituição Federal<sup>3</sup>: “não há crime sem lei anterior que o defina; nem pena sem prévia cominação legal”; e também está no artigo 1º, do Código Penal, mas doutrinariamente é sabido que dele decorrem outros princípios, por ser justamente um delimitador da atuação do legislador e do próprio julgador.

Assim é que se proíbe o uso da analogia “*in malam partem*”, no Direito Penal, limitando a atuação do julgador, mas também se sabe que não se podem criar tipos penais para qualquer ato tido como delituoso, pois o Direito Penal tem caráter subsidiário; é o último recurso da ordem democrática (*ultima ratio*), destinado a garantir a paz social, traduzida em segurança e no convívio harmônico entre os indivíduos, ou seja, só deve ser aplicado para proteger os valores mais importantes da sociedade e do indivíduo, e somente naquelas hipóteses nas quais outros ramos do direito não conseguem prevenir a conduta ilícita.

Visa-se, assim, coibir eventual arbítrio do legislador ou do aplicador da lei penal que usa o Direito Penal como forma de repressão social, para manutenção da ordem vigente, mas como efeito perverso acaba criando ou aumentando as desigualdades sociais e as injustiças contra a população carente.

É sabido que a principal função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade, tais como: a vida, a saúde pública, a liberdade, a integridade física, o meio ambiente, o patrimônio, a honra.

Tal proteção é feita sob a forma de ameaça de aplicação de uma sanção (pena) para aqueles que violarem tais bens jurídicos, tomando, assim, o Estado, a condição de solucionador dos conflitos internos que atinjam aqueles bens jurídicos, não se admitindo a vingança privada ou a autotutela para a solução dos conflitos.

A ameaça de punição visa incutir nos cidadãos a consciência sobre o respeito que cada um deve ter em relação àqueles bens jurídicos, para viabilizar a vida harmoniosa em sociedade: é o que se entende pelo caráter preventivo geral da pena.

Uma vez violado o bem jurídico, surge, para o Estado, o direito de punir, ou seja, o direito de reprovar a conduta anti-social praticada pelo agente. Tal reprovação deve

---

<sup>3</sup> Artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.



ser proporcional ao ato praticado; a pena aplicada deve ser justa na medida em que é necessária e suficiente para a reprovação do ato criminoso. Vale dizer que na aplicação da pena o Estado assume o papel de verdadeiro pai disciplinador, que castigará seus filhos na medida em que mereçam ser castigados, mas sem perder a finalidade educativa da pena, pois o bom pai somente castiga o filho para que ele aprenda a respeitar os valores e não volte a transgredi-los; vale dizer que o filho deve saber por que está sendo castigado e o castigo reprova, na medida em que subtrai algum direito do castigado; é a consequência jurídica pela violação do bem jurídico<sup>4</sup>.

Por outro lado, o Direito Penal também é garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana, em relação ao próprio Estado, quando seus agentes atuam na sua aplicação, agindo contra qualquer forma de discriminação, opressão, desigualdade, violência ou supressão de direitos que não estejam previamente previstos e autorizados pela lei e aplicados pela autoridade competente.

Daí a importância de se adotarem princípios que resguardam o cidadão contra o abuso e o arbítrio Estatal. Assim é que o garantismo penal adota os seguintes princípios, segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 75): 1)- princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2)- princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3)- princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4)- princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5)- princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6)- princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7)- princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8)- princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9)- princípio do ônus da prova ou da verificação; 10)- princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Segundo Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992, p. 64):

A Constituição de 1988, fundamentando o Estado Democrático de Direito, por ela criado, na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), teria necessariamente, de contemplar, como corolário dessa dignidade, o princípio da culpabilidade (inciso LVII do artigo 5º), ao qual se conxionam princípios outros, como o da presunção da inocência, o da individualização da pena, enfim, todo aquele feixe de princípios que materializam aquele outro 'do devido processo legal'. A natureza de princípio de direito justo, concedida ao princípio da culpabilidade, decorre de que: a)- fundamentando a pena, fornece-lhe caráter retributivo, simultaneamente demonstrando a face ética do Direito Penal, que assim tem, como centro de seu sistema, o homem, cuja responsabilidade provém de sua dignidade de pessoa, capaz, por isso mesmo, de sofrer reprovabilidade: b)- limitando a pena, proíbe, ao Estado, o abuso da sanção punitiva, quando da

---

<sup>4</sup> Perda da liberdade; obrigação de prestar serviços à comunidade; perda de bens ou valores; pagamento de multa ou importância em dinheiro ou prestação de outra natureza; limitação de fim de semana; interdição temporária de direitos.

satisfação da preocupação criminal, numa visão utilitarista de instrumentalização do homem para satisfação do bem comum.

Diz ainda a mesma autora (1992, p. 69):

O Estado Democrático de Direito está a serviço do homem concreto. A realidade deste homem, condicionado por suas circunstâncias econômico-sociais, não dispensa a concreção da culpabilidade na dependência, também, dessas circunstâncias sociais. Em termos da culpabilidade, intenta-se penetrar no que realmente ocorre quando se trata um homem como delinqüente, não só do ponto de vista de interesses abstratos do conhecimento, isto é, da dogmática, ou mesmo tendo em vista a perfeição do processo de direção social, mas, também tendo em vista a responsabilidade social para com aquele que sofrerá o peso da sanção jurídico-penal.

Acontece que a realidade demonstra que o Direito Penal possui um efeito perverso, que seria o uso deste mecanismo de força Estatal, de forma mais rigorosa, ou seja, acima do necessário, porque a justiça penal reside na justa equação entre suficiência e necessidade da pena, para que surta os efeitos de prevenção e reprovação do delito. O uso desnecessário desta força Estatal se faz justamente contra aquela população marginalizada (periférica), que já sofreu todo tipo de exploração ao longo dos tempos e que não tem acesso aos bens de consumo da vida moderna; não visa à recuperação, regeneração ou reeducação, mas sim, é uma forma de segregação, separação, isolamento ou confinamento, por meio da pena de prisão, sob o argumento de que a sociedade precisa de segurança e não pode ficar à mercê de tais indivíduos que representam uma ameaça constante aos direitos dos mais favorecidos. Isto parece representar o medo anterior ao delito, mas, na verdade, visa assegurar ao grupo social dominante a monopolização do uso dos bens de consumo e das oportunidades materiais.

A construção ideológica neste sentido é tão forte que os próprios integrantes da classe pobre pedem uma atuação rigorosa do Direito Penal, obviamente porque sentem mais insegurança no seu dia-a-dia, do que os ricos, que moram em condomínios fechados ou prédios de apartamentos com segurança 24 horas, por isso, os pobres, depositam na força do Direito Penal total credibilidade, como o único remédio para a sua proteção contra os que representam a sua insegurança, e a única medida que se apresenta adequada, na visão destes, é a segregação (prisão) do violador da ordem, por um longo tempo, o que vem de encontro com a ideologia da classe dominante.

Conseqüentemente, aumenta-se o número de presídios, o número de condenações e a quantidade da pena privativa de liberdade, em especial nos crimes contra o patrimônio, o que acarreta gastos elevados para o Estado, que deixa de aplicar aqueles

recursos, na educação, na profissionalização dos jovens e na área social, através dos programas assistenciais.

Em artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo”, o advogado Antônio Cláudio Mariz de Oliveira (2005, p. 3) advertiu que:

O chamado homem mediático perdeu o poder de crítica. Recebe as imagens que atingem seus sentimentos e suas emoções sem passá-las pela razão, o que é divulgado é tido como verdade. Na realidade, está ele perdendo a sua individualidade, segundo anota Ortega y Gasset. Faz parte do todo. Pensa como todos. E poucos pensam nos projetos coletivos. Cada qual procura seus interesses imediatos ligados ao conforto e ao bem-estar. O sonho e a utopia estão rareando. Há uma propagação persistente, diria até obstinada, da ideologia da repressão como o instrumento único de combate ao crime. Entenda-se como repressão os mecanismos retributivos utilizados em face do cometimento do delito. Essa cultura repressiva vem acompanhada da divulgação, pelos meios que mais atingem a massa – filmes e novelas -, da violência como único meio de reação às frustrações e decepções que a vida oferece. Assim, de um lado, o estímulo ao crime, e, de outro, ao castigo. Ao clamar pelo encarceramento e por nada mais, a sociedade se esquece de que o homem preso voltará ao convívio social, cedo ou tarde. Portanto, prepará-lo para sua reinserção, se não encarado como um dever social e humanitário, deveria ser visto, pelo menos, pela ótica da autopreservação. Com efeito, sem apoio durante o cumprimento da pena e abandonado ao sair do presídio, sua tendência quase inexorável será a volta à delinqüência.

Tal realidade já pode ser observada nos Estados Unidos da América, conforme relata Loïc Wacquant (2002, p. 49), no seu livro “Punir os Pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos”. Diz o autor que hoje a América emprega dez vezes mais dinheiro na “indústria da repressão criminal” do que no apoio aos cidadãos deserdados, e tudo indica que esta defasagem vai continuar a crescer e a prisão ocupa uma posição central que se traduz pela colocação sob tutela severa e minuciosa dos grupos relegados às regiões inferiores do espaço social estadunidense. Desenha-se assim a figura de uma formação política de um tipo novo, espécie de “Estado centauro”, cabeça liberal sobre corpo autoritário, que aplica a doutrina do “*laissez-faire, laissez passer*” ao tratar das desigualdades sociais, mas que se revela brutalmente paternalista e punitivo quando se trata de assumir as conseqüências.

Loïc Wacquant (2002, p. 82) informa que:

É verdade que, entre a penitenciária e a universidade, a Califórnia fez a sua escolha. Em 1979, o orçamento das prisões californianas consumia 3% dos recursos públicos e o das universidades, jôia e orgulho do estado, ultrapassava alegremente os 18%. Até 1984 estas cifras foram cortadas para 6 e 10% respectivamente. Dês anos mais tarde, os gastos carcerários igualavam, em seguida ultrapassavam pela primeira vez os da educação superior com 8% (center for Juvenile and Criminal Justice, 1994). Durante esta década, o estado californiano inaugurou apenas um campus universitário, a despeito do crescimento sensível da população estudantil, enquanto erguia 19 novos estabelecimentos de detenção – os documentos preparatórios à votação da lei ‘Three strikes and you’re out’ de 1994 preconizavam até mesmo a abertura de 34

prisões para o período de 1995-2000, ou seja, três vezes mais do que aquelas com que o estado contava em 1984.

Um levantamento realizado pelo Departamento de Justiça constatou que os EUA é o país com o maior número de presos do mundo, atingindo uma população de mais de sete milhões de pessoas que estão detidas ou em liberdade condicional. Este recorde equivale a proporção de um preso para cada 32 adultos. Deste total de presos, pelo menos 2,2 milhões estão encarcerados. O centro Internacional para Estudos Carcerários do King's College, de Londres, revelou que os EUA estão em primeiro lugar, enquanto que a China vem em segundo, com uma população carcerária de 1,5 milhão de pessoas. A Rússia está em terceiro com 870 mil. No que diz respeito somente ao encarceramento, os EUA se mantém no topo da lista: 737 detidos para cada 100 mil pessoas. Em geral, nos países imperialistas, esta taxa corresponde a 100 prisioneiros para cada 100 mil. Os números comprovam e desmascaram a falsa campanha de que os EUA são o país da democracia e da liberdade (OPRESSÃO..., 2006, on-line).

Wacquant (2002, p. 100) faz com muita precisão o paralelo entre a prisão e o gueto:

[...] uma comparação histórico-analítica entre o gueto e a prisão pode ajudar a esclarecer as propriedades de um e de outro. Pois essas duas organizações pertencem claramente a uma mesma classe, a saber, as instituições de confinamento forçado: o gueto é um modo de ‘prisão social’, enquanto a prisão funciona à maneira de um ‘gueto judiciário’. Todos os dois têm por missão confinar uma população estigmatizada de maneira a neutralizar a ameaça material e/ou simbólica que ela faz pesar sobre a sociedade da qual foi extirpada. É por esta razão que o gueto e a prisão tendem a desenvolver padrões relacionais e formas culturais que ostentam espantosas similaridades, merecedoras de um estudo sistemático em contextos históricos e nacionais diversos’[...] ‘uma casa de detenção ou de pena é certamente um espaço à parte que serve para conter sob coação uma população legalmente estigmatizada, no seio da qual esta população desenvolve instituições, uma cultura e uma identidade desonrada que lhe são específicas. A prisão também é, portanto, composta por estes quatro elementos fundamentais que formam um gueto - estigma, coação, confinamento territorial e paralelismo institucional – e isso por objetivos similares. Assim, da mesma forma como o gueto protege os habitantes da cidade da contaminação que implica o contato físico com os corpos corrompidos mas indispensáveis de um grupo pária, à maneira de um ‘preservativo urbano’ – segundo a significativa expressão de Richard Sennett (1994:237) em sua descrição do “medo de tocar” na Veneza do Século XVI – assim também a prisão limpa o corpo social da infâmia temporária que lhe é infligida por aqueles entre seus membros que cometeram um crime, isto é, segundo Emile Durkheim, os indivíduos que atentaram contra a integridade sócio-moral da coletividade infringindo ‘estados fortes e determinados da consciência coletiva’.

Pelo que se observa, o Brasil tem seguido o caminho da “indústria da prisão” como forma de “gueto” ou segregação. Edison Miguel da Silva Júnior (2005, p. 1) anota que:

Se o Sistema Penal fosse avaliado por critérios da iniciativa privada ele seria uma indústria de sucesso. Explico, o produto dessa indústria é a prisão, pois assim combate o crime: 'quanto mais prisões, menos crimes'. O sistema, dividido em setores como nas linhas de montagem, está voltado para a prisão de criminosos, portanto o resultado da sua produção deve ser medido pelo número de pessoas presas. Sucesso total. O balanço da última década indica que a indústria da prisão está em ótima fase, recomendando-se aos acionistas (a população que paga impostos) que continuem investindo na prisão. Vamos aos números. Em 1995, a população carcerária do Brasil era de 149 mil presos, com taxa de encarceramento de 95,5 por 100 mil habitantes; em abril de 2002, chegou-se a 235 mil, taxa de encarceramento de 138. Agora, em agosto de 2003, a população carcerária do Brasil sofreu uma explosão e bateu recorde, chegando a 301.851 pessoas. As projeções indicam que até o final do ano atingiremos a marca histórica de 350 mil pessoas presas... Só existe um problema com o produto dessa indústria: sua propaganda é enganosa. A equação 'quanto mais prisões, menos crimes', anunciada pelo Sistema Penal, não se verifica na realidade. Apesar do crescente aumento da população carcerária, observado na última década, a violência aumentou.

Esta situação reclama a abordagem do tema da igualdade, como fundamento do Direito Penal, no Estado Democrático e Social de Direito, visando a uma atuação mínima e subsidiária, de forma a não promover as desigualdades materiais, e sim, promover a inclusão social e a educação da pessoa humana.

Os tipos penais devem ser criados pela lei, seguindo sempre um critério objetivo de escala de valores, punindo-se com maior severidade as condutas que ofendam os valores mais importantes e com menos severidade as condutas que ofendam os valores menos importantes: é o que se denomina de princípio da proporcionalidade da pena.

Atualmente, aplicam-se tipos penais criados em 1940 e outros criados por leis especiais que foram sendo editadas, sem muita técnica legislativa e com algumas imperfeições no que diz respeito ao princípio da igualdade.

Podem-se apontar alguns exemplos de incoerências e imperfeições que ferem o princípio da igualdade na legislação vigente:

1- a punição do ócio, simplesmente porque a pessoa esteja apta para o trabalho e não tenha rendas para garantir sua subsistência (artigo 59 da Lei das Contravenções Penais). Vale dizer que o pobre não pode dedicar-se ao ócio, ao passo que o rico pode, já que este estaria se mantendo com suas rendas.

2- O crime de roubo, quando praticado por dois ou mais indivíduos, aumenta-se a pena de 1/3 até 1/2, mas, no furto, quando praticado por dois ou mais indivíduos, a pena dobra em relação ao furto simples. Portanto, no furto, o legislador dobrou a pena e, no roubo, aumentou de um terço até metade, sem indicar o critério razoável para tal diferenciação.

3- Puniu-se a lesão corporal gravíssima, que é aquela que resulta em incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro sentido ou função; deformidade permanente; ou aborto, com pena de 2 a 8 anos e ao mesmo tempo, pune-se o furto qualificado, que pode ser o furto de um objeto de pequeno valor praticado por dois indivíduos, com a mesma pena. A falsificação de moeda é punida com pena de 3 a 12 anos, o que demonstra maior proteção ou valorização do patrimônio e dos bens do Estado, do que à integridade física da pessoa humana.

4- A lei dos crimes Hediondos<sup>5</sup> definiu quais seriam os crimes hediondos e que estariam submetidos aos rigores daquela lei, mas deixou de classificar como hediondo o homicídio qualificado; valorizou a saúde pública, incluindo o tráfico de drogas; a liberdade sexual, incluindo o estupro e o atentado violento ao pudor, em detrimento da vida, que é o principal bem jurídico da pessoa humana. O erro foi corrigido em 1994, pela Lei 8.930, 06.09.1994, após reivindicação popular.

5- O Código Trânsito Brasileiro<sup>6</sup> tipificou o homicídio culposo no trânsito, com uma pena de 2 a 4 anos de detenção, e no Código Penal ainda se mantém o homicídio culposo com pena de 1 a 3 anos de detenção. Com isso, podem surgir situações incompatíveis, tais como: o atropelamento de alguém por uma motocicleta que causa a morte da vítima, imporá ao agente uma pena de 2 a 4 anos de detenção, mas se a vítima for atropelada por uma bicicleta, então o agente estará sujeito a uma pena de 1 a 3 anos. O mesmo se diga em relação à lesão corporal culposa no trânsito e a lesão corporal dolosa leve, prevista no Código Penal, já que esta ficou com a pena inferior (de 3 meses a 1 ano de detenção) àquela (de 6 meses a 2 anos de detenção).

5- O Estatuto do idoso<sup>7</sup> criou tipos penais visando à proteção do mesmo, mas, ao invés de aumentar o rigor da punição, porque se trata de protegê-lo, acabou abrandando a situação de quem pratica crimes contra o idoso, porque pune o abandono material do mesmo, com pena de 6 meses a 3 anos, e ainda autorizou a aplicação do procedimento previsto na Lei 9099/95, que prevê a transação penal, se a pena prevista não ultrapassar 4 anos; ao passo que o Código Penal, no seu artigo 244, punia o abandono material do ascendente inválido ou valetudinário, com pena de 1 a 4 anos de detenção, sem direito à transação penal.

---

<sup>5</sup> Lei n. 8.072, de 25.07.1990.

<sup>6</sup> Lei n. 9.503, de 23.09.1997.

<sup>7</sup> Lei n. 10.741, de 1º.10.2003.

7- O novo estatuto do desarmamento<sup>8</sup> elevou as penas do porte ilegal de arma e vetou a concessão de liberdade provisória, em relação aos crimes tipificados nos artigos 16, 17 e 18 da referida lei, criando assim, uma situação em que a lei pune com maior rigor um crime de perigo do que o crime de dano, como acontece com a lesão corporal gravíssima.

Como se vê, são algumas imperfeições que ferem o princípio da igualdade e o seu princípio corolário que é o da proporcionalidade da pena.

---

<sup>8</sup> Lei n. 10.826, de 22.12.2003.

## CAPÍTULO 1 IDEOLOGIA E DIREITO

Ao realizar uma pesquisa científica sobre a igualdade no Direito Penal, em especial, sobre a igualdade material e sobre os valores mais importantes para a sociedade, que merecem a tutela penal, é imperioso abordar inicialmente a questão da ideologia no Direito, porque é sabido que o conhecimento científico busca conhecer a realidade e a verdade das coisas, mas estas, no campo das ciências sociais e jurídicas, no mais das vezes, podem estar ocultas pelas ideologias.

Por esta razão, a teoria crítica enfatiza que o papel da ideologia, no Direito, é de manutenção do *status quo* vigente, o que implica, quase sempre, em ocultar a realidade e contribuir para a manutenção das desigualdades, da pobreza, da marginalização e da estigmatização, exercendo o Direito importante papel na manutenção da ordem social e se caracterizando como o mais eficiente meio de controle das condutas individuais (COELHO, 2003, p. 349).

Segundo a concepção marxista, o grande instrumento do Estado é o Direito. Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como “Estado de Direito”, mas o papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal e por ser legal e não-violenta deve ser aceita. Com isso, a lei é direito para o dominante e dever para o dominado. A função da ideologia consiste em fazer com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. (CHAUÍ, 2001, p. 82-83).

Não é conveniente, nos limites desta pesquisa, discorrer sobre os diferentes tipos de ideologia e os diferentes significados do termo “ideologia”. Relacionada inicialmente com o estudo das idéias, criada pelo filósofo francês Destutt de Tracy (1754-1826) para quem a Ciência das Idéias seria o verdadeiro fundamento para todas as demais ciências, que deveria investigar e descrever a forma pela qual os pensamentos se constituem (CRESPIGNY, 1981, p. 6), passou a ser tida, logo depois, como o conjunto de idéias duma pessoa ou grupo e mais tarde descobriu-se que a imagem mental não correspondia exatamente à realidade das coisas devido às deformações do raciocínio decorrentes de vários condicionamentos, em especial, os sociais, o que pode afetar as premissas e as conclusões a que chegam os cientistas (LYRA FILHO, 2005, p.14).

Segundo Lyra Filho (2005, p. 16-17), a ideologia é uma crença falsa, uma “evidência” não refletida que produz uma deformação inconsciente da realidade, mas não



se trata de má-fé, porque, conforme esclareceram Marx e Engels, a má-fé pressupõe uma distorção consciente e voluntária e a ideologia é a cegueira parcial da inteligência entorpecida pela propaganda dos que a forjaram.

Segundo Chauí (2001, p. 108), a ideologia é um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta), que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer.

Segundo Macridis (1982, p. 20), uma ideologia consiste em um conjunto de idéias e crenças, através das quais se percebe o mundo exterior e atua-se sobre essa informação. É um meio através do qual tenta-se apreender e compreender o mundo. É orientada para a ação, porque são idéias compartilhadas por muitas pessoas que agem juntas e assim são influenciadas de forma a alcançar os fins postulados.

A ideologia não se forma a partir do indivíduo. Não há deliberação de foro íntimo, isenta de interferências, que desencadeie um processo ideológico (ANDRADE, 1993, p. 20).

A ideologia é um fato social, exterior, anterior e superior aos indivíduos (LYRA FILHO, 2005, p. 19).

A ideologia é articulada e adquirida dentro das práticas de instituições como a igreja, a escola, a família e o partido político. Em vez de ser primordialmente uma formulação consciente, ela funciona com um verdadeiro inconsciente, determinando tipos de comportamentos e hábitos, é orgânica, organiza os homens e reproduz relações sociais (CRESPIGNY, 1981, p. 8).

Não há uma única ideologia acontecendo e sendo reproduzida. Existem várias, que se somam, se inter-relacionam, chocam-se; interferem reciprocamente, negam-se e se assimilam (ANDRADE, 1993, p. 21).

As ideologias tratam elas próprias de valores: a qualidade de vida, a distribuição de bens e de serviços, a liberdade e igualdade. Se houvesse acordo sobre cada uma e sobre todas as coisas, só haveria uma única ideologia compartilhada por todos, mas como não há acordo dentro de qualquer sociedade, porque as pessoas têm opiniões diferentes, as nações projetam valores e crenças diferentes (MACRIDIS, 1982, p. 25).

Na concepção marxista, a forma inicial da consciência é a alienação. Os homens não se percebem como produtores, transformadores e inventores, julgam que há um *alienus*, um Outro (deus, natureza, chefes) que definiu suas vidas e a forma social em

que vivem; por isso se submetem ao poder, e com isso as idéias serão tomadas como anteriores à *práxis*, superiores e exteriores a ela como um poder espiritual autônomo que comanda a ação material dos homens (CHAUÍ, 2001, p. 62). *Práxis* é a atividade própria dos homens livres, dotados de razão e de vontade para deliberar e escolher uma ação. Na *práxis*, o agente, a ação e a finalidade são idênticos e dependem apenas da força interior ou mental daquele que age. (CHAUÍ, 2001, p. 11).

Crespigny (1981, p. 7) aponta três interpretações diferentes da ideologia na concepção marxista: 1)- ideologia como falsa consciência; 2)- ideologia como reflexo da infra-estrutura econômica; 3)- ideologia como parte orgânica e necessária de todas as sociedades.

Mesmo aquele indivíduo que descobre o funcionamento do sistema e tenta sair ileso, em busca da “neutralidade”, acaba levando consigo uma carga ideológica porque o oposto da ideologia não é a verdade, mas é outra ideologia. Ver a ideologia como mácula de conhecimentos não os deixa puros, mas os elimina (MACEDO, 1986, p. 98 apud ANDRADE, 1993, p. 23).

Daí porque a propalada neutralidade do cientista do Direito, feita por Hans Kelsen (1934), com sua Teoria Pura do Direito, nada mais é do que outra ideologia, que idealiza e formaliza o direito, impedindo o conhecimento da realidade social.

A ideologia cumpre funções de envolvimento emocional, de unificação de esforços, de ocultamento de interesses, de projeção para o futuro, de auto-identificação do indivíduo ou de grupos, de comprometimento com idéias e apoio a propósitos, de padronização de conceitos, desencadeamento de ações (ANDRADE, 1993, p. 23).

Wolkmer (2000, p. 104-105) cita as características da ideologia: 1)- a ideologia surge em condições de crise, durante períodos de profunda tensão; 2)- os indivíduos estão ligados à ideologia pelos transmissores de massa; tais como: partidos políticos, grupos de interesses e meios de comunicação; 3)- a ideologia é um padrão sistemático de pensamento político: idéias que oferecem uma explicação e uma visão de mundo; 4)- a ideologia é autônoma e auto-suficiente porque gira em torno de algumas premissas básicas, contendo regras próprias de mudança e desenvolvimento; 5)- a ideologia é abstrata, ou seja, não é um retrato da realidade; 6)- a ideologia tende a ser exclusiva, absoluta e universal porque sua intenção é incorporar as idéias que representam os verdadeiros princípios do progresso e da justiça; 7)- a ideologia é um argumento persuasivo, gera emoção e sustenta a crença e a ação; 8)- a ideologia é milenária, prometendo um mundo melhor; 9)- a ideologia tende a ser excessiva, é algo que muito mais se deseja do que se espera ver realizado; 10) a

ideologia é personalizada e escrituralizada, mediante documentos sagrados, apresentando-se através de líderes carismáticos, heróis e mártires; 11)- a ideologia é programática pois envolve estratégias de ação que alteram significativamente as metas e os ordenamentos da sociedade; 12)- a ideologia experimenta desenvolvimento, mas é resistente a mudanças no grupo social; 13)- a ideologia está entrelaçada com movimentos políticos onde são disseminadas e executadas.

Segundo Macridis (1982, p. 20-21) o que separa a teoria e a filosofia da ideologia é que, enquanto as duas primeiras envolvem contemplação, organização de idéias e, sempre que possível, demonstração, a ideologia incita o povo à ação. A ideologia molda crenças que põem o povo em ação. Homens e mulheres se organizam para “impor” certas filosofias ou teorias e para levá-las a efeito numa maneira prática. A ideologia implica ação e esforço coletivos.

Macridis (1982, p. 22-25) informa que uma ideologia é um conjunto de idéias sustentadas por um grupo de pessoas: ela enuncia o que tem ou não valor; o que precisa ser mantido ou mudado; ela molda as atitudes daqueles que a apóiam. As ideologias não precisam ser racionais, porque geralmente são imunes a provas ou argumentos empíricos. Em contraste com a teoria e a filosofia, que se preocupam com o conhecimento e a compreensão, as ideologias estão relacionadas ao comportamento e à ação político-sociais. As funções sociais da ideologia são: 1)- solidariedade e mobilização, porque define o que é comum e o que é estranho aos membros; 2)- organização, porque proporciona uma percepção comum dos objetivos e dos meios necessários para a sua consecução, dando aos seus defensores um objetivo comum e os encoraja a executar as tarefas objetivadas; 3)- expressão, porque proporciona um veículo para que seus defensores possam expressar os desejos, interesses, esperanças e até impulsos e ansiedades pessoais; 4)- manipulação, porque pode prometer a paz e fazer a guerra; a liberdade e estabelecer um sistema autoritário; o socialismo, mas consolidar a posição e os privilégios dos proprietários; 5)- comunicação, porque a ideologia simplifica a comunicação e torna mais fácil o esforço comum para aqueles que a aceitam; e 6)- afeto, porque proporciona uma ligação emocional entre as pessoas do grupo, que passam a ter orgulho de suas idéias e são orgulhosas de cada um e de todas que as compartilham e se ajudam mutuamente na busca comum de realização. Uma pessoa cuja ideologia é compartilhada por um grupo de pessoas provavelmente será feliz e segura, deleitando-se com a intimidade do esforço comum. Ao identificar-se com ele, a pessoa nunca se sente só.

Apesar da realidade da massificação, ela seria relativa, porque não atingiria o âmago da individualidade, bem mais próximo do indivíduo, com características próprias e marcantes, estariam a família, os amigos, o clube, a igreja, o sindicato, a escola, que consolidam crenças com maior eficácia, à medida que gozam de mais e melhor reputação social. Com isso, os valores hegemônicos são derramados sobre cada um desses grupos, e eles fazem, conscientes ou não, pouco importa, a linha de frente dos modos de se comportar, desejados pelos poderosos. Exatamente aí se dão as práticas de rituais que erigem ou confirmam valores (ANDRADE, 1993, p. 28).

A ideologia não é um erro, nem sequer uma mácula do conhecimento (MACEDO, 1986, p. 98 apud ANDRADE, 1993, p. 22); pode ser abrigo que proporciona companheirismo, cooperação e realização (MACRIDIS, 1982, p. 28).

Lyra Filho (2005, p. 22) adverte que a libertação dos condicionamentos ideológicos faz florescer uma conscientização, que é favorecida, em seu impulso crítico, pelas crises que manifestam as contradições da estrutura social, onde primeiro surgiram as crenças, agora contestadas ou de contestação viável; desde que não se esteja acomodado com a alienação, o grau de consciência depende do engajamento numa “práxis”, numa participação ativa conseqüente.

O ser humano é dotado de livre arbítrio, que compreende a de liberdade de escolha e a tomada de decisões. A ideologia age justamente sobre essa liberdade de escolha, fazendo com que as escolhas não sejam tão livres assim, condiciona as pessoas a tomarem esta ou aquela decisão, não porque representam “a escolha”, mas porque interessam a determinados grupos ou interesses.

O homem livre é um ser universal (sempre existiu e sempre existirá) que se caracteriza pela união de um corpo mecânico e de uma vontade finalista (CHAUÍ, 2001, p.16).

O melhor exemplo da força ideológica é o “marketing” que virou símbolo de convencimento ilusório. Qualquer empresário sabe que o seu negócio somente será bem sucedido se realizar um bom “marketing”, que é a venda “das qualidades” do produto, que, no mais das vezes, implica associá-lo com a idéia de liberdade, sucesso, conquista, poder, independência, vantagem etc. Vale recordar as antigas propagandas de cigarros que associaram adequadamente o seu consumo a estas idéias, influenciando principalmente os membros mais jovens da sociedade.

Na política, acontece algo semelhante, porque os candidatos procuram associar a imagem pessoal com ideais de liberdade, igualdade, segurança pública, competência

administrativa, honestidade, bom senso, caridade... Acontece que muitas vezes tais imagens são “fabricadas” pelas equipes de “marketing” e não condizem com a “práxis” do candidato. Com isto, o eleitor acaba sendo induzido a fazer a escolha do seu candidato, movido pela aparência física, pela colocação de certas palavras em momentos certos, pelos gestos ensaiados, pela postura ao falar, em detrimento de propostas concretas e projetos de construção de um futuro melhor, com demonstração efetiva de resultados em administrações anteriores.

Além disso, para ser candidato é preciso disponibilizar grande soma em dinheiro e de abertura em partido político. Os partidos políticos já possuem seus “caciques”, que são os verdadeiros donos do poder, na democracia representativa, vivenciada no Brasil. O primeiro filtro da liberdade de escolha do eleitorado é justamente a escolha do candidato pelo partido político e esta escolha nem sempre estará motivada pela busca do desenvolvimento social, pela erradicação da pobreza, pela diminuição das desigualdades e para promover o bem de todos. A idéia motivadora é a conservação do poder, que implica necessariamente em auferir recursos suficientes para futuras campanhas eleitorais, popularmente conhecidos como “caixa dois de campanha”.

O financiamento das campanhas é o verdadeiro “calcanhar de Aquiles” da democracia representativa, porque grande parte dos candidatos chega a gastar na campanha mais do que ele irá receber durante todo o mandato com o salário. Com isso, a política se torna, a rigor, para o cidadão honesto e verdadeiramente comprometido com o povo um mau negócio. Além disso, o financiamento das campanhas está permeado de acordos e compromissos com os financiadores das campanhas que fazem parte da elite, que não reclama por mudanças econômicas, mas somente por segurança pública e respeito às “liberdades”.

Assim, surge a relação entre a ideologia e o Direito, porque aquela visa manter o *status quo* vigente, já que assim interessa aos donos do poder e à elite, e o Direito cria os sistemas ilusórios de proteção, resguardo da liberdade e igualdade de todos, perante a lei.

Neste aspecto o positivismo-normativista contribuiu de maneira relevante para a criação de tais ilusões, baseando-se na ideologia da “ordem social” tal como preconiza a Bandeira Nacional na frase “ordem e progresso”. A paz social nada mais é do que a ordem estabelecida que beneficia alguns, em detrimento de outros (LYRA FILHO, 2005, p. 37).

O Direito não é visto como mecanismo de mudança social, como instrumento de transformação social, mas sim, como instrumento a serviço da ordem e da segurança. Por isso, é preciso repensar o papel do Direito, à luz das normas programáticas

estabelecidas pela Constituição Federal, porque são elas que irão conferir legitimidade ao Direito aplicado e não se pode ficar esperando que sejam regulamentadas, porque a ausência de regulamentação é uma estratégia ideológica para não serem aplicadas. Em momento algum, a Constituição Federal declarou que cabe ao Direito única e exclusivamente manter a ordem social. Pelo contrário, a Constituição Federal reconheceu que o Brasil é um país de desigualdades sociais, de pobreza, de marginalização e por isto a República Federativa do Brasil tem como objetivos fundamentais a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza e da marginalização.

### **1.1 Uso Ideológico do Termo “Igualdade”**

Segundo a concepção marxista, a ideologia burguesa, através dos seus intelectuais, produz idéias que faz com os homens creiam que são desiguais por natureza e por talentos, ou que são desiguais por desejo próprio, isto é, os que honestamente trabalham enriquecem, e os preguiçosos empobrecem; que possuem iguais chances de melhorar, ocultando assim que os que trabalham não são senhores de seu trabalho e que as chances de melhorar não dependem deles, mas de quem possui os meios e as condições de trabalho. Faz com que creiam que são desiguais por natureza e pelas condições sociais, mas que são iguais perante a lei e perante o Estado, escondendo que a lei foi feita pelos dominantes e que o Estado é instrumento dos dominantes (CHAUÍ, 2001, p. 73).

A concepção marxista também acrescenta que a definição de liberdade como igual direito à escolha é a idéia burguesa da liberdade e não a realidade histórico-social da liberdade (CHAUÍ, 2001, p. 82).

Quando os homens admitem que são desiguais, porque Deus ou a Natureza os fez desiguais, estão tomando a desigualdade como causa de sua situação social e não como produto das relações sociais e, portanto, por eles próprios, sem que o desejassem e sem que o soubessem (CHAUÍ, 2001, p. 94).

A igualdade no Direito está fundamentada na expressão legal de que “todos são iguais perante a lei”; por isso, seria inconstitucional criar um *discrimen* na lei que não estivesse sustentado por uma correlação lógica; a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos, se não houver adequação racional entre o

elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. Não pode haver discriminação gratuita ou fortuita, pois deve haver uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo (MELLO, 1994, p. 37-40).

O princípio da igualdade proíbe o arbítrio, as diferenciações de tratamento sem fundamento material, quer dizer, sem justificação razoável, segundo os critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe as diferenciações fundadas em categorias meramente subjetivas (CANOTILHO, 1989, p. 577 apud LOPES, 1999, p. 279).

Por mais que se busque a igualdade formal, a realidade demonstra que materialmente os indivíduos são diferentes, o que gera em última análise um tratamento injusto por parte da lei que não considera tais diferenças, porque a isonomia consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam. Vale dizer que o princípio da igualdade não proíbe que a lei estabeleça distinções.

A ideologia que se estabelece é no sentido de que o Direito não promove desigualdades, mas a realidade demonstra o contrário, especialmente o Direito Penal que é o direito da desigual proteção de bens jurídicos e da desigual distribuição social da criminalização. A seleção legal de bens e comportamentos lesivos institui desigualdades simétricas: de um lado, garante privilégios das classes superiores, com a proteção de seus interesses e imunização de seus comportamentos lesivos, ligados à acumulação capitalista; de outro, promove a criminalização das classes inferiores, selecionando comportamentos próprios desses seguimentos sociais em tipos penais (BARATTA, 2002, p. 15).

Diante da desigualdade material surge o discurso da ideologia da competência que é no sentido de que só há felicidade na competição e no sucesso de quem vence a competição (CHAUÍ, 2001, p. 107), estabelecendo, assim, os valores da competição, da vitória, do sucesso, como sinônimos de felicidade.

Segundo Chauí (2001, p. 109), a função da ideologia é de apagar as diferenças como as de classes e fornecer aos membros da sociedade o sentimento de identidade social, com referenciais de todos e para todos como: a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação ou o Estado.

A igualdade deve ser considerada como valor supremo para uma convivência ordenada, feliz e civilizada. É um valor perene para o homem como ente pertencente a uma determinada classe, que é a humanidade. E o que faz da igualdade uma meta humanamente desejável é o fato de ser justa (BOBBIO, 2000, p. 12-15).

Segundo Bobbio (2000, p. 24), já que os homens não podem ser iguais em tudo, então devem ser considerados iguais e tratados como iguais, em relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem e da sociedade, constituem a essência do homem ou da natureza humana, enquanto distinta da natureza dos outros seres, tais como o livre uso da razão, a capacidade jurídica, a capacidade de possuir dignidade social ou mais sucintamente, a dignidade (como reza o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Assinala ainda que o princípio “cada um segundo a necessidade” é o mais igualitário de todos os princípios, porque considera que os homens são mais iguais (ou menos diversos) em relação às necessidades do que, por exemplo, em relação às capacidades (BOBBIO, 2000, p. 34).

Bobbio (2000, p. 42) aponta as diferenças entre o Liberalismo e o Igualitarismo, dizendo que aquele é individualista, conflitante e pluralista; ao passo que o Igualitarismo é totalizante, harmônico e monista. Naquele o Estado deve ser limitado e garantista e neste deve ser intervencionista e dirigista.

Para melhor orientar os objetivos desta pesquisa, é importante assinalar que a igualdade reflete-se no Direito Penal em três momentos: na elaboração das leis; na aplicação das penas e na execução das penas.

## **1.2 Uso Ideológico do Termo “Justiça”**

O termo “justiça” é ambíguo, prestando-se a inúmeros usos para casos, situações e estados semelhantes, aproximados, porém não idênticos. Saber o que é justo não é tarefa fácil, mas o saber o que é injusto é mais fácil, porque passa pelos sentidos. Portanto, o homem injusto é ora aquele que não respeita a igualdade, ora aquele que não respeita a lei, ora aquele que toma em excesso aquilo que é bom em sentido absoluto e relativo (BITTAR, 2001, p. 88).

Segundo Aristóteles, a Justiça total consiste na observância da lei, no respeito àquilo que é legítimo e que vige para o bem de todos. Nesta perspectiva tudo que é legítimo é justo. O justo total é a observância do corpo legislativo como regra social de caráter vinculativo. O hábito humano de conformar as ações ao conteúdo da lei é a própria realização da justiça nesta acepção; justiça e legalidade são uma e a mesma coisa. Para



Aristóteles, a Justiça é a maior das virtudes, ressaltando o caráter de sociabilidade inerente à mesma (BITTAR, 2001, p. 89-91).

A justiça é algo que se refere sempre ao outro (alteridade), é sempre um laço entre um homem e outros homens; a rigor, ninguém poderá ser justo para consigo mesmo (BETIOLI, 2000, p. 446).

Segundo Santo Tomás de Aquino, a essência da justiça consiste em “dar a cada um o que é devido, segundo uma igualdade” (BETIOLI, 2000, p. 446).

Para Miguel Reale (1987, p. 372 apud BETIOLI, 2000, p. 446)

A justiça deve ser, complementarmente, subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura, porque esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores no processo dialógico da história.

A igualdade é elemento essencial à justiça que se estabelece pela comparação de uma coisa com outra ou pela adequação proporcional de uma coisa a determinada pessoa (BETIOLI, 2000, p. 447).

Se a justiça consistir em dar a cada um o que é seu, isto pode significar dar ao pobre a pobreza, ao miserável, a miséria, ao desgraçado, a desgraça. A regra da Justiça deve ser a cada um segundo o seu trabalho, enquanto não se atinge o princípio de dar cada um, segundo a sua necessidade (LYRA FILHO, 2005, p. 21).

Segundo Alf Ross (2000, p. 320), invocar a “justiça” é como dar uma pancada na mesa: uma expressão emocional. É impossível estabelecer uma discussão racional com quem apela para a “justiça” porque suas palavras são de persuasão e não argumentos. A ideologia da justiça conduz à intolerância e ao conflito porque a exigência de alguém passa a ter validade superior, de caráter absoluto e exclui todo argumento e discussão racionais que visem a um acordo. A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses. Todas as guerras e conflitos sociais foram travados em nome da exaltada idéia de justiça. Apelar para a justiça é usar uma arma demasiadamente eficiente e conveniente do ponto de vista ideológico. É ser vítima da ilusão. Para Alf Ross (2000, p. 326), a justiça é a aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade. A justiça não pode ser um padrão jurídico-político ou um critério último para julgar uma norma. A declaração de que uma norma é injusta não contém característica real alguma, nenhuma referência a algum critério, nenhuma argumentação.

A Constituição Federal ampliou direitos, visando assegurar uma justiça social. Consagrou valores e princípios, que se apresentam como essência do Estado Democrático

de Direito, dentre eles, a relevância da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), a preponderância dos direitos humanos (art. 4º, inc. II), com finalidade de construir uma sociedade livre, justa e solidária, onde a pobreza e a marginalização sejam erradicadas e as desigualdades sociais diminuídas, em busca do bem-estar de todos (art. 3º) (SBARDELOTTO, 2001, p. 194).

### **1.3 Uso Ideológico do Termo “Princípio”**

O termo “princípio” é vago e reveste-se de caráter impreciso, porque o seu conteúdo é variável, de conformidade com as convicções pessoais e visão de mundo do magistrado, já que é a este que cabe dar força e vida ao princípio, no momento de concretude da norma.

Segundo Miguel Reale (1987, p. 60), princípios “são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 450), o princípio jurídico é o mandamento nuclear de um sistema que permite a compreensão das normas, por definir a lógica e a racionalidade do sistema, conferindo-lhe um sentido harmônico.

No ordenamento jurídico existem princípios explícitos e implícitos, que buscam vincular a lei ao sentimento de justiça e equidade. Os princípios estão na base do direito legislado e se caracterizam como orientações culturais e políticas da ordem jurídica, portanto, com conteúdo valorativo. São valores e aspirações de uma sociedade com o sistema de direito, apresentando certa conexão com a filosofia política ou com a ideologia imperante, de forma que a relação entre norma e princípio é lógico-valorativa (DINIZ, 2001, p. 460).

Para o realismo jurídico norte-americano, o legislador só emite palavras que apenas entram em ação efetiva, mediante as sentenças judiciais. O Direito passa a existir somente após a decisão judicial, definindo-se como um conjunto de normas estabelecidas pelos órgãos judiciais de um certo grupo social, para determinação dos direitos subjetivos e deveres jurídicos. Portanto, o Direito efetivo é o Direito elaborado pelo Poder Judiciário (DINIZ, 2001, p. 76).

Segundo Jerome Frank (1949 apud DINIZ, 2001, p. 79) o Direito é uma ordem essencialmente mutável, por ter uma dimensão plástica adaptável às novas circunstâncias. O Direito não possui uma segurança estática criada para garantir velhas situações; possui uma segurança dinâmica para proteger as pessoas de novas situações, determinadas pela realidade, que, no mais das vezes, não estão previstas nas normas estabelecidas; o juiz precisa formular novas normas sob a aparência de estar interpretando as velhas, e precisa eleger princípios válidos que vão fundamentar sua sentença, sofrendo, nesta eleição, que depende de juízos valorativos, a influência de suas convicções pessoais. Jerome Frank (1949) declara ainda que a decantada certeza e segurança do direito não passam de uma ilusão, de um mito decorrente de um complexo de infância, como a criança que foge do inseguro e procura o aconchego do estável para, muitas vezes, criar o ideal de um mundo perfeito. É uma peculiar tendência do ser humano ver o mundo pelo avesso. A realidade mostra que o mundo é hostil aos desejos de paz; que o mal e o perigo andam soltos; que existem guerras, pestes, crises econômicas; que nada é como se quer: o homem foge da realidade, finge que é real o que gostaria que fosse, apegando-se a idéias de um mundo imaginário, substituindo o real pelo ideal. A certeza do direito decorre deste processo psíquico do ser humano. O Direito, na realidade, nada tem de certo, mas a sua incerteza não é um mal catastrófico, pelo contrário, constitui a sua condição de incremento da justiça e do progresso. A sociedade necessita muito mais do que certeza jurídica, de magistrados amadurecidos e autoconscientes que promovam as mudanças que a vida social requer.

Portanto, o termo “princípio” pode ser a porta do sistema por onde entra toda a visão de mundo e os preconceitos do magistrado na aplicação da lei, cumprindo, consciente ou inconscientemente, a função ideológica do direito de manutenção da ordem e do *status quo* vigente; por outro lado, também pode ser a porta que traz a luz, a transparência e a transformação que a sociedade reclama, pois é através do princípio que o magistrado poderá humanizar a lei, conferindo-lhe aplicação racional e dando-lhe um sentido harmônico com as finalidades do Estado Social e Democrático de Direito, proclamado pela Constituição Federal de 1988.

## 1.4 Uso Ideológico do Direito Penal

O Direito Penal passa por uma crise de legitimidade, porque está estruturado sobre as bases de um Estado Liberal, de cunho individualista-patrimonialista, agregado a valores e conceitos que não se coadunam com as aspirações de um Estado Democrático de Direito, fomentado por uma hermenêutica positivista-normativista que mascara a impunidade de uma macrocriminalidade que lesam valores sociais importantes, sendo instrumento da manutenção do *status quo* (SBARDELOTTO, 2001, p. 17-18).

Legitimidade do sistema penal entende-se como a característica outorgada pela sua racionalidade, uma coerência interna do discurso jurídico-penal e o seu valor de verdade. Para ser racional é preciso ser coerente e verdadeiro (ZAFFARONI, 1991, p. 16).

Segundo Baratta (2002, p. 42-44) a ideologia da defesa social está fundada nos princípios da legitimidade (o Estado está legitimado a reprimir a criminalidade); do bem e do mal (o desvio criminal é o mal e a sociedade constituída é o bem); de culpabilidade (o delito é expressão de uma atitude interior reprovável, contrária aos valores e às normas); da finalidade ou da prevenção (a pena não tem somente a função de retribuir, mas de prevenir o crime e ressocializar o criminoso); igualdade (a lei é igual para todos e a reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos); interesse social e do delito natural (os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos). Adverte que o conceito de defesa social parece ser, na ciência penal, a condensação dos maiores progressos realizados pelo direito penal moderno.

### 1.4.1 *Negação da legitimidade e do princípio do bem e do mal*

A criminologia crítica desloca o foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte e, mais em geral, para todo o sistema da reação social ao desvio (BARATTA, 2002, p. 49). Nega o princípio da legitimidade e o princípio do bem e do mal porque o delito, enquanto elemento funcional, faz parte da fisiologia da vida social e não da patologia desta. Somente as formas anormais, como no caso de um crescimento excessivo da criminalidade, é que podem ser considerados como patologia. Estando dentro dos limites

qualitativos e quantitativos da sua função psicossocial, o delito é não só um fenômeno inevitável, embora repugnante, devido à irreduzível maldade humana, mas também uma parte integrante de toda sociedade sã (BARATTA, 2002, p. 60).

O crime é algo inerente à vida em sociedade, que merece especial atenção, mas não pode ser considerado uma doença social, que precisa ser extirpada, a qualquer preço, do meio social.

Segundo Miguel Reale Júnior (2004, p. 10), “o crime vem a ser um fato normal da vida social, e não uma doença, pois não há sociedade em que não exista crime”.

Continua o mesmo autor (2004, p. 11):

Não pode haver a pretensão de se instituir, por meio do Direito Penal, uma sociedade sem crime, pois instalar-se-ia o mais tenebroso totalitarismo, o domínio dos homens pelo Grande Chefe, registrando todas as condutas em todos os momentos, uma sociedade policialesca de submissão total graças à visibilidade da vida cotidiana dos homens, razão pela qual é essencial que existam limites à interferência do controle da sociedade, pois conforme tenho repetido o preço da liberdade é o eterno delito.

Vale dizer que a estrutura social não permite, na mesma medida, que todos os membros da sociedade tenham um comportamento conforme os valores e normas. Isto varia de acordo com a posição que o indivíduo ocupa na sociedade, criando uma tensão entre a estrutura social e os valores culturais, o que faz surgir diferentes tipos de respostas individuais, algumas conformistas, outras desviantes (BARATTA, 2002, p. 64).

Segundo Zaffaroni (1991, p. 19):

O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do ‘ser’ e refugiar-se ou isolar-se no ‘dever ser’ porque para que esse ‘dever ser’ seja um ‘ser que ainda não é’ deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-se em um ser que jamais será, isto é, num embuste. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.

Enfim, verifica-se um sistema penal seletivo e desigual, desvinculado dos valores sociais, que foram amparados pelo Estado Democrático de Direito, o que acarreta a sua deslegitimação e o descrédito nas suas funções, bem como nas instituições incumbidas de seu trato (SBARDELOTTO, 2001, p. 193).

#### *1.4.2 Negação do princípio da culpabilidade individual*

A negação do princípio da culpabilidade parte da teoria das subculturas criminais que nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais; e também reconhece que existem valores e normas específicas de diversos grupos sociais (subculturas). Não existe um sistema de valores, ou “o” sistema de valores, em face do qual o indivíduo é livre para determinar-se e ser considerado culpável, quando pode, e não se deixa determinar pelo valor. Só aparentemente está à disposição de o sujeito escolher o sistema de valores ao qual adere. Em realidade, condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam a pertença de indivíduos a subgrupos ou subculturas e a transmissão de valores e modelos que são considerados ilegítimos pelo sistema penal. A investigação sociológica mostra que no interior de uma sociedade moderna também existem valores e regras específicas de grupos diversos e antagônicos; que o Direito Penal não exprime regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, segundo a vontade do legislador e dos aplicadores da lei; há uma relatividade de todo o sistema de valores que são tutelados pelas normas do direito penal (BARATTA, 2002, p. 73-76).

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal da culpabilidade não pode permanecer alheio aos fundamentos axiológicos, provenientes dos valores constitucionais. (CARVALHO, 1992, p. 68).

A culpabilidade não é um fenômeno individual isolado, que afeta apenas o autor do delito. É um fenômeno social; a correlação de forças sociais existentes em um momento determinado é que vai, em última instância, definir os limites do culpável e do não culpável; da liberdade e da não liberdade. Não é uma categoria abstrata ou ahistórica, à margem ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual que explica, num determinado momento histórico, por que e para que se recorre à pena e em que medida deve-se recorrer a ela. O conceito de culpabilidade só se faz inteligível, quando analisado dentro do contexto sócio-cultural. O indivíduo, ao atuar, o faz dentro de uma estrutura sócio-cultural que o determina, impondo-lhe seus sistemas de valores. Diante da violação da norma, a culpabilidade só existe na medida em que o infrator tenha vivenciado, pelo processo socializador, o conteúdo

material da norma infringida. (MUNÕZ CONDE, 1985, p. 63 apud CARVALHO, 1992, p. 68-69).

#### *1.4.3 Negação da finalidade da pena de recuperação do criminoso*

A pena de prisão não tem cumprido a prometida finalidade de recuperação do criminoso. Não o faz por diversos motivos e fatores, mas o principal deles reside no simples fato de que a prisão não é lugar ou ambiente adequado, para se fazer a “regeneração” ou “reeducação” de alguém que praticou um ato desviante.

A prisão é traduzida como exclusão, segregação, isolamento, submundo, em relação ao que é bom, correto e saudável. E quando se fala em regenerar algo, obrigatoriamente não poderia haver exclusão. O correto e indicado seria a inclusão, ou seja, manter o podre ao lado do bom e fazer com que o podre se torne bom.

Partindo do pressuposto de que o crime é algo inerente à vida em sociedade, o tratamento do criminoso deveria merecer outro enfoque, que não reflita o sentimento de exclusão social, que não seja estigmatizante, vilipendiador da auto-estima e dos sentimentos do sentenciado.

O cárcere não é ambiente favorável à reeducação ou recuperação do criminoso, porque se tornou uma micro-sociedade dentro da sociedade. Tem sua própria cultura, com linguagem própria, regras próprias, hábitos próprios, disciplina rígida, uma série de violências (físicas e morais), que causam a dasaculturação do criminoso e lhe impõe uma outra cultura, que os pesquisadores denominam de aculturação ou prisionização.

Segundo Baratta (2002, p. 183-184), a prisão produz efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado e, por outro lado, produz efeitos favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. A prisão é, em si, contrária a todo modelo ideal educativo, porque, quando se fala em educar, busca-se a individualidade, o auto-respeito do indivíduo, alimentado pela consideração que o educador tem por ele, promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo; ao passo que na prisão o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuário e objetos pessoais) e a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem caráter repressivo e uniformizante.

Adverte Baratta (2002, p. 184) que:

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração daquele. A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que ‘a possibilidade de transformar um delinqüente anti-social violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir’ e que ‘o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação’.

Por prisionalização entende-se a assimilação das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária, cuja interiorização é inversamente proporcional às chances de reinserção na sociedade livre (BARATTA, 2002, p. 184-185).

Segundo Claus Roxin (1997 apud HIRECHE, 2004, p. 116), o cárcere não educa – O encarceramento das pessoas, ao contrário do que deveria fazer, embrutece, dessocializa. Não há aprendizado, exercício de atividade laborativa; enfim, não há um processo gradual de reinserção no grupo social. As condições subumanas dos milhares de presos lembram um inferno dantesco. Quando sai da prisão, na maioria das vezes, ou o indivíduo sai demente, impossibilitado de retornar à normalidade, ou sai revoltado, disposto a “retribuir” à sociedade os seus anos de martírio.

A vida na prisão faz prevalecer às relações de passividade-agressividade e de dependência-dominação e não abrem espaço para a iniciativa e o diálogo; as infantilizantes regras da prisão alimentam o desprezo pela pessoa. A homossexualidade e a masturbação aumentam o isolamento interior do indivíduo. O clima de opressão onipresente desvaloriza a auto-estima, faz desaparecer a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis, para quando chegar o dia da libertação (HULSMAN, 1997, p. 63).

Ainda que o criminoso venha a se tornar um “bom preso” é inegável que este não passará de um adaptado aos costumes e aos hábitos da cultura penitenciária, cujos valores vão sendo por ele internalizados, com o passar do tempo (TRINDADE, 2003, p. 43).

A própria punição gera, através da mudança de identidade social do indivíduo, assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu. A intervenção do sistema penal, especialmente pelas penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinqüente, determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa (BARATTA, 2002, p. 89-90).



#### 1.4.4 Negação do princípio de igualdade

A crítica se dirige contra o mito da igualdade, que está na base da ideologia do Direito Penal, pelo qual se protege igualmente a todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, interesse de todos os cidadãos; dirige-se contra o mito de que a lei penal é igual para todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas e que estas teriam iguais chances de serem punidos, com as mesmas conseqüências do processo de criminalização. A crítica segue caminho oposto, o Direito Penal não defende a todos, mas somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos; porém, quando pune as ofensas aos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos e o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei. A crítica mostra que o Direito Penal não é menos desigual do que outros ramos, pelo contrário, é o direito desigual por excelência (BARATTA, 2002, p. 162).

Segundo Baratta (2002, p. 102), a criminalidade do colarinho branco é perseguida de forma escassa ou escapa completamente, nas suas formas mais refinadas, das malhas largas da lei. Fatores econômicos, de natureza social e jurídico-formal concorrem para a impunidade; consideram o prestígio dos autores das infrações; observa-se o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas; a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição dessas infrações, como existe para as infrações típicas dos estratos menos favorecidos; a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários para certas formas de infrações, em certas sociedades; a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio ou de exercer pressões sobre os denunciante.

Também existe a chamada “cifra negra”, que compreende o volume de fatos legalmente puníveis, que o sistema ignora ou menospreza, porque não foram denunciados pelas vítimas; ou foram denunciados, mas não registrados; ou a polícia registrou a notícia do crime, mas não investigou; ou foram investigados, mas não geraram inquéritos policiais; ou o Ministério Público não ofereceu denúncia e o juiz não recusou o arquivamento; ou o juiz rejeitou a denúncia por aspectos formais ou absolveu o réu por

falta de provas ou por amor ao próximo, venalidade ou tráfico de influência (THOMPSON, 2007, p. 1-19).

As teorias da criminalidade, baseadas na reação social, demonstraram que a criminalidade, segundo sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos (BARATTA, 2002, p. 113). O que significa que o sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos em que teria competência para agir, funciona em número extremamente reduzido de casos (HULSMAN, 1997, p. 65).

Segundo Zaffaroni (1991, p. 26), se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

Zaffaroni (1991, p. 27) pondera que, diante da absurda suposição, não desejada por ninguém, de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não se opere, e sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva, dirigida contra os setores mais vulneráveis da sociedade. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.

Hulsman (1997, p. 66) questiona e complementa:

Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apóia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça etc...) são radicalmente deturpados.

Segundo Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1999, p. 208) “trata-se em síntese de uma legislação penal individualista, de um individualismo formal e abstrato que só aspirava a construir uma base sólida para um direito penal a serviço da liberdade do homem”.

Com isso, produz-se um modelo punitivo extremamente seletivo, desigual e injusto, que premia camadas sociais econômica e politicamente privilegiadas, em detrimento dos cidadãos não dotados desses predicados, o que destoia dos fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito (SBARDELOTTO, 2001, p. 88).

## **CAPÍTULO 2 IGUALDADE PENAL E OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO NA TUTELA PENAL**

### **2.1 Conceito e Distinções entre Estado de Direito; Estado Liberal de Direito; Estado Social e Estado Democrático de Direito**

#### *2.1.1 Surgimento do Estado de Direito e Estado Liberal de Direito*

O Estado de Direito surge, em meados do século XVIII, em oposição ao Estado Absolutista, que se caracterizava pela concentração de poder ilimitado nas mãos do governante, que realizava intervenções administrativas na vida privada de seus súditos, havendo nítida separação de classes, com diferenças de direitos e tratamentos. Surgiu com o objetivo de submeter o poder político às regras do Direito, de modo que a administração do Estado encontraria limites, com controle judicial dos seus atos. Significava, portanto, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, sob a inspiração de certos critérios materiais de justiça, ou seja, a legalidade deveria se sustentar na legitimidade, na idéia de Direito como expressão dos valores jurídico-políticos vigentes em uma época (SBARDELOTTO, 2001, p. 30-32).

O Estado Liberal de Direito decorre da ideologia do liberalismo, que trouxe uma nova visão de mundo de uma classe social emergente, até então submissa, a burguesia, em sua luta histórica contra os domínios do feudalismo aristocrático e fundiário. Inicialmente, o liberalismo surgiu com o levante da classe burguesa capitalista, composta basicamente por camponeses e camadas sociais menos favorecidas, contra o regime absolutista vigente, e seus princípios marcantes foram *liberdade, igualdade e fraternidade*, identificando-se tanto com os ideais individuais da burguesia mais abastada, como com os aliados economicamente fragilizados. No liberalismo, o indivíduo, como proprietário, encontra-se totalmente livre, exceto nas obrigações contratuais assumidas com o Estado. O homem toma consciência da liberdade, como valor supremo da vida individual e social; do

direito à livre manifestação, para alcançar uma elevação moral dos homens e dos povos (SBARDELOTTO, 2001, p. 33).

O liberalismo, como expressão política da filosofia moderna, afirmou-se com várias Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo a primeira a do Estado da Virgínia, no ano de 1776, que põe em relevo a dignidade da pessoa humana, o direito à segurança, à liberdade e à igualdade, conforme se extrai do seu artigo primeiro:

Todos os homens nascem livres e independentes e têm certos direitos naturais dos quais, quando entram em sociedade, não podem por nenhum contrato privar ou despojar sua posteridade; especialmente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade e perseguir e obter a felicidade e a segurança. (LESBAUPIN, 1984, p. 171 apud BORGES, 2005, p.37).

A mais notória e influente, resultante da Revolução Francesa, em 1789, buscava novas formas de governo capazes de garantir os direitos naturais, preexistentes ao Estado, inspirada na filosofia iluminista de Rousseau, Voltaire e Montesquieu. Estabeleceu a igualdade de todos perante a lei, consagrou o direito à liberdade, à propriedade, à luta contra a opressão e também à segurança (BUSSINGER, 1997, p. 26 apud BORGES, 2005, p. 39).

Em 10 de dezembro de 1948, em Paris, foi aprovada a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, destacando-se a preocupação com a vida, a liberdade e o direito à segurança (BORGES, 2005, p. 39).

O Estado Liberal de Direito assume caráter de neutralidade, restringindo seu campo de intervenção na necessidade de permitir uma organização da sociedade em que cada indivíduo e cada grupo social tenham condições de perseguir livremente o seu próprio objetivo e escolher seu próprio destino. O Estado é reduzido a um mero procedimento político e jurídico, que busca a regulação e proteção social, basicamente situadas na manutenção da ordem e da segurança. O ideário liberal se consubstancia no estabelecimento do princípio da legalidade, da divisão de poderes ou funções e, acima de tudo, da garantia dos direitos individuais. O Estado se coloca na posição de garantidor das liberdades individuais e da propriedade, o que é considerado como um direito natural, anterior ao Estado. Prima pela não intervenção do Estado nas relações entre particulares (SBARDELOTTO, 2001, p. 34-35).

Segundo Sbardelotto (2001, p. 36), o Direito Penal atual assenta-se sobre as bases do Estado Liberal, porque sua ênfase é voltada para o interesse individual, patrimonial e econômico, privilegiando camadas sociais e está vinculado ao primado da legalidade, validade e igualdade formais, usando conceitos de crime e de bem jurídico,

ainda impregnado dos princípios e da ideologia do Estado Liberal, destoando do Estado Democrático de Direito, que foi preconizado pela Constituição Federal de 1988.

### 2.1.2 Estado Social de Direito

O Estado Social, também identificado como Estado do Bem-Estar ou *Welfare State*, surge a partir da constatação de que a não-intervenção estatal nas relações entre os indivíduos acarreta desigualdades, ou seja, as relações econômicas estabelecidas no seio do Liberalismo produzem o beneficiamento dos indivíduos mais fortes economicamente, em detrimento das camadas menos favorecidas. Percebeu-se que a burguesia dominante não cumpriu os princípios filosóficos que motivaram a resistência ao Estado absolutista, porque a igualdade estabeleceu-se apenas formalmente e a liberdade cingiu-se ao móvel econômico, fomentador de desigualdades, configurando um domínio ainda maior das classes privilegiadas. Surge a necessidade de o Estado incorporar um caráter positivo, intervencionista, em detrimento da abstenção característica do Estado Liberal. O foco de atenção é desviado do indivíduo para o grupo social, no qual o Direito terá como característica central a promoção do bem-estar social, e os serviços do Estado passam a ser considerados como direitos da cidadania. O Estado deve assumir garantias mínimas de renda, de acesso à alimentação, saúde, habitação, educação, não como caridade, mas como direito político dos cidadãos. Busca-se a proteção da sociedade por meio do Estado, através de prestações sociais, direção econômica e distribuição do produto nacional (SBARDELOTTO, 2001, p. 37-39).

Com o Estado Social de Direito, busca-se um tipo de Estado que visa criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana (SILVA, 1988, p. 65 apud MORAIS, 1996, p. 73). A lei deixa de ser vista somente como ordem geral e abstrata e passa a ser vista como instrumento de ação, muitas vezes com caráter específico e concreto, atendendo a critérios circunstanciais (MORAIS, 1996, p. 74).

### 2.1.3 Estado Democrático de Direito

Mesmo sob o Estado Social, a questão da igualdade não obtém solução e é por estas e outras razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, em que estejam presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social, constituindo um novo conjunto preocupado com a transformação do *status quo* (MORAIS, 1996, p. 74).

A legalidade assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringe, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. O seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública, quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e também sobre a ordem jurídica, que implica necessariamente a solução do problema das condições materiais de existência (MORAIS, 1996, p. 74-75).

Segundo Sbardelotto (2001, p. 40-41), no Estado Democrático de Direito, ocorre a agregação de uma expectativa ou ideal de caráter modificador da realidade, por meio da implementação do valor igualdade, extraído da democracia; visa assegurar a todos as condições mínimas de vida através dos valores democráticos, em que a solidariedade é apensada à questão da igualdade, com caráter comunitário, participação da sociedade, na melhoria da qualidade de vida individual e coletiva dos cidadãos.

No Estado Liberal de Direito, o foco de decisões centrava-se no Poder Legislativo, no sentido de garantir a juridicização dos direitos individuais e de liberdade preconizados naquele modelo estatal. No Estado Social de Direito, centralizam-se as expectativas no Poder Executivo, promovedor de ações concretas para a implementação do bem-estar social. Já no Estado Democrático de Direito, desloca-se o foco de atenção para o Poder Judiciário, no sentido de serem depositadas todas as expectativas de implementação dos valores democráticos e da necessária transformação do *status quo*, por meio do reconhecimento material dos direitos estabelecidos na Constituição e na legislação vigente,

com finalidade de implementar os anseios sociais não concretizados pelos modelos liberal e social (SBARDELOTTO, 2001, p. 42).

Segundo José Luis Bolzan de Moraes (1996, p. 75) o Estado Democrático de Direito assenta-se nos seguintes princípios:

A)- Constitucionalidade: implica na vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica.

B)- Organização Democrática da Sociedade: prevê a existência de mecanismos tradicionais da democracia, tais como sindicatos, associações e outros instrumentos participativos.

C)- Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos: assegura ao cidadão uma autonomia em relação aos poderes públicos, com respeito à dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade.

D)- Justiça Social: como mecanismo de correção das desigualdades.

E)- Igualdade: não apenas como possibilidade formal, mas como articulação de uma sociedade justa.

F)- Divisão de poderes ou de Funções.

G)- Legalidade: meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência.

H)- Segurança e certeza jurídicas.

Segundo Silva (1997, p. 106), a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser exercido em seu benefício, diretamente ou por representantes eleitos; é participativa, porque envolve cada vez mais o povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; é pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe um diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Numa sociedade autenticamente democrática, a pessoa aparece em primeiro plano por força de uma regra de ordem ético-jurídica, que a eleva acima de qualquer coisa e se torna valor absoluto e determinado em toda decisão, nunca podendo ser degradada,

cabendo ao direito assegurar a inviolabilidade de sua esfera de autonomia (LOPES, 1999, p. 215).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 103) o Brasil optou pela democracia providencialista ou democracia econômica e social. Nela predomina o valor da liberdade, com respeito à autonomia individual, mas se reconhece que a liberdade de todos só pode ser obtida pela intervenção estatal, porque a liberdade humana é acionada pelo meio econômico e social e, por isso, tem que ser precedida por iguais oportunidades que visem garantir a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade, isto porque, a liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social.

Vale dizer que, no Estado Democrático de Direito, encontra-se embutido o Estado Social, que pretende garantir a subsistência da pessoa humana e, por isso, tem que ser um Estado de prestações e de redistribuição das riquezas, e suas funções são funções de serviço, que se ordenam para a consecução de uma existência digna para cada cidadão (FORSTHOF, 1986 apud CARVALHO, 1992, p. 43).

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 positivou alguns valores e princípios que constituem o Estado Social e Democrático de Direito, posto que elegeu a dignidade da pessoa humana<sup>9</sup> e a prevalência dos direitos humanos<sup>10</sup> como valores centrais de proteção pelo Estado (LOPES, 1999, p. 216).

Segundo Borges (2005, p. 51-52), no Estado Democrático de Direito, o equilíbrio necessário entre a liberdade e a igualdade, diante do direito à segurança, é que propiciará o perfil do Direito Penal como sendo democrático, consentâneo com a dignidade da pessoa humana.

## **2.2 Delimitação das Obrigações Constitucionais do Estado na Tutela Penal**

Todo Estado de Direito sujeita-se ao império da lei, que, no Estado Democrático, deve promover a igualdade material e a justiça, visando à diminuição das desigualdades, da estigmatização e erradicação da pobreza, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A lei é o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política, por excelência, é por meio dela, enquanto emanada dos representantes

---

<sup>9</sup> Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

<sup>10</sup> Artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal.



do povo, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os cidadãos saibam, de antemão, como se guiarem na realização dos seus interesses. É através da lei que o Estado realizará as intervenções que implicam uma alteração da situação da comunidade, influenciando na realidade social e exercendo a função transformadora da sociedade, por meio de mudanças social-democráticas e da garantia da sobrevivência dos valores socialmente aceitos (SILVA, 1997, p. 107).

Vale dizer que o Estado, dentro do novo modelo, assumiu obrigações perante a sociedade, obrigações estas que estão delimitadas pela Constituição Federal e que devem ser aplicadas pelas três funções do Estado: Legislativa, com obrigação de elaborar leis que visem à promoção da igualdade material, através da erradicação da pobreza, da estigmatização e das desigualdades sociais, adotando como fim a construção de ordem social livre, justa e solidária; Judiciária, com a obrigação de contribuir positivamente para a transformação social, mudando a realidade injusta e promovendo a igualdade material; Executiva, com a obrigação de distribuir as riquezas, segundo as necessidades de cada um, enfim, realizando a justiça social, e, no âmbito penal, agindo com estrita observância à dignidade da pessoa humana na execução da pena.

A dignidade da pessoa humana surge como “valor-fonte”, do qual emergem todos os valores, os quais somente não perdem sua força imperativa e sua eficácia, enquanto não se desligam da raiz de que promanam (REALE, 2005, p. 100).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 74), o fato de a dignidade da pessoa humana ter sido reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental não afasta o seu papel como valor fundamental para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.

Dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional (SARLET, 2007, p. 79).

A pessoa humana é fundamento e fim da sociedade e do Estado, atuando como “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 79).

Segundo Cleber Francisco Alves (2001, p. 105 apud MARTINS, 2003, p. 57), os valores consagrados nos princípios constitucionais têm uma pretensão de se efetivarem concretamente nas relações sociais.

Segundo Barroso (2004, p. 334-335), o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana foi um dos estigmas do século que se encerrou, e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, das discriminações, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Os valores constitucionais constituem um contexto axiológico fundamentador para a interpretação de todo o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade. São idéias diretivas que fundamentam, orientam e limitam criticamente a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico (MARTINS, 2003, p. 58).

A dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional. Serve de parâmetro para a criação, aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico (MARTINS, 2003, p. 62-64).

Sarlet (2007, p. 82) também ressalta a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração, não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico; acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica; inerente ao processo hermenêutico-sistemático, porque, conforme lição de Juarez Freitas (1995, p. 49 apud SARLET, 2007, p. 82) toda interpretação ou é sistemática ou não é interpretação.

Assim, à função Legislativa cumpre o atributo de conferir legitimidade às intervenções do Estado na realidade social, por isso, antes de ser aplicada, a lei precisa passar pelo crivo da legitimidade, ou seja, saber se foi emanada, de forma regulamentar, dos representantes do povo e se está em condições de promover o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e a promoção do bem-estar de todos, de forma a contribuir decisivamente para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não basta que a lei esteja formalmente em ordem, para ser aplicada, porque é obrigação do Legislador a edição de uma norma legítima, com conteúdo material verdadeiramente comprometido com as finalidades e princípios do Estado Democrático de Direito.

À função Judiciária também cumpre a obrigação de promover o bem de todos; de contribuir para a erradicação da pobreza, das desigualdades e da construção de ordem social livre, justa e solidária; na interpretação e aplicação da lei exige-se uma atenção voltada para tais finalidades, impondo-se uma interpretação teleológica, consentânea com tais princípios; o magistrado assume o papel social de realizar uma interpretação

transcendente da ordem normativa, para captar-lhe o sentido valorativo e suas funções de promoção social, explorando o caráter aporético das normas programáticas de conteúdo social e progressista. A textura aberta dos discursos normativos, as antinomias e as ambigüidades, se orientam pelo critério da inclusão social, com a finalidade de fazer do direito um dos instrumentos da transformação social (MACHADO, 2005, p. 63).

É preciso romper com o mito da neutralidade do direito porque uma interpretação e aplicação da lei, supostamente neutra e equidistante dos conflitos sociais, nada mais é do que servir aos interesses da classe econômica dirigente (MACHADO, 2005, p. 60).

À função executiva cabe executar a pena, que é o produto da função punitiva do Estado; a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é o principal limite da atividade executória, em que a liberdade e a igualdade são aspectos da dignidade da pessoa humana e representam os limites e a contraposição à exacerbação do direito à segurança executado pelo Estado. Será com o equilíbrio entre os direitos à segurança, à liberdade e à igualdade que se efetivará a dignidade da pessoa humana, no Estado Social e Democrático de Direito (BORGES, 2005, p. 70).

### **2.3 Obrigações Constitucionais do Estado Social e Democrático de Direito na Tutela Penal**

A Constituição Federal representa a vontade popular na construção e realização de um Estado Social, ainda não implementado, tendo incluído no seu texto os direitos humanos de segunda e terceira gerações, preconizando instrumentos para a sua realização material. No entanto, o domínio do poder político e econômico, por uma classe social minoritária, tem servido de instrumento de fomento da ideologia que renova os ideais do modelo liberal, alimentando o capitalismo nacional e internacional, com o produto do sofrimento cada vez mais acentuado da classe majoritária. Poucos foram os frutos que o inconsistente Estado Social brasileiro conseguiu, já que os efeitos da miséria e das desigualdades sociais têm impedido o exercício efetivo das mínimas condições de vida digna à quase totalidade do povo brasileiro (SBARDELOTTO, 2001, p. 56-57).

O Direito Penal foi produzido e é produto deste modelo de Estado, conformado com o domínio de uma classe, protegendo de forma exacerbada o patrimônio e seus meios de produção; ligado a compromissos de manutenção do *status quo* vigente conformado com a alienação das camadas sociais subalternas, para as quais o Direito Penal sempre foi dirigido sem regalias e com intensidade, ao contrário do tratamento penalístico que a camada detentora do poder político e econômico a si própria conferiu, à qual são reservadas as benesses e os subterfúgios legais (SBARDELOTTO, 2001, p. 57).

O direito à segurança representa um conjunto de garantias e direitos, que aparelham situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade, incolumidade física e moral). Daí porque a Constituição Federal, no seu artigo 5º, consagra o direito do cidadão ao aconchego do lar, à intimidade com sua família, dizendo que a casa é asilo inviolável do indivíduo (inciso XI). Também assegura o sigilo das correspondências e comunicações telegráficas e telefônicas (inciso XII), consagra a liberdade individual, trazendo várias garantias constitucionais que visam tutelá-la, tais como: a garantia da inexistência de juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII); garantia do juiz competente (incisos LIII e LXI); a anterioridade da lei penal (inciso XXXIX); a irretroatividade da lei penal, salvo quando beneficiar o réu (inciso XL); a legalidade e a comunicabilidade da prisão em flagrante (incisos LXIII e LXIV); a individualização e personalização da pena (incisos XLIV e XLV); a proibição da prisão civil por dívida (inciso LXVII); a proibição de extradição de brasileiro nato (inciso LI); proibição da extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (inciso LII); proibição da pena de morte, prisão perpétua, trabalhos forçados, banimento e penas cruéis (inciso XLVI); a garantia do devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa (incisos XXXV, LIV e LV); a presunção de inocência (incisos XVII e LVIII); vedação de tratamento desumano e degradante (inciso III); proibição e punição da tortura (incisos III e XLIII); garantia penal da não-discriminação (inciso XLI e XLII) e garantia penal da ordem constitucional democrática (inciso XLIV) (SILVA, 1997, p. 376-380).

O Estado social visa à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; busca erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades. Assume o Estado uma missão superior em que se lhe agigantam as responsabilidades e não pode e nem deve lançar sobre seus jurisdicionados um sistema institucional de violência seletiva, através do sistema penal, sendo co-responsável pelas gravíssimas disfunções sociais existentes e pelos conflitos que daí

derivam. Há de assumir, no fiel cumprimento desta missão, uma postura pró-ativa, em face dos seus jurisdicionados, promovendo meios para garantir-lhes alimentação, moradia, educação, saúde, trabalho, previdência social e velar pela realização da função social da propriedade, possibilitando o exercício efetivo da cidadania e um viver digno, proporcionando-lhes as condições mínimas de desenvolvimento de suas potencialidades (QUEIROZ, 1998, p. 31-32).

Segundo Roxin (1993, p. 27-40 apud QUEIROZ, 2001, p. 69-71), a função do Direito Penal é criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça às suas necessidades vitais. Assevera que o Direito Penal seja de natureza subsidiária, quer dizer, somente puna as lesões a bens jurídicos, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada, pois onde bastem os meios do direito civil ou administrativo, o Direito Penal deve se retirar. Além disso, o Direito Penal não pode se ocupar de condutas meramente imorais ou não-lesivas de bem jurídico (princípio da ofensividade). Conclui que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, por meio de um processo que salvguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa.

Segundo Rudolphi (1970, p. 463 apud PRADO, 2003, p. 64), os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os valores constitucionais. O Estado de Direito é mais do que um simples Estado de legalidade, só encontrando sua verdadeira legitimação na idéia de justiça material. O bem jurídico, nesse contexto, é concebido como uma valiosa unidade de função social, indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar. A concretização do bem jurídico como juízo de valor do ordenamento positivo deve levar em conta as seguintes condicionantes: 1) o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas destinadas ao Direito Penal pela Constituição. 2) deve desenvolver as condições e funções da sociedade dentro do marco constitucional. 3) o tipo penal, além de ser portador de um bem jurídico, claramente definido, deve ser protegido diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo.

Segundo Sbardelotto (2001, p. 80), na base de todo o Direito está a Constituição, que contém e coordena uma ordem de princípios e valores, orientadores de

todo o direito. A Constituição Federal representa, por meio dos princípios e valores a ela inerentes, uma “supralegalidade material”, tornando-se fonte primeira do ordenamento jurídico, que o legitima e fundamenta sua origem.

Segundo Prado (2003, p. 65):

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade-, norteadas pelos princípios fundamentais da dignidade humana, da personalidade e individualização da pena; da humanidade, da insignificância; da culpabilidade; da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Para selecionar o que deve e o que não deve merecer a proteção da lei penal, ou seja, na escolha do bem jurídico a ser tutelado, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras, fundantes e regentes, de todo o ordenamento penal, que delineiam a sua constituição e seus limites (PRADO, 2003, p.66).

O Direito Penal, em um Estado Democrático e Social de Direito, não pode ficar imune à filtragem constitucional, devendo extrair da hierarquia valorativa contida na Constituição o seu conteúdo material e sua legitimação (SBARDELOTTO, 2001, p. 82).

Segundo Palazzo (1989, p. 84-86), existe uma tendência de “juridicizar” constitucionalmente o bem-objeto da proteção penal, que oferece um catálogo de bens de relevo constitucional e que serve de norte ao legislador ordinário, para criar tipos penais novos, reformar os antigos ou despenalizar condutas.

Parece evidente a necessidade de o conteúdo das normas penais direcionarem-se no sentido da proteção dos bens e valores constitucionalmente estabelecidos, sendo inegável que representam o que há de mais relevante para a sociedade (SBARDELOTTO, 2001, p. 85).

No Estado Democrático de Direito só há lugar para um Direito Penal do fato ou da culpa. A culpabilidade, como reprovação pessoal da conduta ilícita, fundamenta e limita a pena, vedando a responsabilidade objetiva ou pelo simples resultado (PRADO, 2003, p. 67).

O princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma. O Direito Penal deve se colocar como último lugar e só deve entrar em ação quando for indispensável para a manutenção da ordem jurídica (PRADO, 2003, p. 68).

A fragmentariedade prescreve que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. Somente nos ataques socialmente intoleráveis é que o bem jurídico será protegido penalmente. Somente as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais é que podem ser criminalizadas. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância, quanto à gravidade e intensidade. Impõe que o Direito Penal seja um arquipélago de pequenas ilhas, frente ao grande mar do penalmente indiferente (PRADO, 2003, p. 69).

No Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária, ou seja, quando for imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, em face do postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana (PRADO, 2003, p. 70).

Segundo Dalmo Dallari (1998, p. 9), para os seres humanos não pode haver coisa mais valiosa do que a pessoa humana, pois a pessoa, por suas características naturais, por ser dotada de inteligência, consciência e vontade, por ser mais do que uma simples porção de matéria, tem uma dignidade que a coloca acima de todas as coisas da natureza. Existe uma dignidade inerente à condição humana, e a preservação dessa dignidade faz parte dos direitos humanos e o respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) diz que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. No entanto, a pessoa consciente sabe que não teria nascido e sobrevivido sem a ajuda de muitos; portanto, existe uma solidariedade natural, que decorre da fragilidade da pessoa humana e que deve ser completada com o sentimento de solidariedade.

Segundo Edilson Pereira de Farias (2000, p. 66-67), o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: é fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais, vale dizer, é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais; é uma “cláusula aberta”, no sentido de respaldar o surgimento de “direitos novos” não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no artigo

5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal<sup>11</sup>; e também é critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.

Com isso, a dignidade da pessoa humana surge como o objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. O princípio é um instrumento de estabilidade constitucional, que permite a adaptação do conteúdo constitucional, sem necessidade de reforma e alteração do texto, na medida em que a sociedade evolui e surgem os novos direitos que em seu seio são gerados. A dignidade da pessoa humana confere aos direitos fundamentais inteligibilidade, coesão e unidade, de tal modo que se torna possível, nessa conexão interpretativa, construir-lhes o sentido e o alcance (MARTINS, 2003, p. 67-68).

Gracia Martín (2007, p. 155-156), em sua crítica ao “Direito Penal do inimigo”, aduz que o horizonte da democracia e do Estado de Direito é uma constante luta da humanidade pela limitação e redução do exercício do poder punitivo, isto é, da força e da coação física do poder, mediante a fixação e progressivo desenvolvimento do valor da dignidade do ser humano, como um valor de caráter absoluto e, por isso, capaz de deslegitimar e invalidar qualquer exercício da força e da coação físicas como formas de imposição. Por isso, na medida em que o Direito Penal do inimigo for apenas força e coação físicas para a imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser deslegitimado e invalidado de modo absoluto. A democracia e o Estado de Direito não pode abarcar nenhuma coexistência entre um Direito Penal para cidadãos e um Direito Penal para inimigos.

O Direito Penal democrático e do Estado de Direito deve tratar todo homem como pessoa responsável, e não pode ser lícito a nenhum ordenamento que estabeleça regras e procedimentos de negação objetiva da dignidade do ser humano, sob hipótese alguma (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 176).

## **2.4 A Função de Garantia do Direito Penal no Estado Democrático e Social de Direito**

Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 212-226), o Direito Penal é uma técnica de definição, comprovação e repressão da desviação e o único fim que o Estado deve perseguir, legitimamente, por meio da pena, é a prevenção geral negativa, prevenindo

---

<sup>11</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”



possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias, que possam resultar da ausência ou omissão do sistema penal. A pena não serve só para prevenir os injustos delitos, mas também para prevenir os castigos injustos. Confere dupla função preventiva: prevenção de futuros delitos e prevenção de reações arbitrárias, que partam do particular ou do próprio Estado, sendo a prevenção de reações arbitrárias, de maior importância, porque coloca em dúvida a efetiva idoneidade do Direito Penal para prevenir delitos futuros. Ferrajoli adota um modelo de Direito Penal mínimo e garantista. Propugna a abolição gradual das penas privativas de liberdade e se opõe à idéia de ressocialização ou reeducação por meio da pena. Por “garantismo”, Ferrajoli se refere à tutela dos valores e direitos fundamentais da pessoa humana: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos; a defesa dos débeis, mediante regras iguais para todos; a dignidade da pessoa do imputado e a garantia de sua liberdade, mediante o respeito de sua verdade. Ferrajoli apresenta dez garantias clássicas e fundamentais: 1) princípio de retributividade ou da sucessividade da pena frente ao delito; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade ou de economia do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdição; 8) princípio acusatório; 9) princípio da verificação e 10) princípio do contraditório e ampla defesa.

O modelo garantista se presta à relegitimação do direito penal e também à deslegitimação de sistemas penais concretos que, total ou parcialmente, violem o modelo de Direito Penal mínimo proposto (QUEIROZ, 2001, p. 77).

## **2.5 A Igualdade Material no Direito Penal**

O Direito Penal vigente no país tem nítida característica de proteção dos interesses individuais, reproduzindo a ideologia das camadas sociais dominantes, sob os auspícios do Liberalismo, que apregoa a igualdade entre todos os cidadãos, mas na verdade constitui-se em instrumento de manutenção do “*status quo*”. Em suma, o Direito Penal tem-se mantido vinculado a conceitos dogmáticos que não refletem os novos ares de um Estado Democrático de Direito, implementado por meio da Constituição de 1988. Constitui-se em instrumento de tutela dos bens jurídicos, ainda vinculados à ideologia iluminista, em que, a pretexto de uma igualdade formal, tutelam-se interesses individuais

dísparos, sem qualquer compromisso com a implantação dos direitos sociais ainda não estabelecidos (SBARDELOTTO, 2001, p. 113).

O Direito Penal brasileiro está desvirtuado, em dessintonia com os valores constitucionais que conformam o Estado Democrático e Social de Direito. A sociedade é credora da concretização dos direitos sociais e objetivos da República. O sistema penal mascara, por meio de uma legislação desproporcional, desigual, criminalizadora de condutas lesivas ao interesse individual, por vezes de pouca danosidade, uma proteção inconstitucional da megadelinqüência, que atenta contra os valores inexoráveis preconizados na Constituição Federal (SBARDELOTTO, 2001, p. 136).

A tutela penal, por meio de uma intervenção subsidiária, fragmentária e proporcional, deve conter a identificação do bem jurídico sob uma ótica de estabelecimento da igualdade material ou substancial, o que somente poderá ocorrer através da identificação e seleção daquelas condutas que, efetivamente, atacam a implementação dos direitos sociais e dos objetos estabelecidos como fundamentos da República na Constituição Federal (SBARDELOTTO, 2001, p. 117).

A proteção patrimonial, extremamente desproporcional em relação a outros bens jurídicos fundamentais, é a tônica do Código Penal Brasileiro, o que gera o aumento da população carcerária praticante destes delitos contra o patrimônio, na sua grande maioria, pessoas pobres ou miseráveis, que invariavelmente reincidem na prática delituosa, por circunstâncias variadas, o que lhes acarreta outro tipo de estigmatização: além de pobres, passam a ser pobres condenados, egressos do sistema penitenciário, onde não recebem instrução ou ensino profissionalizante; partir daí, fica cada vez mais difícil a obtenção de um emprego fixo, a formação familiar e o apoio de amigos e parentes, que somados ao descontrole emocional, ao uso de entorpecentes, à miséria, conduzem o ex-detento à prática de novos delitos, especialmente contra o patrimônio.

Basta ver que o furto qualificado, não importando o valor do objeto subtraído, é punido com pena de 2 a 8 anos de reclusão e multa, ao passo que a lesão corporal dolosa gravíssima, aquela que pode resultar na perda de membro, sentido ou função; deformidade permanente; incapacidade para o trabalho; enfermidade incurável ou aborto também é punida com a mesma pena privativa de liberdade, sem a multa. A mesma distorção é verificada entre o furto qualificado e os crimes contra a ordem econômica e relações de consumo<sup>12</sup>; a pena pode oscilar entre 1 a 4 anos de detenção ou multa, 2 a 5 anos de reclusão ou multa e 2 a 5 anos de detenção ou multa. Apesar da quantidade da pena ser

---

<sup>12</sup> Artigos 4º a 7º da Lei n. 8.137, de 27.12.90.

inferior, no furto, a pena privativa de liberdade é cumulada com multa, enquanto nos crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo a pena privativa de liberdade é alternativa em relação à multa; é preciso lembrar que as condutas tipificadas, como crimes contra ordem econômica e as relações de consumo podem ser altamente lesivas, atingindo interesses de todas as camadas da população, com interesses de difícil reparação, tais como “misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo”<sup>13</sup>; no furto, porém, atinge-se o interesse de uma única pessoa e é de fácil reparação, pois para tal basta a recuperação da coisa furtada ou o pagamento do seu valor em dinheiro (SBARDELOTTO, 2001, p. 130).

Outra desigualdade material que se observa no tipo penal do furto diz respeito ao concurso de agentes, isto é, se o furto for praticado por duas ou mais pessoas, a pena é dobrada em relação ao furto simples; no roubo, quando praticado por duas ou mais pessoas, a pena é aumentada de um terço até metade. Verifica-se que não há razão lógica para tal diferenciação, o que ofende o princípio da igualdade.

O particular que pratica extorsão<sup>14</sup> é punido com pena de 4 a 10 anos de reclusão e multa; mas o funcionário público que pratica concussão<sup>15</sup> é punido com pena de 2 a 8 anos de reclusão e multa, ou seja, pena menor a indicar menor reprovabilidade do funcionário público, quando não há razão lógica para tal diferenciação.

O crime de tortura<sup>16</sup>, que é equiparado a crime hediondo<sup>17</sup>, é punido com pena de 2 a 8 anos de reclusão sem multa; entretanto, o furto qualificado é punido com a mesma pena privativa de liberdade acrescido da multa. Ora, sendo o crime de tortura e ofensivo da integridade física e dos direitos humanos, não pode ser tido como proporcional à subtração de um bem móvel.

O Prefeito que se apropria de bens ou rendas públicas, ou as desvia em proveito próprio, não importando o seu valor, será punido com pena de 02 a 12 de reclusão<sup>18</sup>, o que também é desproporcional em relação ao furto qualificado, porque a conduta ilícita do Prefeito exige maior reprovabilidade, por ser representante do povo,

---

<sup>13</sup> Artigo 7º, inciso III, da Lei n. 8.137, de 27.12.90, que tem pena de 2 a 5 anos de detenção ou multa.

<sup>14</sup> Artigo 158 do Código Penal.

<sup>15</sup> Artigo 316 do Código Penal.

<sup>16</sup> Definido na Lei n. 9.455, de 7.4.97.

<sup>17</sup> Nos termos do artigo 2º, da Lei 8.072, de 25.07.90.

<sup>18</sup> Artigo 1º do Decreto-Lei 201, de 27.02.67.

eleito para zelar do patrimônio público, ao violá-lo, não pode ser equiparado ao simples ladrão, que furta um objeto de um particular.

O Empresário que sonega altos valores em tributos poderá, até antes do recebimento da denúncia, fazer o pagamento do tributo e com isso terá sua punibilidade extinta<sup>19</sup>, mas o autor de furto que reembolsa a vítima, antes do recebimento da denúncia, terá direito somente à redução de pena, de um a dois terços, nos termos do artigo 16 do Código Penal.

O homicídio qualificado é punido com pena de 12 a 30 anos de reclusão, enquanto o latrocínio, em que a morte pode ser decorrente de culpa do agente, ou mesmo praticada por co-autor sem o consentimento do outro, é punido com pena de 20 a 30 anos de reclusão. Aliás, o artigo 121, parágrafo 2º, inciso V, do Código Penal, refere-se à mesma hipótese fática, apenas sendo afastada sua aplicação pelo princípio da especialidade, diante dos artigos 157, parágrafo 3º e 159, parágrafo 3º, conforme anota Borges (2005, p. 105).

O crime de auxílio, induzimento ou instigação ao suicídio, com resultado morte<sup>20</sup> é punido com pena de 2 a 6 anos de reclusão sem multa, ao passo que o furto qualificado é punido com pena de 2 a 8 anos de reclusão e multa. Evidencia-se aqui, maior apreço pelo patrimônio, do que pela vida.

O aborto praticado por terceiro, com consentimento da gestante<sup>21</sup>, é punido com pena de 1 a 4 anos de reclusão sem multa, mas a apropriação indébita<sup>22</sup> é punida com a mesma pena privativa de liberdade acrescida da multa (SBARDELOTTO, 2001, p. 135).

Os crimes de incêndio, explosão, inundação<sup>23</sup>, quando resultem em mero perigo ao patrimônio alheio, são punidos com pena de 3 a 6 anos de reclusão e multa. A pena é bem superior às penas cominadas ao infanticídio, ao aborto consentido, às lesões corporais de natureza grave, à maioria dos crimes praticados por Prefeitos, aos delitos ambientais e aos delitos contra a ordem econômica e relações de consumo (SBARDELOTTO, 2001, p. 135).

A prática de maus tratos, que resulte em lesão corporal de natureza grave<sup>24</sup> é punida com pena de 1 a 4 anos de reclusão sem multa, enquanto o furto simples e a apropriação indébita também são punidos com pena de 1 a 4 anos de reclusão e multa.

---

<sup>19</sup> Artigo 34 da Lei n. 9.249, de 26.12.95.

<sup>20</sup> Artigo 122 do Código Penal.

<sup>21</sup> Artigo 126 do Código Penal.

<sup>22</sup> Artigo 168 do Código Penal.

<sup>23</sup> Definidos respectivamente nos artigos 250, 251 e 254 do Código Penal.

<sup>24</sup> Artigo 136, parágrafo 1º, do Código Penal.

A falsificação de moeda<sup>25</sup> é punida com pena de 3 a 12 anos de reclusão e multa, ao passo que a lesão corporal gravíssima, que resulta na perda de membro, sentido ou função; deformidade permanente; incapacidade para o trabalho; enfermidade incurável ou aborto<sup>26</sup> é punida com pena de 2 a 8 anos de reclusão, numa evidente demonstração de apego e maior proteção ao patrimônio e aos bens do Estado, do que à integridade física da pessoa humana.

A lei dos crimes hediondos<sup>27</sup> definiu os crimes hediondos, sem definir critérios objetivos para se classificar um delito como “hediondo” e aumentou consideravelmente os rigores contra os sujeitos ativos daqueles crimes, mas deixou de classificar o homicídio qualificado como crime “hediondo”. Privilegiou a saúde pública, incluindo o tráfico de drogas; a liberdade sexual, incluindo o estupro e o atentado violento ao pudor, e outros, em detrimento da vida, que é o principal bem jurídico da pessoa humana. O erro foi corrigido somente em 1994, pela Lei 8.930, de 06.09.94, após reivindicação popular.

O Código de Trânsito Brasileiro<sup>28</sup> tipificou o homicídio culposo no trânsito com uma pena de 2 a 4 anos de detenção e no Código Penal ainda se mantém o homicídio culposo, com pena de 1 a 3 anos de detenção. Com isso, podem surgir situações incompatíveis: o atropelamento de alguém por uma motocicleta, que causa a morte da vítima, imporá ao agente uma pena de 2 a 4 anos de detenção, mas, se a vítima for atropelada por uma bicicleta, o agente estará sujeito a uma pena de 1 a 3 anos. O mesmo se diga em relação à lesão corporal culposa, no trânsito, e a lesão corporal dolosa leve, prevista no Código Penal, já que esta<sup>29</sup> permanece com a pena de 3 meses a 1 ano de detenção, ao lado da lesão corporal culposa no trânsito<sup>30</sup>, que tem pena de 6 meses a 2 anos de detenção.

O Estatuto do idoso<sup>31</sup> criou tipos penais visando à proteção do idoso, mas, ao invés de aumentar o rigor da punição, porque se trata de protegê-lo contra os ataques de indivíduos mais jovens, acabou abrandando a situação de quem pratica crimes contra o idoso porque pune o abandono material do idoso<sup>32</sup>, com pena de 6 meses a 3 anos de detenção, enquanto o Código Penal, no seu artigo 244, punia o abandono material do ascendente inválido ou valetudinário com pena de 1 a 4 anos de detenção e multa. Além

---

<sup>25</sup> Artigo 289 do Código Penal.

<sup>26</sup> Artigo 129, parágrafo 2º, do Código Penal.

<sup>27</sup> Lei n. 8.072, de 25.07.90.

<sup>28</sup> Lei n. 9.503, de 23.09.97.

<sup>29</sup> Artigo 129, “caput”, do Código Penal.

<sup>30</sup> Artigo 303, da Lei n. 9.503, 23.09.97.

<sup>31</sup> Lei n. 10.741, de 1º.10.03.

<sup>32</sup> Artigo 98, da Lei n. 10.741, de 1º.10.03.

disso, autorizou a aplicação do procedimento previsto na Lei n. 9.099, de 26.09.95, quando a pena prevista não ultrapassar a 4 anos, o que admite a aplicação da transação penal para o autor do crime.

O estatuto do desarmamento<sup>33</sup> elevou as penas do porte ilegal de arma<sup>34</sup> e vetou a concessão de liberdade provisória em relação aos crimes tipificados nos artigos 16, 17 e 18 da referida lei, criando assim, na legislação, situação em que a lei pune com maior rigor um crime de perigo do que o crime de dano, que seria o caso da lesão corporal gravíssima.

Pune-se o ócio, simplesmente porque a pessoa esteja apta para o trabalho e não tenha rendas para garantir sua subsistência<sup>35</sup>. Segundo Borges (2005, p. 193), o legislador penal utilizou-se de um fator de *descrimen* que não mantém relação lógica com a desequiparação entre ricos e pobres, vale dizer, incriminou apenas aquele que não dispõe de recursos para o próprio sustento, discriminando os ociosos ricos dos pobres, para punir apenas os últimos.

Também se pune quem se apresenta publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia e, se a embriaguez for habitual e leve ao comprometimento da saúde mental, propõe-se a internação em casa de custódia e tratamento<sup>36</sup>. Acontece que inúmeras pessoas, portadoras de doença mental, não são estigmatizadas criminalmente, então por que estigmatizar o ébrio habitual? A embriaguez habitual, como qualquer outra doença mental, deve ser tratada no sistema público ou privado de saúde, sem qualquer caráter repressivo, sob pena de ofensa à igualdade (BORGES, 2005, p.195).

A reincidência é outro instituto que ofende a igualdade material. Resquício do chamado “Direito Penal do Autor”, reprova o agente do fato e não o fato do agente, o que corresponde modernamente ao chamado direito penal do fato ou do comportamento, que seria aquilo que deve ser efetivamente sancionado. A reincidência produz efeito estigmatizante, reconhecido na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal (parágrafo 54), agrava a pena do condenado e lhe nega uma série de benefícios, privilégios e impõe o regime mais severo para cumprimento da pena privativa de liberdade, não considerando o seu comportamento atual, mas sim, o que o agente representa, o seu

---

<sup>33</sup> Lei n. 10.826, de 22.12.03.

<sup>34</sup> No artigo 14 a pena é de 2 a 4 anos de reclusão e multa; no artigo 16 a pena é de 3 a 6 anos de reclusão e multa; no artigo 17 a pena é de 4 a 8 anos de reclusão e multa; no artigo 18 a pena é de 4 a 8 anos de reclusão e multa.

<sup>35</sup> Artigo 59 da Lei das Contravenções Penais.

<sup>36</sup> Artigo 62, parágrafo único, da Lei das Contravenções Penais.

passado, a sua história de vida; censura-se o fato de o agente não ter cumprido o objetivo de ressocialização da pena aplicada pela prática do primeiro delito, imputando-lhe uma coresponsabilidade e uma maior censurabilidade pelo fato novo, que não seria atribuída, caso fosse primário (BORGES, 2005, p. 160).

O artigo 44, parágrafo 3º, do Código Penal, veda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, por pena restritiva de direitos, se a reincidência for específica. Ocorre que tal norma ofende a igualdade material, porque, se o autor do crime for uma pessoa honesta, trabalhadora e que nunca tenha praticado delitos graves, com um único antecedente criminal, ainda que seja delito de menor potencial ofensivo, na hipótese de praticar novo delito idêntico, não fará jus à substituição; mas se o agente praticou um crime grave, sendo condenado por este, e for responsável, depois, por um delito de menor potencial ofensivo, fará jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. A norma privilegia situações mais graves, em detrimento de situações menos graves, o que não pode ocorrer. O que deveria ser observado é se a conduta social do agente, a sua culpabilidade decorrente do fato e o grau de reprovabilidade de seu procedimento torna a substituição socialmente recomendável, ou não; mesmo o reincidente específico, na hipótese de praticar crime de menor potencial ofensivo, submetido aos efeitos maléficos da pena de prisão, por período curto, a privação de sua liberdade o estigmatizará ao carregar a pecha de ex-presidiário. Vale dizer que a pena mais severa do ordenamento jurídico, que é a pena de prisão, deve ser reservada para aqueles indivíduos que praticam crimes graves e merecem uma resposta adequada do Estado, a fim de garantir o grau de suficiência da pena, mas para não ser reservada ao reincidente, pelo simples fato de sê-lo, como acontece atualmente.

Daí porque Muñoz Conde (1985, p. 63 apud CARVALHO, 1992, p. 68-69), ressalta a necessidade do fundamento material para a culpabilidade do agente e busca um fundamento social. Ao se exigir uma conduta diversa do agente, devem ser levadas em conta as condições que o levaram a agir dentro do seu contexto social, dentro do processo de socialização. O conceito de culpabilidade não pode ser entendido em si mesmo, só se tornando inteligível, quando analisado dentro do contexto sócio-cultural, que envolve o agente e os seus sistemas de valores.

### **CAPÍTULO 3 IGUALDADE PENAL E FUNÇÃO LEGISLATIVA**

No Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal não pode ser fruto de uma criação livre, sem parâmetros e sem obrigações por parte do legislador, já que em tal situação o legislador poderia eleger como objetos da tutela penal a moral, a ética, a religião, a ideologia, os interesses governamentais, os valores culturais, enfim, poderia controlar determinadas condutas, impondo penalidades, quando necessariamente deveriam ser toleradas num Estado Democrático pluralista, que prima pela liberdade e igualdade dos cidadãos.

O Estado estará impossibilitado de criminalizar condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprio do indivíduo ou de determinadas subculturas, devendo tolerá-las e respeitá-las (BIANCHINI, 2002, p. 51).

Portanto, urge ressaltar que a missão do Direito Penal, no Estado Democrático e Social de Direito, consiste em tutelar o indivíduo diante das agressões de outros indivíduos e da intervenção estatal. A pessoa humana requer a proteção estatal para possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade, a sua realização ética e a manutenção da vida em comunidade. O Direito Penal está obrigado a assegurar as condições essenciais da vida em sociedade, não podendo impor qualquer ideologia, ordem moral ou religiosa, e deve tolerar e incentivar o modelo pluralista e democrático de convivência e intervir o menos possível na liberdade humana (GOMES, 2002, p. 51).

Não se pode prescindir do Direito Penal, neste início de terceiro milênio, mas o modelo a ser adotado exige a imposição de obrigações de ordem constitucional ao legislador ordinário, quando atua na criação de tipos penais. Existe uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, há um terreno-limite, que não pode ser invadido, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, a ser reconhecida pelo Poder Judiciário (PRADO, 2003, p. 83).

A promoção da igualdade passa pelo respeito à dignidade da pessoa humana e assinala que o Direito Penal somente se justifica, se for instituído exclusivamente para a proteção de bens jurídicos considerados relevantes (caráter subsidiário), em face dos ataques mais graves (caráter fragmentário) em que houve lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (ofensividade ou lesividade). Deve-se afastar todo tipo de Direito Penal do autor, que sanciona a pessoa não pelo que ela fez, mas sim, pelo que ela é



ou pelo que pensa (GOMES, 2002, p. 53). Deve guiar-se dentro de um princípio de estrita necessidade da pena (SILVEIRA, 2003, p. 29).

### **3.1 O Bem Jurídico e sua Escala de Valores**

À medida que o Direito Penal somente está autorizado a intervir quando sua ação estiver voltada para a proteção de bens jurídicos, torna-se imperioso, no momento da elaboração da lei, recorrer à teoria do bem jurídico, a fim de se estabelecer o que pode e o que está excluído do âmbito de abrangência de um tipo penal (BIANCHINI, 2002, p. 50).

Atualmente, a maioria da doutrina penal entende ser missão do Direito Penal a proteção de bens jurídicos (SILVEIRA, 2003, p. 35), mas a teoria do bem jurídico está em evolução e ainda não é possível oferecer um catálogo fechado de bens que seriam suscetíveis da proteção penal. Ainda não é possível conduzir o legislador de forma positiva e concreta para uma lista fechada de bens jurídicos, que seriam merecedores e necessitados da tutela penal (GOMES, 2002, p. 54), mas o que importa é estabelecer limites, orientações e proibições ao legislador, quando atua na criação de tipos penais.

Estas obrigações e orientações somente podem ser buscadas na Constituição Federal, que é a fonte primária dos valores fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito e que vinculam o legislador ordinário no desempenho da função legislativa. O legislador, apesar da margem de liberdade que conta no exercício de sua atribuição de selecionar os bens jurídicos, está vinculado à Constituição e aos princípios político-criminais que emanam dela (GOMES, 2002, p. 69).

O conceito de bem jurídico ainda não é preciso. Para o pai da teoria do bem jurídico, o alemão J. M. F. Birnbaum (1834 apud SOUZA, 2004, p. 48-54), baseado na idéia da natureza das coisas, o delito não afeta um direito subjetivo, mas sim, “bens”, todavia, não fez uma definição precisa do significado de “bem”, mas afirma que pertence à essência do poder do Estado garantir, por igual, a fruição de certos bens a todos os homens que nele vivem, assentando, assim, seus pensamentos em fundamentos jusnaturalistas.

Segundo Pelarin (2002, p. 83-84), a primeira construção teórica (Birnbaum) foi insuficiente ao desiderato da limitação do poder punitivo, pois eram extremamente opacas as linhas do bem jurídico, embora o sentido da pré-juridicidade tenha suas raízes nessa primeira formulação.

Outro autor alemão, Karl Binding (1872 apud SOUZA, 2004, p. 55-58), considera que o bem jurídico-penal funda-se no direito positivo vigente e tem para si que o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, entendendo que há uma congruência absoluta entre norma e o objeto de tutela penal, sendo a norma a única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico. É o próprio legislador quem cria o bem jurídico. Portanto, numa perspectiva positivista, Binding (1872 apud HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, p. 41 apud GOMES, 2002, p. 77) define o bem jurídico como tudo o que, em si mesmo, não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida sana da comunidade jurídica, em cuja manutenção incólume e livre de perturbações tem interesse e, por isso, faz esforços por meio de suas normas para assegurá-lo diante de lesões ou perigos não desejados.

Na perspectiva positivista, cabe à norma a missão de elevar o bem da vida à condição de bem jurídico, ou seja, o Estado constitui-se no árbitro absoluto regulador da conduta dos indivíduos (GOMES, 2002, p. 78). Assim, tem-se uma concepção intrasistemática e acrítica (SOUZA, 2004, p. 58). Para Binding (1872 apud ANDRADE, 1985, p. 78 apud SILVEIRA, 2003, p. 44), a concepção de bem jurídico dá-se em tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos.

Outro autor positivista, mas com fundo naturalístico-sociológico, e que diverge de Binding, em suas colocações positivistas, foi Franz Von Liszt (1888), que segundo Souza (2004, p. 58-65), foi o primeiro autor a construir um sistema político-criminal legislativo-dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico, influenciado pela doutrina do *Fim e dos Interesses* de Jhering, que considera que o Direito Penal tem por fim proteger as “condições vitais da sociedade constatadas ao lado da legislação”. Liszt (1888) diz que a norma jurídica, ao invés de criar o bem jurídico, encontra-o, baseando-se no postulado de que todo o direito existe por causa do homem, sendo o bem jurídico o interesse juridicamente protegido. Um bem jurídico não é um *bem do direito* (como Binding e outros supõem); é um *bem do homem* reconhecido e protegido pelo direito.

Rudolphi (1975 apud SILVEIRA, 2003, p. 45) coloca-se radicalmente contra o Estado todo poderoso, centrando sua teoria na tese de que o Direito existe pela vontade humana, e que o fim do Direito Penal seria somente a proteção de interesses humanos vitais – os interesses jurídicos.

Segundo Souza (2004, p. 65), enquanto a teoria de Birnbaum pode ser tida como “revolução cega”, por ter sido operada em âmbito político-criminal dogmático, a teoria de Liszt deu-lhe “olhos” ao elevar aquela categoria a um patamar superior, extra-

sistemático, transformando o bem jurídico-penal em verdadeiro conteúdo da política criminal legislativo-dogmática, significando um fundamental critério legitimante da atividade legislativa do poder de punir.

Segundo Pelarin (2002, p. 84), o não escalonamento de quais bens fundamentais a serem apanhados pelo Direito Penal, ou a falta de critérios dessa seleção, podem ser vistos como falha das concepções positivistas, que, na extremidade do legalismo, levam à autorização desmedida da criminalização, pois lhes interessa apenas a vontade do legislador.

Segundo Souza (2004, p. 65-69), depois da contribuição de Liszt, o objeto da tutela penal presencia um retrocesso no plano político-criminal legislativo-dogmático, com o surgimento das teorias metódico-formais, metódico-teleológicas, teleológicas ou teleológico-metodológicas, decorrentes da filosofia neokantiana dos valores, que postulam a conexão entre o fim da norma e o próprio objeto de tutela penal, acabando por renunciar a qualquer possibilidade crítica de cunho trans ou extra-sistemático no sentido de estabelecer limites ao poder legislativo-punitivo. Esta concepção faz dos bens jurídicos meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo de exprimir o sentido e o fim dos preceitos penais singulares. A crítica que se faz é que o conceito de bem jurídico não pode ser confundido com o fim da norma.

Portanto, houve períodos na história em que o conceito de bem jurídico foi menosprezado. Foi o que aconteceu na Escola Positiva, que passou a conceber o delito não como violação a um direito subjetivo, ou mesmo, a um bem jurídico da vida, mas como sintoma da periculosidade individual. Na primeira metade do Século XX, a noção de bem jurídico resulta “espiritualizada” ou “volatilizada”, torna-se supérflua porque o bem jurídico já não revela a essência do delito, seu *abstractum*, senão exclusivamente a *ratio* da lei. O conceito de delito se transforma para ser concebido como mera lesão à norma, ou violação de um dever; o que importa não é a essência da norma (o bem jurídico protegido), mas sim, a vigência da mesma (GOMES, 2002, p. 79-80).

Após a Segunda Grande Guerra, surgem várias teorias no panorama doutrinário. A primeira destas concepções é a de Jäger (1957 apud SOUZA, 2004, p. 69-71), que realiza um estudo sobre o problema da tutela penal dos bens jurídicos relacionados com os crimes sexuais, procurando a racionalização do direito penal sexual, dizendo que o incesto, a homossexualidade, a sodomia e outras condutas similares, quando praticadas por adultos, não afetam bens jurídicos, constituindo-se em meras imoralidades.

Para ele, a tarefa do direito penal não é impedir modos de conduta que sejam reprováveis num sentido moral, mas de impedir comportamentos lesivos à comunidade, que possam pôr em perigo determinado estado social valioso, noutras palavras, um bem jurídico. Caracteriza o bem jurídico como um dado pré-positivo do ordenamento jurídico. Com isso, intensifica a necessidade de um conteúdo instrutivo, crítico e capaz de legitimar o poder legislativo-penal com base na teoria do bem jurídico.

Portanto, foi somente após a Segunda Guerra Mundial, particularmente depois dos anos 60, que o debate sobre bem jurídico se revitaliza, especialmente para contrapor uma reação à visão profundamente conservadora e moralizante do Direito Penal; a pretensão de reintroduzir o conceito de bem jurídico na dogmática penal foi concretizada, nos anos setenta, pela concepção constitucionalista (GOMES, 2002, p. 80-81).

Segundo Souza (2004, p. 71), nos anos setenta; do século XX, aparecem no cenário jurídico-penal três importantes trabalhos sobre o bem jurídico, que destacam o aspecto material, no sentido de legitimar o poder de punir e servir de conteúdo à política criminal legislativo-dogmática. São as teorias de Rudolphi, Hassemer e Lampe.

Hans-Joachim Rudolphi (1970 apud SILVEIRA, 2003, p. 51) dá ênfase, de forma clara, ao aspecto crítico do objeto de tutela penal, no plano político-criminal legislativo-dogmático. O bem jurídico aparece como critério de uma interpretação teleológica, um conceito que seja um marco material obrigatório, tanto para a interpretação das normas penais positivas, como para a criação de novas normas penais; deve ser deduzido de prescrições jurídico-positivas, prévias à legislação penal e que são obrigatórias para esta, mas não podem ser deduzidas, como na época do iluminismo, de alguma norma de direito natural suprapositiva, muito menos das relações sociais pré-existentes como pretendia Liszt. Assim, entende-se que tais decisões valorativas só podem estar contidas nas constituições e somente a partir daí compreendidas. Para Rudolphi (1970, p. 166 apud PRADO, 2003, p. 46), bens jurídicos são os conjuntos funcionais valiosos constitutivos da nossa vida em sociedade, na sua forma concreta de organização. O bem jurídico é visto como condição de uma vida próspera, fundada na liberdade e responsabilidade individual. Para ele, o Estado de Direito não é meramente um Estado de Legalidade, encontrando, pois, sua real legitimação na idéia de justiça material.

Winfried Hassemer (1975 apud SOUZA, 2004, p. 74-77) amplia a perspectiva esboçada por Rudolphi e investiga quais as determinantes que influenciam o legislador na escolha dos bens jurídico-penais. Como ponto de partida, Hassemer traça uma inovadora metodologia que diferencia duas espécies de sistemas conceituais para examinar a questão

“bem jurídico”: a primeira, o sistema crítico ou transcendente, relacionado às perguntas legislativas sobre a legitimação punitiva de certas condutas e a forma de proteção do objeto jurídico-penal; a segunda, o sistema imanente, estritamente ligado à ordem sistemática e à interpretação dos tipos penais. Entende que a simples adoção do método sistemático-crítico da concepção de bem jurídico é insuficiente para a limitação e instrução do legislador e propõe encontrar referentes da realidade para complementá-lo. Entende que a criminalidade e as escolhas de criminalização são produtos de um processo de interação entre o indivíduo e a sociedade. Ao pretender vincular a teoria dos bens jurídicos à realidade, toma dois pontos de partida: a teoria do *labeling approach* e a psicologia profunda, de Freud. A função da primeira tem como ponto essencial estudar a criminalização como processo de estigmatização, e as causas desta estigmatização são reflexos da avaliação que a sociedade concede aos bens que são afetados pela consciência cultural da sociedade em dada época, expressada por meio de um “acordo social normativo”. Os bens jurídicos não são produtos de processos naturais, de acordo social baseado na experiência, os bens jurídicos não existem, mas são produzidos e o legislador atua configurando os bens jurídicos, mas não simplesmente sacando-os da realidade social, pois exerce uma função política e não apenas demoscópica ou estatística.

Para Hassemer, é imprescindível a confirmação de uma “danosidade social” para a legitimação da intervenção punitiva por parte do Estado (SILVEIRA, 2003, p. 49).

Lampe (1974 apud SOUZA, 2004, p. 77-80) centra o seu estudo em quatro teses: a) de que os bens jurídicos têm valores culturais como fundamento; b) que estes valores culturais possuem necessidades individuais como fundamento; c) que as necessidades individuais tornam-se valores culturais, e d) que os valores culturais tornam-se bens jurídicos, somente quando haja confiança na sua existência e demonstrem carência ou necessidade de proteção jurídico-penal. Na sua definição, são bens jurídicos os valores culturais em cuja subsistência a comunidade confia e para cuja tutela a mesma comunidade reputa como necessária a intervenção da coação. Além de estabelecer um importante critério pré-positivo de legitimação do poder punitivo, calcado nos valores culturais, restringe ainda mais a área de intervenção punitiva, ao exigir que o legislador somente eleve à condição de bem jurídico determinados valores culturais de natureza individual que sejam carentes de tutela penal.

Claus Roxin (1997 apud SILVEIRA, 2003, p. 50-51) deixa claro que o ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição prévia à eleição dos bens

jurídicos reside nos princípios da Constituição. Os bens jurídicos são circunstâncias ou finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento.

Outros autores procuraram estabelecer o conceito de bem jurídico, que ainda não é preciso. Num sentido objetivista, Welzel (1970, p. 15) considera o bem jurídico como um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente. É todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões. Muñoz Conde (1975, p. 48 apud PRADO, 2003, p. 46) conceitua os bens jurídicos como os pressupostos de que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida social. Para Polaino Navarrete (1974, p. 34 apud PRADO, 2003, p. 46), é o bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal; são bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana, em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade. Segundo Bettiol (1974, p. 229-231 apud PRADO, 2003, p. 47) o bem jurídico é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo de material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência. Adota, assim, uma concepção ético-valorativa, considerando o bem jurídico como valor e não como interesse, porque valor é o termo mais apropriado para exprimir a natureza ética do conteúdo das normas penais, ao passo que interesse é o termo que exprime uma relação. Para Roxin (1997, p. 27-28 apud PRADO, 2003, p. 47) os bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam por uma série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade. Segundo Zaffaroni (1982, p. 238 apud PRADO, 2003, p. 48), o bem jurídico é a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressadas com a tipificação dessas condutas. Para Gunther Jakobs (1997, p. 560 apud LUISI, 2003, p. 170) o bem jurídico consiste no uso e desfrute de uma situação valorada positivamente. Para Jescheck (1993, p. 6 apud SILVEIRA, 2003, p. 52), são eles os “bens” indispensáveis para a convivência humana em comunidade, devendo ser protegidos, pelo poder de coação do Estado através da pena pública. Aníbal Bruno (2005, p. 5-6) informa que os bens jurídicos são interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variáveis, segundo a estrutura da

sociedade ou as concepções de vida em determinado momento. São valores da vida individual ou coletiva, da cultura que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos, quanto morais. Francisco de Assis Toledo (2002, p. 16-17) diz que são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas. 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. Para Fragozo (1987, p. 277-278), bem jurídico é um bem protegido pelo direito; um valor da vida social que se procura preservar; um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta na norma. Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 38) considera que o fundamento do direito penal material, e que o legitima, é a tutela de valores que se expressam nos bens jurídicos; com isso, define bem jurídico como o bem valorado como essencial à convivência social de certa comunidade, em dado momento histórico, tutelado pela norma penal. Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 63) define bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.

Segundo Souza (2004, p. 80-81), a ânsia em procurar densificar o conteúdo e fortalecer a capacidade crítica do objeto de tutela penal levou parte da doutrina a apoiá-lo nas Cartas Constitucionais, porque somente a Constituição é capaz de assegurar critérios confiáveis no sentido de legitimar positiva e negativamente a atuação do legislador penal e estabelecer bases seguras à política criminal legislativo-dogmática. Somente a Constituição pode espelhar as opções valorativas mais essenciais e consensuais nas sociedades democráticas e impor vínculos na escolha dos bens jurídicos a tutelar penalmente.

Segundo Roxin (1997, p. 15-17 apud SOUZA, 2004, p. 81), a única restrição previamente dada ao legislador encontra-se nos princípios da Constituição e, por conseguinte, uma concepção de bem jurídico dentro do marco das finalidades e dos valores constitucionais não é estática e está aberta às transformações sociais e aos progressos do conhecimento científico; configura-se, assim, num vácuo estratégico para acompanhar a evolução da sociedade e as decisões tomadas em um dado contexto histórico, pois a Carta Magna nada mais é do que uma afirmação dos ideais morais abstratos que cada geração deve reinterpretar por si mesma. O conceito material de bem jurídico reside, então, na

realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte e depois do legislador ordinário.

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado (2003, p. 98) ensina que o conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, válido para um determinado sistema social, num determinado momento histórico-cultural.

Segundo Pelarin (2002, p. 119), o instrumento regulador da conceituação, aquele que melhor atende às expectativas de impor limites ao legislador na criminalização, só pode ser a Constituição, porque é ela que contém as decisões mais importantes da ordem jurídica, tanto no aspecto organizatório do Estado, quanto no âmbito dos valores fundamentais da sociedade, impondo-se com particular legitimidade, já que resume as opções políticas essenciais da sociedade.

Passa-se ao ponto de partida que reconhece que a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios constitucionais. Segundo Gomes (2002, p. 86), não é reduzido o grupo de doutrinadores que afirmam que a Constituição é o referencial mais idôneo para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do *ius puniendi*.

Segundo Gomes (2002, p. 87):

O ponto de partida de que a Constituição exerce direta influência no conteúdo das normas penais consiste em considerar que os valores básicos constitucionalizados constituem os elementos axiológicos, de natureza ético-jurídica, que conferem unidade, fundamento e legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política da comunidade. São valores que estão em permanente inter-relação e que acabam conformando um autêntico sistema axiológico constitucional, vertebrado ao redor do valor-síntese que é da dignidade da pessoa humana.

Segundo Luisi (2003, p. 172), surgiu nestes últimos decênios o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais, sendo nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções.

Para Rudolphi (1975, p. 345 apud LUISI, 2003, p. 172), a busca dos bens jurídicos deve partir de uma precisa determinação constitucional e de uma profunda análise da vida social, dentro da Constituição, que deve proteger-se de danos e perturbações.

Segundo Emílio Dolcini e Giorgio Marinucci (1994, p. 343 apud LUISI, 2003, p. 174), a criminalização encontra fronteiras insuperáveis nos princípios fundamentais da Constituição.



A criminalização deve ser feita tendo como fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que passaram pela filtragem valorativa do legislador constitucional e, embora o legislador ordinário possa tutelar bens não previstos expressamente na Constituição, só pode fazê-lo desde que não viole os princípios básicos previstos na constituição de forma explícita ou implícita (LUIZI, 2003, p. 174).

O bem jurídico vem a ser um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, tido como essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem em sociedade, devendo estar em compasso com o quadro axiológico previsto na Constituição, constituindo, assim, o paradigma do legislador penal infraconstitucional. O bem jurídico é sempre portador de um sentido, de algo valioso para o ordenamento jurídico (PRADO, 2003, p. 52-53).

Haverá manifesta inconstitucionalidade sempre que a lei violar, negar ou iludir aquilo que é substancial na Constituição. A tarefa do legislador é de incorporar ao ordenamento jurídico-penal os valores mais importantes previstos na Constituição.

Segundo Rudolphi (1970, p.162 apud PRADO, 2003, p. 64), os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal. O bem jurídico é aquilo que é indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar.

O legislador ordinário não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, pois está obrigado a seguir as metas, deduzidas na Constituição, para o Direito Penal (PRADO, 2003, p. 64).

Segundo Nilo Batista (2004, p. 96), o bem jurídico cumpre, no Direito Penal, cinco funções: 1) axiológica, indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador; 2) sistemático-classificatória, critério para o agrupamento de crimes; 3) exegética constitui-se em importante instrumento metodológico na interpretação dos tipos penais; 4) dogmática, cunha epistemológica para a teoria do crime; 5) crítica, porque permite verificar as concretas opções e finalidades do legislador. Segundo Ramirez (1986 apud BATISTA, 2004, p. 97), o bem jurídico cria oportunidade para a participação crítica dos cidadãos em sua fixação e revisão. E, segundo Silva (2003, p. 39), a função crítica possibilita descriminalizar condutas antes previstas como ilícitos penais, mas que tenham perdido o seu significado de danosidade social.

À medida que a teoria do bem jurídico esteja apta a fornecer dados sobre o que deve proteger e porque se deve proteger, surge a possibilidade de se fazer uma revisão

crítica da norma penal e de todo o ordenamento que a sustenta em um duplo processo: de uma parte, deve-se descriminalizar as condutas que não possuem vigência social; de outra, deve-se criminalizar novas condutas surgidas com a evolução do processo social e que necessitam de tutela penal (BIANCHINI, 2002, p. 50).

A Constituição veda ao legislador tipificar condutas que impliquem negar os valores consagrados na Carta Magna e, embora não ofereça um catálogo exaustivo dos bens jurídicos dignos da proteção penal, estes só podem ser resguardados pelo Direito Penal, se forem legitimamente deduzidos da *mens* constitucional, mediante uma interpretação teleológica que examine os valores constitucionais. A Constituição também obriga o legislador ordinário a erigir certas condutas como crimes, desde que representem agressões a valores resguardados de forma expressa no texto constitucional (SILVA, 2003, p. 92).

Segundo Prado (2003, p. 65), o pensamento jurídico moderno reconhece que o fim primordial e imediato do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos, que são essenciais ao indivíduo e à comunidade, cuja valoração está vinculada aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima e da fragmentariedade. Silveira (2003, p. 54) acrescenta a estes o princípio da lesividade ou ofensividade.

Pelo princípio da lesividade ou ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) entende-se a necessária comprovação de lesão a um dado bem para sua eventual proteção (SILVEIRA, 2003, p. 54). É a conduta exterior do indivíduo que é avaliada e punida. À conduta meramente interna, ou puramente pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente faltaria a lesividade para legitimar a intervenção penal (BATISTA, 2004, p. 91).

Nilo Batista (2004, p. 92-93) apresenta quatro funções principais do princípio da lesividade: 1) proibir a incriminação de uma atitude interna. As idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime; 2) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor. Os atos preparatórios, se não for iniciada a execução, não são punidos, ou o simples conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se a sua execução não for iniciada. Daí porque também não se pune o crime impossível e a autolesão, o suicídio e o uso de drogas; 3) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais. O direito penal só pode ser um direito penal da ação e não um direito penal do autor. “O

homem responde pelo que faz e não pelo que é” (CUNHA LUNA, 1985 apud BATISTA, 2004, p. 93). Deve ser privilegiado o desvalor “do evento”, excluindo-se a punição pela mera vontade do agente ou pela periculosidade evidenciada na ação (PALAZZO, 1989, p. 80); 4) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Deve ser respeitado o direito à diferença, de grupos minoritários, numa sociedade pluralista.

O princípio da ofensividade ou lesividade é parâmetro essencial na aplicação da pena ou medida de segurança, que incidem somente sobre as condutas que tenham efetiva intolerabilidade social e apresentem uma efetiva e concreta repercussão jurídico-penal (FERRARI, 2001, p. 121).

Pelo princípio da insignificância seriam atípicas aquelas condutas que apresentem uma pequena ou nenhuma ofensividade ao bem jurídico tutelado (MAÑAS, 1994, p. 81). A nível jurisdicional-aplicativo, cumpre ao juiz o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, embora se apresente na conformidade com o tipo penal, apresenta-se concretamente como inofensivo ao bem jurídico tutelado pela norma (PALAZZO, 1989, p. 80).

A única ponderação que se faz ao princípio da lesividade ou ofensividade diz respeito à proteção dos bens jurídicos metaindividuais, supra-individuais ou difusos, que surgem na sociedade pós-industrial como novos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal. Urge tutelar penalmente o meio ambiente, o patrimônio cultural, a saúde pública, o consumidor, a moralidade na administração pública, enfim, condutas violadoras ou que colocam em perigo os valores mais importantes para a coletividade.

A grande dificuldade que se apresenta na modernidade é a proteção de tais bens jurídicos sem a exigência de efetiva lesão ao bem protegido. Neste ponto, o Direito Penal deverá se socorrer dos crimes de perigo, em especial o abstrato. Daí porque a Escola de Frankfurt entende que a concepção de bem jurídico deve ser menos centrada no dano e no conflito pessoal entre autor e vítima, e mais na proteção dos interesses que a sociedade atual venha a considerar prevalentes (SILVEIRA, 2003, p. 65).

Para adequar o princípio da lesividade aos crimes de perigo abstrato, Walter Kargl (2000 apud SILVEIRA, 2003, p. 66) pondera que a lesividade não pode ser entendida naturalisticamente com o dano; tutelar-se-ia a moralidade do dano e dar-se-ia a lesão com a mera situação de perigo a que seria submetido o bem.

Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 101), os delitos de perigo abstrato não representam uma ofensa ao princípio da lesividade porque alguns bens

jurídicos, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser eficazmente tutelados mediante tipos de perigo abstrato, em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria; também pela irreversibilidade do bem ao estado anterior e por não se poder mensurar o perigo concreto em certas circunstâncias.

Vale frisar que a edição de tipos penais de perigo abstrato deve ser adstrita a um mínimo indispensável, em consonância com os princípios da intervenção mínima e fragmentariedade.

O princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma (PRADO, 2003, p. 68). O legislador penal não encontra nos textos constitucionais um elenco definido e organizado dos bens que lhe cabe tutelar, incumbindo-lhe a tarefa de seleção, dentre os bens constitucionais, daqueles que deve proteger com a sanção penal. Neste processo de escolha e seleção dos bens jurídicos, o legislador deve valorar a relevância do bem, ou seja, sua significação e importância, e selecionar as lesões mais graves, aquelas cuja tutela por outras sanções da ordem jurídica se mostram insuficientes. Com isso, o critério básico desse processo de escolha, há de guiar-se pelo princípio da *ultima ratio* que, partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessária a intervenção penal (LUISI, 2003, p. 175).

O primeiro fator legitimador da intervenção penal está em sua função de tutelar os bens essenciais da sociedade (SILVA, 2003, p. 117).

O direito penal mínimo respeita a dignidade da pessoa humana, diante de uma medida estatal constrangedora desnecessária, pois a consagração constitucional do direito à liberdade, como direito fundamental, já seria suficiente como substrato de um direito penal mínimo, pois não é dever de um Estado Democrático e pluralístico impor determinadas formas de postura às pessoas, quando inofensivas ou visando educar coercitivamente os cidadãos adultos (SILVA, 2003, p. 119-120).

O modelo de direito penal mínimo está previsto no artigo 8º da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789, que admite a imposição de sanções penais somente quando forem estritamente necessárias, vedando-se tipos penais supérfluos, vagos e indeterminados (FERRARI, 2001, p. 107).

Segundo Ferrari (2001, p.110), o princípio da intervenção mínima possui três funções básicas: 1) impede a criminalização de condutas irrelevantes com conseqüente

imposição de sanções desnecessárias; 2) limita a restrição da liberdade do cidadão, ou seja, a sanção penal somente incide nos casos em que outros ramos do direito não conseguem evitar a conduta danosa ou perigosa; 3) a incidência da sanção penal só se justifica se for possível alcançar os seus fins, ou seja, elimina a incidência de sanções inúteis.

A fragmentariedade propõe que a proteção de bens jurídicos, atribuída à lei penal, não é absoluta, porque o bem jurídico somente é defendido perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis, o que implica dizer que somente as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais é que devem ser criminalizadas. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, impõe-se que o Direito penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. É um limite ao totalitarismo de tutela, que seria pernicioso para a liberdade (PRADO, 2003, p. 69).

Francesco Palazzo (1991, p. 377 apud LUISI, 2003, p. 176) relaciona como critérios que devem orientar o legislador na criminalização dos bens jurídicos constitucionais a fragmentariedade e a proporcionalidade, ou seja, a criminalização se limita à proteção de bens relevantíssimos, não abrangendo a totalidade da área da ilicitude, constitui-se apenas em fragmentos da mesma e somente se justifica a sua tutela quando se verifica a sua estrita necessidade.

Segundo Luisi (2003, p. 184), como a Constituição Federal de 1988 elegeu a liberdade como bem inviolável (artigo 5º) e sendo a pena uma forma de privação ou restrição da liberdade, então a resposta penal somente se justifica, quando for utilizada como meio indispensável para a proteção de um determinado bem jurídico, em que outras modalidades de sanções previstas no ordenamento jurídico se mostrem insuficientes para a tutela de um bem jurídico.

A Constituição Federal de 1988 instituiu expressamente a forma democrática do Estado brasileiro, e enuncia como valores supremos o asseguramento do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça e o Estado Social busca promover amplamente os valores supremos da dignidade, liberdade e igualdade, de forma material e concreta, no sentido de proporcionar a todos os indivíduos o exercício efetivo dos direitos fundamentais e o livre e pleno desenvolvimento da personalidade (PRADO, 2003, p. 76-77).

No Estado Democrático, a pessoa é o protagonista da política e da história e surge em primeiro plano, acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna o valor absoluto e determinante de toda decisão estatal. O respeito à dignidade da pessoa

humana é um limite imanente ao Direito positivo. O Estado existe para o indivíduo e não o oposto. Assinala-se ao Estado, em relação à pessoa, não uma missão de domínio, mas de serviço (PRADO, 2003, p. 83-90).

Os bens jurídicos podem ser individuais ou metaindividuais. São individuais aqueles que têm como titular o indivíduo; que os controlam e deles dispõem, segundo a sua vontade. Metaindividuais são aqueles cuja titularidade não é pessoal, mas sim, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão além do indivíduo, afetam um grupo de pessoas ou toda coletividade. Importa observar que existe uma relação de complementaridade entre os bens jurídicos individuais e os metaindividuais, conforme acontece com a saúde pública, o meio ambiente e outros; vale dizer que sempre será o indivíduo, como pessoa, que deve ser o destinatário maior da proteção penal (PRADO, 2003, p. 107-109).

O legislador é titular exclusivo do desenho da política criminal e da seleção dos bens jurídicos, mas deve atuar dentro dos limites da Constituição e estará justificado a utilizar o recurso da ameaça penal somente quando o bem jurídico é constitucionalmente legítimo e conta com importância social. Vale dizer que o legislador continua com sua liberdade de eleição, que lhe pertence em virtude do princípio democrático, mas não pode elevar à categoria de bem jurídico-penal certos interesses que conflitam com os princípios, valores e normas constitucionais. Além disso, não serão somente os direitos fundamentais previstos na Constituição que serão merecedores da tutela penal, pois existem outros bens ou interesses, particulares ou coletivos, não previstos na Constituição, que podem ser objeto da tutela penal, desde que sejam socialmente relevantes e compatíveis com o quadro axiológico-constitucional (GOMES, 2002, p. 102-103).

Segundo Gomes (2002, p. 111), o Direito Penal deve assumir a tarefa de tutelar a satisfação das necessidades humanas, dirigindo a cominação penal somente para as condutas que dificultem gravemente, ou impossibilitem a participação não discriminatória nos processos de produção e distribuição igualitária da riqueza produzida.

Ao se colocarem de um lado os bens sociais e de outro, as penas, consegue-se chegar à escala de valores da sociedade (JHERING, 1985, p. 346 apud FERRAJOLI, 2002, p. 381).

Na sociedade brasileira, é possível verificar o alto valor atribuído à propriedade, conforme já foi exposto, ante o escasso valor atribuído à liberdade e o apego ao direito penal do autor, principalmente no caso da reincidência, o que em última análise contribui para o agravamento das desigualdades sociais, o aumento da população carcerária, composta principalmente de pessoas pobres e com baixo grau de instrução.

Segundo Thompson (2007, p. 32), noventa e cinco por cento dos presos pertencem à classe social mais baixa.

É urgente uma reelaboração da hierarquia dos bens merecedores da tutela penal e a atribuição de penas proporcionais, à luz da Constituição Federal. O valor liberdade pessoal afetado pela pena deve ser proporcional ao valor dos bens atacados pelo delito e com isso devem ser afastadas da proteção penal as infrações levíssimas.

Um programa de direito penal mínimo deve apontar para uma massiva deflação dos “bens” penais e das proibições, como condição de legitimidade política e jurídica (FERRAJOLI, 2002, p. 382).

Segundo Palazzo (1989, p. 112-113), é preciso atentar para a indispensabilidade do recurso à sanção penal, que deve ser desenvolvida em três fases: a primeira consiste numa valoração comparativa, que deve ser feita em terreno empírico, sobre a eficácia presumivelmente exercitada por diferentes sanções (penais, administrativas, cíveis) entre si, observando se a sanção penal não se apresenta contra-producente. A segunda valoração consiste numa difícil ponderação entre duas grandezas qualitativamente heterogêneas: de um lado o *quantum* de maior eficácia da pena criminal em relação às sanções extrapenais, e de outro, o maior “custo” (humano e social) da primeira em relação à segunda: a fim de concluir se a vantagem, em termos de eficácia, é bastante para justificar – proporcionalmente – o maior “custo” (humano e social) da sanção criminal. A terceira valoração consiste numa tomada de posição de fundo, que deve ser a última, subcondicionada à precedente valoração, que deve avaliar a real eficácia que se esperava da sanção criminal, considerando o papel e a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Segundo Pelarin (2002, p. 129), os princípios básicos do Direito Penal, ligados à interpretação constitucional de caráter geral, exprimem uma postura descriminalizante, enquanto os influentes em matéria penal apontam um novo dimensionamento do direito penal, ao encontro da tutela de valores constitucionais reputados penalmente relevantes.

Ferrajoli (2002, p. 382-383) sustenta a necessidade de descriminalizar toda categoria de contravenções penais e os delitos punidos exclusivamente com a pena de multa, por questão de restrição de caráter quantitativo, porque a punição com multa evidencia que o bem protegido não é fundamental, porque nenhum bem fundamental pode ser monetarizado; portanto, ou existe um defeito de punição, se o bem é fundamental, ou um excesso de proibição, se o bem não é fundamental. A relação entre delito, processo e pena ganharia um aspecto mais linear e uniforme: crimes seriam apenas os delitos, com

seus requisitos objetivos e subjetivos, e as penas seriam somente as restritivas de liberdade, privativas, ou não, e o processo seria apenas o procedimento dirigido a limitar a liberdade pessoal, em favor da tutela de bens penais fundamentais. Outra restrição de caráter qualitativo implica reconhecer que os bens protegidos são aqueles cuja lesão concretiza um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso. A punição dos delitos de opinião dirigem-se a tutelar privilégios ou imunidades que contradizem os princípios de liberdade e democracia e não constituem bem algum para ninguém, e muito menos para o cidadão comum. Os delitos não-lesivos a terceiros, tais como, a prostituição, a tentativa de suicídio, a embriaguez e o uso de entorpecentes. E em certos delitos patrimoniais, como o furto e a fraude, diante da natureza eminentemente disponível do bem ofendido poderia ser exigida a ação privada ou, pelo menos, a representação da vítima. Os delitos de perigo abstrato ou presumido, sem perigo concreto para o bem protegido, também deveriam ser reestruturados, à base do princípio da lesividade.

A escala de valores deve ser reelaborada à luz dos valores fundamentais previstos na Constituição, estando no ápice o valor-fonte, que é a dignidade da pessoa humana, que compreende a proteção à vida, no seu aspecto físico e psíquico ou moral, seguida pela liberdade que consiste em garantir ao cidadão o poder de escolher o seu modo de vida e de planejar o seu futuro. Segundo Dallari (1998, p. 29), ninguém é livre se não pode fazer sua própria escolha em matéria de religião, de política ou aquilo em que vai ou não acreditar, ou se é forçado a esconder seus sentimentos ou a gostar do que os outros gostam, contra a sua vontade. O Estado também deve tutelar a igualdade material, porque pouco adianta a lei dizer que todos são iguais e proibir formalmente que umas pessoas sejam tratadas como inferiores perante outras, se não for garantida a igualdade de oportunidades para todos, desde o nascimento; quando uns nascem ricos e outros, pobres, as oportunidades para uns e outros são muito diferentes e por isso as pessoas se tornam socialmente diferentes, desprezando-se a igualdade natural. É preciso assegurar a todos, de maneira igual, a oportunidade de viver com a família, de ir à escola, de ter boa alimentação, de receber cuidados de saúde, de escolher um trabalho digno, de ter acesso aos bens e serviços, de participar da vida pública e de gozar do respeito dos semelhantes (DALLARI, 1998, p. 35). O direito à segurança, que envolve o direito à proteção dos direitos, deve tutelar o ataque dos particulares contra os direitos de outros particulares, ou seja, ofensas contra a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade..., mas também deve tutelar o direito das pessoas frente ao Estado. contra os abusos dos agentes do mesmo, nos diferentes níveis que podem atingir o direito à moradia tranqüila, o direito à



integridade física e psíquica, o direito à liberdade, o direito à proteção, enfim à dignidade enquanto pessoa humana. O sistema penal, no mister de distribuir segurança, deve ser eminentemente protetivo, porque a proteção dos direitos é indispensável para que as pessoas possam viver em paz (DALLARI, 1998, p. 71).

A eleição dos valores a serem penalmente tutelados é função do legislador ordinário, mas este não está livre para formar, a seu bel prazer, a escala de valores, já que esta deve ser elaborada de acordo com os valores constitucionais; não pode o legislador ordinário conferir maior importância a um bem jurídico hierarquicamente inferior, estabelecido pela Constituição Federal, em relação a outro que foi tido pela Constituição Federal como hierarquicamente superior e só pode sacrificar-se um bem jurídico, se for para resguardar outro hierarquicamente superior. Exemplificando, se a Constituição Federal elegeu como valores invioláveis o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade<sup>37</sup>, estabelecendo uma ordem, não meramente gramatical, mas de preferência e importância para o Estado, conclui-se que o valor “vida” é hierarquicamente superior à liberdade, que, por sua vez, é superior à igualdade, que é superior à segurança, que, por sua vez, é superior à propriedade.

Assim, é possível estabelecer, como política criminal, quais são os bens jurídicos que o legislador constitucional elegeu como merecedores da proteção penal; dentre eles, pode-se citar:

a) - o direito à vida, que é bem inviolável, conforme dispõe o artigo 5º, “*caput*”, da Constituição Federal e representa a maior expressão da dignidade humana. A vida é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É um processo que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantém sua identidade, até que muda de qualidade, deixando de ser vida para ser morte. Portanto, tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. Integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). Constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. O direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável (SILVA, 1997, p. 176-177). Por isso, deve ser tutelada penalmente, tanto no seu aspecto físico, quanto psíquico ou moral, e até no plano espiritual, contra os ataques consumados ou tentados, nos casos de dano efetivo ou de perigo de dano. Com isso, o legislador ordinário está autorizado a criar tipos penais para

---

<sup>37</sup> Artigo 5º, “*caput*”, da Constituição Federal.

prevenir e punir todas as condutas violadoras da vida, em sentido amplo; como por exemplo: o homicídio, o aborto, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, a lesão corporal, pois agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele; a integridade físico-corporal constitui um bem vital e se revela como um direito fundamental do indivíduo (SILVA, 1997, p. 178). A tortura<sup>38</sup>, os maus-tratos, a omissão de socorro, o tráfico de drogas, a epidemia, a adulteração de medicamentos, o envenenamento de água potável ou substâncias alimentícias, a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo, a ameaça, o porte ilegal de armas, o contrabando de armas violam ou ameaçam de forma concreta o direito à vida.

A lei penal deve proteger de forma especial as minorias e as pessoas que estão em condição especial como: a criança<sup>39</sup>; os índios<sup>40</sup>; o idoso<sup>41</sup>; as pessoas portadoras de deficiência<sup>42</sup>; a mulher na relação familiar, pois, embora a Constituição Federal tenha previsto que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres<sup>43</sup>, não proibiu a proteção especial da mulher; pelo contrário, reconheceu que no âmbito das relações familiares, o Estado deve criar mecanismos para coibir a violência contra a mulher<sup>44</sup>. Na relação familiar, a mulher é a parte mais frágil e, ao longo da história, vem sofrendo diversas formas de violência (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral). Foi isto que motivou o legislador ordinário a editar a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, criando medidas protetivas de urgência para resguardar a mulher contra a violência doméstica (artigo 22 da referida lei). Visa a nova lei evitar situações mais graves, conferindo ao juiz criminal mecanismos para uma atuação preventiva, já que a cultura existente na Justiça Criminal é uma atuação pós-lesão, o que já não representa os anseios do Estado Democrático, porque a atuação preventiva é preferencial, em relação à atuação retributiva ou reprovatória do Estado, em relação ao dano verificado ao bem jurídico tutelado. Criou-se um novo paradigma na justiça criminal e que pode e deve ser estendido para outras situações como, por exemplo, nos casos de ameaça ou de práticas que coloquem em risco o meio ambiente, a saúde das pessoas, a economia popular e outras ameaças de ataque a bens jurídicos relevantes.

---

<sup>38</sup> A criminalização da tortura tem previsão expressa, no inciso III, do artigo 5º, da Constituição Federal.

<sup>39</sup> Artigo 227 da Constituição Federal.

<sup>40</sup> Artigo 231 da Constituição Federal.

<sup>41</sup> Artigo 230 da Constituição Federal.

<sup>42</sup> Artigos 23, inciso II, 24, inciso XIV e 227, parágrafo 1º, todos da Constituição Federal.

<sup>43</sup> Artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal.

<sup>44</sup> Artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal.

Tutela-se o meio ambiente<sup>45</sup> como expressão de garantia do futuro da vida no planeta e a saúde<sup>46</sup>, como perspectiva de prolongamento da vida humana.

A intimidade, a honra e a imagem das pessoas, como atributos da dignidade humana, também ganham especial proteção<sup>47</sup>. A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam, a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação, sendo direito fundamental da pessoa humana resguardar essas qualidades e preservar a própria dignidade, podendo lutar até contra as verdades, porque o segredo decorre da privacidade e da intimidade (SILVA, 1997, p. 186).

b) – O direito à liberdade, que compreende: 1)- a liberdade de locomoção<sup>48</sup>, por isto, o legislador ordinário está autorizado a criar tipos penais para prevenir e punir o seqüestro e o cárcere privado; o constrangimento ilegal, a redução de alguém à condição análoga à de escravo; 2)- a liberdade de manifestação do pensamento<sup>49</sup>, pelo qual o legislador ordinário está autorizado a criar tipos penais que visem garantir o seu exercício efetivo, o que igualmente se dá em relação às demais liberdades, a seguir enumeradas; 3)- a liberdade de crença<sup>50</sup>; 4)- a liberdade de consciência<sup>51</sup>; 5)- a liberdade de expressão<sup>52</sup>; 6)- a liberdade de informação jornalística<sup>53</sup>; 7)- a liberdade de correspondência e de comunicação<sup>54</sup>; 8)- a liberdade de exercício profissional<sup>55</sup>; 9)- a liberdade de reunião<sup>56</sup>; 10)- a liberdade de associação<sup>57</sup>; 11)- a liberdade de greve<sup>58</sup>; 12)- a liberdade de voto e filiação partidária<sup>59</sup>; 13)- a liberdade de criação de partidos políticos<sup>60</sup>.

É importante anotar que o legislador constitucional não elevou à condição de direito público subjetivo a “liberdade sexual”, conforme o fez em relação às demais expressões da liberdade humana, mas a ausência de previsão expressa não exclui a proteção de tal liberdade porque esta decorre da dignidade humana (BORGES, 2005, p. 166), e a existência dos crimes sexuais somente se justifica e se legitima se tiverem como

---

<sup>45</sup> Artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

<sup>46</sup> Artigo 196 da Constituição Federal.

<sup>47</sup> Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

<sup>48</sup> Artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal.

<sup>49</sup> Artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal.

<sup>50</sup> Artigo 5º, incisos VI a VIII, da Constituição Federal.

<sup>51</sup> Artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal.

<sup>52</sup> Artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal.

<sup>53</sup> Artigo 220, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal.

<sup>54</sup> Artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

<sup>55</sup> Artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

<sup>56</sup> Artigo 5º, inciso XVI, da Constituição Federal.

<sup>57</sup> Artigo 5º, incisos XVII a XX, da Constituição Federal.

<sup>58</sup> Artigo 9º da Constituição Federal.

<sup>59</sup> Artigo 14 da Constituição Federal.

<sup>60</sup> Artigo 17 da Constituição Federal.

bem jurídico a ser protegido justamente a liberdade sexual; o que se tutela é a liberdade de escolha do parceiro e a capacidade de consentir a prática do ato sexual, ou seja, no Estado Democrático não se pode punir condutas que sejam meramente imorais, preconceituosas, pecaminosas ou meras bestialidades. Com isso, agiu bem o legislador ordinário, em que pese o atraso de dezessete anos, ao abolir, com a Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, os crimes de sedução, rapto consensual e adultério, além de conferir nova redação ao crime de atentado ao pudor mediante fraude, excluindo o termo “mulher honesta”, que representava uma odiosa forma de discriminação, passando a considerar “alguém” como sujeito passivo do crime. Também é importante consignar que tanto o homem quanto a mulher merecem idêntica proteção em relação à liberdade sexual, não havendo razão lógica para se tutelar somente a dignidade sexual da mulher; o mais correto seria a fusão do estupro com o atentado violento ao pudor, admitindo, como sujeito passivo ou ativo, tanto o homem como a mulher, conforme propõe Eluf (1999, p. 18 apud BORGES, 2005, p. 168). Pode-se ponderar que o legislador constitucional não elevou a liberdade sexual à condição de direito público subjetivo, porque tal condição implicaria em legalizar e regulamentar a prostituição e também teria reflexos no dever de fidelidade conjugal, nos direitos do preso. Reconhecer a prostituição como atividade tutelada pelo Estado atingiria, em última análise, a dignidade da pessoa humana, já que o sexo sem amor, traduzido como mercadoria, avilta a pessoa humana e não representa os anseios altruístas e nobres almejados pelo Estado Democrático de Direito. Mas, por outro lado, é possível ponderar que, tendo o legislador constitucional reconhecido a liberdade de consciência<sup>61</sup>, e sendo o Estado Democrático um Estado, que prima pelo respeito às liberdades do cidadão, pelo respeito às diferenças, pelo pluralismo, pela tolerância, pela solidariedade, então não pode o legislador ordinário fechar os olhos para a realidade social; esta demonstra que a prostituição é uma atividade que é exercida por um número considerável de pessoas e não pode ser considerada como atividade ilegal, porque não ofende nenhum bem jurídico passível de tutela, sendo meramente indigna, então nada impede que o legislador ordinário venha a reconhecê-la, não especificamente como direito, mas como fato social, e venha a estender aos seus praticantes os direitos sociais previstos na Constituição Federal.

---

<sup>61</sup> Artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal

c)- o direito à igualdade, com isso o legislador ordinário deve criminalizar qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais<sup>62</sup>; o racismo<sup>63</sup> e tutelar a igualdade entre brasileiros natos e naturalizados<sup>64</sup>.

d)- direito à segurança, devendo criminalizar as condutas contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático<sup>65</sup> e aquelas atentatórias da ordem pública<sup>66</sup>.

e)- direito à propriedade, que continua inviolável<sup>67</sup>, mas perdeu o seu caráter absoluto, pois, no Estado Democrático e Social de Direito, a propriedade deve atender à sua função social<sup>68</sup>. Deve estar inserida no contexto da ordem econômica, que tem como princípio informador a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social<sup>69</sup>. Houve uma transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la (SILVA, 1990, p. 250). Assim, não se justifica atribuir à propriedade valor superior àqueles bens jurídicos, referidos acima, que dizem respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, uma vez que a propriedade é o último bem da escala a merecer a proteção do Estado, estando devidamente incumbida de exercer sua função social. A propriedade, como bem jurídico, suscetível de ser avaliado monetariamente deve merecer a ponderação do legislador ordinário, ao ser tutelada pelo Direito Penal. Os ataques insignificantes, ou seja, aqueles que não são aptos para atingirem o patrimônio da pessoa, por não atenderem ao princípio da lesividade, não podem ser punidos, devendo as condutas serem consideradas como atípicas. Os ataques aos bens de pequeno valor (critério objetivo: até um salário mínimo vigente no País) devem ser classificados como delitos de menor potencial ofensivo, exigindo-se a representação da vítima, nos casos de furto, independentemente da condição pessoal do autor do crime, já que o sistema atual privilegia somente o autor primário<sup>70</sup>, o que representa ser uma discriminação indevida, porque o direito penal deve tutelar “o fato”, “o evento” e não o que representa o seu autor, sua presumível periculosidade, conforme já foi dito anteriormente. No caso do roubo, nada impede que também se leve em consideração o valor da coisa subtraída, porque o referido delito tutela em primeiro lugar o patrimônio e, subsidiariamente, a liberdade. Portanto, seria prudente a criação de uma causa de diminuição de pena, quando o objeto roubado

---

<sup>62</sup> Artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal.

<sup>63</sup> Artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal.

<sup>64</sup> Artigo 12, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

<sup>65</sup> Artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal.

<sup>66</sup> Artigo 144 da Constituição Federal.

<sup>67</sup> Artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal.

<sup>68</sup> Inciso XXIII, do artigo 5º; artigo 182, parágrafo 2º e artigo 184, todos da Constituição Federal.

<sup>69</sup> Artigo 170, incisos II e III, da Constituição Federal.

<sup>70</sup> Parágrafo 2º, do artigo 155, do Código Penal.

fosse de pequeno valor e a vítima não tivesse sofrido violência física ou houvesse o emprego de arma de fogo. Sem contar que são somente os reconhecidamente pobres que praticam os pequenos roubos e furtos e estando o sistema atual impregnado com a punição do agente pelo “perigo que ele representa”, agravando sensivelmente a condição do reincidente, que é traduzida em maior culpabilidade, acaba causando a superlotação dos presídios com os miseráveis, viciados e reincidentes na prática de delitos contra o patrimônio.

Por isso, adverte Augusto Thompson (2007, p. 36) que a Justiça condena os membros das camadas pobres da população (são eles que estão nas ruas) e os envia para a penitenciária; a criminologia vai aos cárceres, pesquisa-lhes a população e comunica à Justiça que a pobreza é a característica mais relevante do criminoso; com isso a Justiça, abonada pelo aval da postura científica, esmera-se em selecionar os pobres para o encarceramento e os criminólogos cada vez mais confirmam que o crime é comportamento típico das camadas inferiores.

Conclui Thompson (2007, p. 42) que as causas do crime, se forem buscadas a partir do criminoso, assim designado pela ordem oficial, são duas: a legislação e a atividade do mecanismo de repressão penal. Assim, por meio de um saber científico, cuja substância é pura trama ideológica, justifica-se o emprego de toda sorte de violências contra as massas que jazem no limbo social.

### **3.2 A Proporcionalidade da Pena**

Segundo Araújo (2002, p. 32-36), a proporcionalidade vem do latim *proportionalis*, algo que se mostra numa relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas. Há uma correspondência entre as partes e o todo. Revela-se numa igualdade relativa, conseqüente da relação das diferentes partes de um todo comparadas entre si. Na Grécia antiga, Aristóteles fazia largas referências ao meio-termo e à justa medida e estava ligada à idéia de justiça material. No direito Romano ficou caracterizada pela máxima “*summum jus, summa injuria*”. A raiz histórica da idéia da proporcionalidade constitui limite ao arbítrio e à onipotência do poder estatal e teve sua origem constitucional na Carta Magna inglesa, outorgada por João Sem-Terra, em 1215.

A proporcionalidade que representa medida bela e substancialmente justa é inerente ao sentimento e à natureza do ser humano, razão pela qual se justifica a sua ampla aplicação em defesa dos direitos fundamentais do cidadão (ARAÚJO, 2002, p. 43).

Segundo Borges (2005, p. 208), este princípio é corolário do princípio da humanidade, já que as penas degradantes, cruéis ou desproporcionais, são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Também pode ser relacionado com o princípio da culpabilidade, sendo esta o fundamento da pena, que projeta o sistema penal numa perspectiva eticizante, no centro da qual está o homem, sujeito de responsabilidade moral, em sua capacidade de auto-determinação, para o “mal” e para o “bem”. A culpabilidade, como limite da pena visa evitar que o Estado, na persecução da finalidade preventiva, abuse do seu poder punitivo e projete o sistema numa perspectiva utilitarista, na qual o maior perigo é o de uma instrumentalização do homem para o “bem comum”. Seu fundamento constitucional é humanístico-garantidor e se transforma, segundo a doutrina alemã, no outro mais “neutral” princípio de proporcionalidade (PALAZZO, 1989, p. 53-54).

Para Ferrajoli (2002, p. 320), o princípio da proporcionalidade expresso na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes, seu fundamento lógico e axiológico.

Na base da construção rígida entre Constituição e Direito Penal, está o princípio da proporcionalidade, que exige um equilíbrio entre os bens em conflito, ou seja, em termos constitucionais, a desproporcionalidade entre bem jurídico e espécie/medida da pena encontra seu veto nos preceitos que amparam a justiça e a igualdade em sentido substancial, a partir do momento em que uma sanção desproporcional seria uma evidente injustiça comparativa, contrária a ambos os princípios (GOMES, 2002, p. 90).

O Marquês de Beccaria (1764) dedicou um capítulo de sua obra (Dos delitos e das penas) à proporcionalidade entre os delitos e as penas, dizendo:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos... Se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar e estabelecer uma progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos. O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada país. Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e que, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos (BECCARIA, 1983, p. 61-63).

Segundo Bricola (1997, p. 575 apud GOMES, 2002, p. 90), o critério mais adequado para verificar a legitimidade da norma penal (sua proporcionalidade) reside primordialmente na relação de hierarquia estabelecida entre o bem tutelado e a liberdade pessoal, sacrificada em razão da sanção penal; trata-se de um juízo intrínseco, que deve ser realizado em conjunto com o juízo extrínseco, que seria a comparação entre duas normas punitivas. Por conseguinte, na perspectiva constitucional, somente será delito a conduta que ofende bens jurídicos proporcionalmente relevantes, diante da liberdade individual (GOMES, 2002, p. 91).

Segundo Luisi (2003, p. 184), o princípio da proporcionalidade decorre da inviolabilidade prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, onde a privação ou restrição dos direitos invioláveis, além de somente ser legítimo quando constitui o meio necessário para a efetiva proteção de um determinado bem jurídico, há de ser também proporcional à importância do bem, à gravidade da ofensa e à intensidade de norma penal incriminadora, ao fixar *in abstracto* a medida da pena e, depois, também se faz presente no momento da aplicação concreta da pena.

Segundo Dotti (2002, p. 441), o projeto de Código Criminal, elaborado em 1789, por Melo Freire, alinhava entre os axiomas criminais o princípio segundo o qual a pena deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e à gravidade do delito e à maldade do delinqüente.

Para Dotti (2002, p. 441) a pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do autor da conduta típica e ilícita. É o efeito de uma causa e deve guardar uma relação de proporcionalidade. A proporcionalidade entre a pena e o ilícito toma em consideração o bem jurídico agredido e, também, as condições e qualidades de seu autor e deve se caracterizar como um fenômeno de equilíbrio possível: *poena commensurari delicto*.

O princípio da proporcionalidade busca equilibrar a dignidade do bem com a dignidade da conduta considerada ofensiva, para que haja uma congruência envolvendo a dignidade penal do bem jurídico e a forma e intensidade da conduta a reprimir (SOUZA, 2004, p. 152).

Segundo Dolcini; Marinucci (1994 apud SOUZA, 2004, p. 152), quanto menos grave é a ofensa (e a gravidade da ofensa decresce à medida que se afasta do estágio da lesão), tanto mais elevada deve ser a categoria do bem; e também exige uma “justa medida” entre a conduta a ser tipificada e a pena que lhe é correspondente.

Segundo Ferrari (2001, p. 100-101), o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo ou proibição do excesso, visa garantir a liberdade individual, limitando a



interferência do Poder Estatal, contestando as ingerências desnecessárias, não adequadas ou desproporcionais. Visa limitar as arbitrariedades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

A proporcionalidade, em sentido amplo, apresenta três subprincípios: 1) princípio da adequação ou idoneidade – indica que a norma deve ter aptidão para satisfazer ao reclamo que a ensejou, ou seja, deve ser justa, adequada, idônea para cumprir o fim proposto; 2) princípio da necessidade ou exigibilidade – qualquer medida constritiva ao cidadão que se mostre dispensável ou desnecessária deve ser eliminada; 3) princípio da proporcionalidade em sentido estrito – exige que o aplicador da norma faça uma ponderação a partir de uma razoabilidade entre o meio e o fim da norma, excluindo uma carga desigual, desajustada ou excessiva (SILVA, 2003, p. 103-105).

A chave da questão é a ponderação, a relação “custo-benefício”, isto é, além de levar em conta a adequação e a necessidade da opção feita, há que levar em consideração, também, as vantagens e desvantagens que a medida acarreta para os envolvidos. Ponderar meios e fins, vantagens e desvantagens, danos e benefícios é missão essencial do legislador, quando edita as normas, mas também do Judiciário, quando controla a constitucionalidade dessas normas, à luz do princípio da proporcionalidade (ARAÚJO, 2002, p. 64-65).

O princípio da proporcionalidade da pena, embora remonte à Antigüidade, pois o Talião já preconizava uma espécie de proporcionalidade ao estabelecer “olho por olho, dente por dente”, somente conseguiu se impor na época do Iluminismo, quando amadureceram os demais pressupostos do Direito Penal moderno: a legalidade, a certeza, a igualdade e, sobretudo, a mensurabilidade e a preocupação com o cálculo das penas (FERRAJOLI, 2002, p. 320).

Adverte Ferrajoli (2002, p. 321) que a pena é quantificável, mas o delito não, por isso é difícil estabelecer os limites máximo e mínimo das penas e todas as técnicas desenvolvidas, com o propósito de medir a gravidade dos delitos: tanto as referidas aos graus do dano como da culpabilidade têm fracassado. No entanto, apesar da ingênua crença no correto cálculo das penas, o utilitarismo penal pode oferecer algumas indicações que têm o valor de parâmetros de valoração, tanto do limite mínimo, como do limite máximo da pena, em relação à gravidade do delito.

No que se refere ao limite mínimo, tem-se que a vantagem do delito não pode superar a desvantagem da pena, pois, se não fosse assim, a pena seria muito mais um

tributo e não cumpriria nenhuma função dissuasória (HOBBS, 1976 apud FERRAJOLI, 2002, p. 321).

Segundo Ferrajoli (2002, p. 321), é difícil medir o custo das penas privativas de liberdade, porque mesmo uma pena breve pode causar, ainda que seja somente pelo seu caráter desonroso, uma aflição superior à vantagem proporcionada inclusive pelos delitos não leves; por isso, entende que pelo menos para as penas privativas de liberdade, não se justifica a estipulação de um mínimo legal, pois seria mais oportuno confiar ao poder equitativo do juiz a eleição da pena, abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vincular o juiz a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo bastante baixo.

Para Ferrajoli (2002, p. 323), existem dois tipos de pena que são contrários ao princípio da proporcionalidade e da igualdade das penas: a prisão perpétua e as penas pecuniárias, uma porque é desumana e não graduável equitativamente pelo juiz; a outra porque resulta em todo caso desproporcional, por inexistir qualquer proibição penal, informada pelo princípio de economia ou de necessidade; além disso, a prisão perpétua tem duração mais longa para os condenados jovens do que para os velhos e a multa porque seu grau aflitivo depende da riqueza do réu.

### **3.3 O Caráter Subsidiário do Direito Penal**

A adoção de um Direito Penal mínimo, que representa na atualidade uma posição intermediária entre dois extremos: o abolicionismo penal e a proposta de maximização do Direito Penal, representada pela corrente denominada “lei e ordem” e pela doutrina do “tolerância zero”, atende a uma exigência de racionalidade, que deve sempre informar a atuação do Estado e a um imperativo de justiça social (QUEIROZ, 1998, p. 28).

O Direito Penal mínimo implica em descriminalizar condutas que não ofereçam nocividade social, além de adotar um sistema de penas alternativas à pena privativa de liberdade, para fatos de menor gravidade, e ao mesmo tempo devem ser criminalizadas novas condutas vulneradoras de bens de especial relevância, como são os bens metaindividuais, que devem ser protegidos por meio de tipos de perigo abstrato (SILVA, 2003, p. 121).

O Direito Penal mínimo passa por uma reelaboração da hierarquia dos bens merecedores de tutela penal (FERRAJOLI, 2002, p. 479).

A criminologia crítica oferece uma proposta para o processo de criminalização, comprometida com a redução das desigualdades de classe: 1) uma política de criminalização e de penalização da criminalidade das classes dominantes, como a criminalidade econômico-financeira, o abuso de poder político, a corrupção administrativa, as práticas anti-sociais em áreas de segurança do trabalho, da saúde pública, do meio ambiente, da economia popular e do patrimônio social e estatal; 2) uma política de descriminalização da criminalidade das classes dominadas, mediante a contração do sistema punitivo, com substituição de sanções estigmatizantes por não estigmatizantes, visando à abolição gradual da pena de prisão (SANTOS, 2006, p. 120-121). Esta é a mesma opinião de Alessandro Baratta (2002, p. 201-203).

### **3.4 A Proibição do Uso de Penas Cruéis, Infamantes, Banimento e Morte**

Na Idade Média, o corpo dos condenados se tornava coisa do rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos do seu poder. No suplício corporal, o terror era o suporte do exemplo: medo físico, pavor coletivo, imagens que devem ser gravadas na memória dos espectadores, como a marca na face ou no ombro do condenado. A visibilidade dos castigos era um dos princípios fundamentais. Acreditava-se na possibilidade de instruir o povo com o castigo público (FOUCAULT, 1988, p. 98-100).

Segundo Foucault (1988, p. 14-15), no fim do século XVIII e começo do século XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo, o corpo deixou de ser o alvo principal da repressão penal, a punição deixou de ser uma cena, um espetáculo. A execução pública passa a ser vista como uma fornalha em que se acende a violência. A punição deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade e não à sua intensidade visível. A certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro da execução da pena em praça pública. A justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. Houve um duplo processo: de supressão do espetáculo e de anulação da dor.

É preciso punir de outro modo: eliminar a confrontação física entre o soberano e o condenado. O suplício tornou-se rapidamente intolerável, revoltante, vergonhoso e perigoso, porque nele se encontram a violência do rei e a do povo, que, acostumado a ver correr sangue, aprende rápido que só se pode vingar com sangue. É preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar (FOUCAULT, 1988, p. 69).

Encerrada a fase dos suplícios, a prisão passa a ser a principal pena, mas vem acompanhada pelos trabalhos forçados, porque se acreditava na pedagogia universal do trabalho, através do qual se poderia reconstruir ao mesmo tempo o *homo oeconomicus* e a consciência religiosa. Acreditava-se que a ociosidade era a causa geral da maior parte dos crimes. Entre o crime e a volta ao direito e à virtude, a prisão constituirá um espaço entre dois mundos, um lugar para as transformações individuais que devolverão ao Estado os indivíduos que este perdera. A prisão se coloca como um aparelho Estatal voltada para a modificação dos indivíduos, um “reformatório”. Buscava-se transformar a alma e o comportamento do condenado e o caminho era o trabalho forçado, de forma solitária, com isolamento, porque se acreditava na pedagogia do trabalho para transformar o condenado e atingir sua consciência, pela voz do bem. É uma nova política do corpo. A prisão é vista como uma máquina voltada para modificar os espíritos. Não se punia para apagar um crime, mas para transformar um culpado. Com isso, pode-se dizer que o corpo continua sendo objeto da punição, já que, associado ao tempo e aos gestos e atividades de todos os dias, ele passa a ser treinado, para a mudança voltada para o bem (FOUCAULT, 1988, p. 108-116).

A expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue fundamentalmente sobre o coração, o intelecto, a vontade, enfim que atinja a alma. Busca-se neutralizar a periculosidade do condenado, modificar suas disposições criminosas (FOUCAULT, 1988, p. 20-25).

Enfim, buscava-se a transformação forçada do condenado. Transformar aquele indivíduo altivo, astuto, independente, arrogante, cheio de orgulho, num ser calmo, dócil, servil, obediente, incapaz de demonstrar traços de periculosidade.

A almejada transformação era buscada por meio de muita disciplina, trabalho forçado, isolamento, vigilância constante e castigos corporais (redução alimentar, privação sexual, solitária, ausência de banho de sol e outros).

Ainda hoje é possível identificar traços deste objetivo transformador.

Neste aspecto vale lembrar a célebre passagem descrita por Augusto Thompson, em sua obra “A Questão Penitenciária” (1991, p. 14/15):

Numa solenidade festiva, na Penitenciária Lemos de Brito, presentes várias figuras da alta administração do Estado, servia como garção, um interno que era exibido como exemplo mais convincente da capacidade regeneradora da prisão. Condenado a mais de cem anos, pela soma das penas recebidas em inúmeros delitos violentos, ostentava a estrela amarela, símbolo do excelente comportamento carcerário. Respeitando rigorosamente as normas disciplinares, colaborava eficazmente com a administração, na tarefa de manter em paz a rotina da casa. Era eu, na época, o Superintendente do Sistema Penal. Conversava com o Promotor Silveira Lobo, quando o mencionado rapaz nos serviu a bebida, aproveitando para trocar algumas palavras comigo. Após afastar-se, comentei com meu interlocutor:

- É, parece que está mesmo recuperado.

Silveira Lobo demorou-se um pouco, seguindo com a vista o interno, objeto do comentário. Depois, soltou vagarosamente:

- É [...] está muito diferente do menino que conheci, logo que caiu nas mãos da Justiça. Engordou, exhibe formas algo arredondadas; os olhos estão meio baços e, em geral, fitam o chão; curva-se com bastante servilidade, diante das pessoas; a voz mostra um certo acento feminino; move-se com lentidão, cuidadosamente, quase diria com receio; formalmente respeitoso, parece preocupado em, por qualquer distração, deixar de cumprir algum comando regulamentar; na pequena conversa que teve com você, sugeriu uma intriga envolvendo um guarda e um companheiro. É [...] daquele jovem, atrevido, enérgico, topetudo, independente, altivo, não restou nada.

E terminou, com triste ironia: - Foi uma bela regeneração [...].

A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como valor-fonte constitucional, ao lado da cidadania e tendo como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando à erradicação da pobreza e da marginalização, buscando a diminuição das desigualdades sociais, com a promoção do bem de todos<sup>71</sup>, permite dizer que o destinatário final das atividades do Estado é a pessoa humana. O ser humano é sujeito de direitos perante o Estado. Se fosse adotada uma frase do Estado absolutista: “os fins justificam os meios”, poderia ser indagado: No Estado Democrático de Direito, quais seriam os fins e os meios? Primeiro se devem estabelecer “os fins”, que são aqueles estampados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, que são, em síntese, garantir o livre desenvolvimento da vida humana, entendida esta como um processo natural, que se inicia com a concepção e termina com a morte, e que reclama a intervenção do Estado com políticas e ações afirmativas, visando conferir a todos uma vida digna, com oportunidades e liberdade de escolha sobre o desenvolvimento da vida de cada um. Se os fins do Estado são nobres, baseados na vida e nas liberdades, então pergunta-se: quais são os meios de que o Estado pode se valer para consecução dos seus fins? A resposta é simples: qualquer atividade que não deponha contra a vida humana digna e o livre desenvolvimento (físico e psíquico) da pessoa humana.

---

<sup>71</sup> Artigo 3º, da Constituição Federal.

A consagração do princípio da humanidade, no Direito Penal moderno, se deu graças ao grande movimento de idéias que dominou os Séculos XVII e XVIII, conhecido como Iluminismo. Parte de duas idéias fundamentais: primeiro, da existência de direitos inerentes à condição humana; segundo, da origem do Estado em um contrato, no qual o Estado assume o compromisso de respeitar e assegurar os direitos humanos. Daí porque se propôs um Direito Penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário e sem penas degradantes (LUIZI, 2003, p. 47).

A Constituição Federal consagrou em alguns dispositivos o princípio da humanidade: 1) no artigo 5º, inciso XLIX, “é assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral”; 2) no artigo 5º, inciso XLX, “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação”; 3) no artigo 5º, inciso XLVII, “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Se o Estado não pode adotar meios que deponham contra a vida humana digna e o livre desenvolvimento das pessoas, então, no âmbito do Direito Penal, jamais poderia adotar a pena de morte, como meio de castigo, porque o livre desenvolvimento da pessoa humana pressupõe a oportunidade de arrependimento e mudança interior por decisão do condenado, e a morte, por ser um processo natural, que decorre da vida, deve ter o seu curso natural. Seria um contra-senso ter como fim a proteção da vida humana, considerá-la como bem fundamental e inviolável e, ao mesmo tempo, ter o Estado o direito de extirpá-la, sem conferir a oportunidade de arrependimento, regeneração e mudança interior ao condenado.

O tratamento desumano e degradante ao criminoso é a antítese do que se espera de um Estado protetor da vida e dos direitos humanos fundamentais. A pena não pode contrastar com a finalidade imposta ao Estado de zelar pela dignidade da pessoa humana (SHECAIRA, 2002, p. 110).

Pode-se argumentar que a pena de morte não cumpre a propalada função dissuasória e inibidora da conduta criminosa; apresenta-se, na verdade, como solução irracional, como forma de vingança pública, sendo ineficaz e anticientífica (MARQUES, 1993, p. 21).

Além disso, há o problema da enorme aflição sofrida pelo condenado nos momentos que antecedem a execução, ou seja, a execução é protelada por inúmeros recursos, fazendo com que o condenado sofra uma alternância entre os sentimentos de

esperança e desengano, o que causa uma situação aflitiva, muitas vezes, desproporcional ao delito, constituindo-se uma espécie de pena cruel (SHECAIRA, 2002, p. 113).

Outro argumento contrário à pena de morte é de que esta pena sempre foi utilizada por governos totalitários e antidemocráticos e não existe uma demonstração de que a abolição da pena de morte tenha gerado aumento da delinquência, até porque nenhum assassino ou grande seqüestrador se sentirá intimidado pela existência da pena capital, se o risco de morte já é inerente ao modo de vida desses infratores, que contam sempre com a possível impunidade (SHECAIRA, 2002, p. 115).

Além do que, já existem inúmeras situações de morte na sociedade moderna. Zaffaroni (1991, p. 124-125) anota que na América Latina:

Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada; ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há 'mortes anunciadas' de testemunhas, juízes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não 'agüentaram' e de outros em que os torturadores 'passaram do ponto'. Há mortes 'exemplares' nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais. Há mortes por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. Há mortes...' Finaliza o autor dizendo que 'o genocídio colonialista e neocolonialista, em nossa região marginal, não acabou: nossos sistemas penais continuam praticando-o e, se não forem detidos a tempo, serão eles os encarregados do genocídio tecnocolonialista'.

Portanto, já existem mortes o bastante e não seria a pena de morte que iria inibir tal ocorrência; pelo contrário, somente iria fomentá-las, porque o criminoso ao saber que estaria sujeito a ser punido com a morte não iria medir esforços para eliminar testemunhas, peritos, policiais, promotores, juízes e comparsas do crime.

A violência extrema não se combate com outra violência extrema, porque tal comportamento somente serviria para embrutecer o homem e demonstrar à sociedade que a violência deve ser respondida com a mesma intensidade, seria um retrocesso à vingança do sangue, o que não se compraz com as finalidades nobres do Estado Democrático de

Direito, que busca enaltecer os valores da convivência pacífica entre os homens, da solidariedade e da compreensão.

O Estado Democrático de Direito também não poderia adotar penas corporais, porque é no corpo que repousa a vida e qualquer atentado contra o corpo é um atentado contra a vida, daí porque não pode admitir a tortura ou qualquer outro meio cruel de intervenção do Estado na vida do cidadão. Também não se poderia adotar penas infamantes, ou que atingissem o aspecto psíquico do indivíduo, no sentido de pretender transformar à força o condenado, modificar sua alma, sua essência, porque a mudança interior deve ser livre, faz parte do desenvolvimento natural da alma e do espírito humano; o processo de mudança deve ser natural e não forçado ou obrigatório e a regeneração é a oportunidade de mudança conferida a quem cometeu um crime. Daí porque a adoção do princípio da reeducação como finalidade principal da pena<sup>72</sup> afasta a adoção de penas com caráter perpétuo e obriga o Estado a conferir meios, oportunidades de mudança, através da educação, do ensino profissionalizante, do trabalho remunerado, da assistência religiosa, do acompanhamento psicológico, da assistência social ao egresso.

A prisão perpétua também não se coaduna com o princípio da humanidade e com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do cidadão, que são fundamentos do princípio reeducativo da pena, estabelecido na Constituição Federal<sup>73</sup> ao determinar que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, o que veda a aplicação de pena detentiva de duração excessivamente longa, por extirpar a perspectiva de saída do condenado e o estímulo ao arrependimento e mudança interior, que fazem parte do livre desenvolvimento de sua personalidade.

Segundo Shecaira (2002, p. 118), ao se arrancarem todas as esperanças e perspectivas futuras do condenado, isto causaria nestes uma revolta contra o sistema, tornando o cárcere um inferno, com constante perigo de fugas, rebeliões, mortes e atentados contra os direitos fundamentais, que seriam cometidos em nome da segurança do presídio, a fim de garantir a ordem interna e externa.

Para René Ariel Dotti (1998, p. 163 apud SHECAIRA, 2002, p. 119) a prisão perpétua é uma medida cruel e infamante. Cruel porque atrofia, quando não anula completamente no encarcerado a soma de esperanças que compõem o seu mural de sacrifício, feito de memórias e fé nas suas possibilidades de ser feliz em liberdade.

---

<sup>72</sup> Previsto implicitamente no inciso XLVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

<sup>73</sup> Artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal.



A proibição dos trabalhos forçados também encontra fundamento no princípio da humanidade, primeiro porque atinge o corpo do condenado e, segundo, porque visa à mudança ou transformação forçada do espírito. A crença de que o trabalho transforma o homem para o bem, e que é um caminho ao encontro de Deus, deve ser lida à luz da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade. Se a opção pelo trabalho decorre de livre escolha, então poderá se constituir em meio para atingir a grandeza de espírito e o caminho do bem, mas se for forçado, embrutecido com regras rígidas, com a disciplina caracterizadora do “homem-máquina”, com vigilância constante e castigos, então agride a alma e a vida e, portanto, não pode ser admitida.

Sobre a prisão, sabe-se que é perigosa, quando não inútil, entretanto, não se encontrou outro mecanismo para substituí-la; enfim, se apresenta como a detestável solução de que não se pode abrir mão. É a pena por excelência porque a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira. A perda da liberdade tem o mesmo preço para todos. É um castigo igualitário. Além disso, ela permite quantificar a pena, segundo a variável do tempo, que é uma variável econômica. Retirando o tempo do condenado, ela se apresenta como reparação do crime, que lesou não só a vítima como a sociedade inteira; além disso, fundamenta-se no seu papel suposto ou exigido de aparelho voltado para transformar o condenado. A prisão se torna um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria. Com esse duplo fundamento: jurídico-econômico e técnico-disciplinar, a prisão apareceu como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas e lhe deu imediata solidez (FOUCAULT, 1988, p. 208).

## **CAPÍTULO 4 O APLICADOR DA LEI PENAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

É importante investigar quais são as obrigações do aplicador da lei penal, ou seja, do juiz como órgão do Estado, em face do princípio da igualdade e frente aos valores constitucionais que repercutem na tutela penal.

Numa sociedade que adotou a lei como única fonte de qualificação do direito, e fez do juiz um órgão do Estado, um verdadeiro funcionário do Estado, subordinado à lei, emanada pelo Poder Legislativo que também representa o Estado, e que subtraiu do juiz a faculdade de obter as normas no corpo social, nos costumes, na equidade, nos princípios gerais do direito, no sentimento de justiça; enfim, que lhe subtraiu o poder de criação do direito e lhe impôs a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, e este (o Estado através do Poder Legislativo) se torna, assim, o único criador do direito, então se indaga: qual será o papel do juiz moderno frente à lei? Como deverá conduzir o seu trabalho de solucionador de conflitos, de guardião da paz, da ordem e da justiça? Qual é o compromisso do juiz no Estado Democrático e Social de Direito: é com a lei ou com o povo? Sua função é valorativa ou avaliativa? A interpretação da lei é puramente lógica, mecanicista ou criativa e produtiva? Deve estar mais preocupado com a forma e a estética ou com as conseqüências práticas de suas construções? O juiz é uma espécie de robô ou computador, que trabalha com silogismos perfeitos ou é um ser humano, consciente do seu papel, incluído no contexto histórico e social e responsável pelas suas obrigações e escolhas no desempenho de sua função de julgar? Será que os juízes foram “contaminados” pela ideologia do positivismo jurídico?

Há um problema: de um lado se tem uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Como deverá o Poder Judiciário se posicionar diante de tal problema?

Será que o Poder Judiciário pode assumir uma posição passiva e neutra diante da sociedade e do compromisso do Estado Democrático e Social de Direito de promover a igualdade material?

#### 4.1 Crítica ao Normativismo Jurídico

Até o final do século XVIII, o Direito foi definido individualizando-se duas espécies de direito, o natural e o positivo. O direito positivo é aquele posto pelos homens e, sendo o Estado uma associação perpétua de homens livres, o direito positivo é aquele posto pelo Estado, através de uma declaração de vontade do legislador. O direito natural é o direito que não é posto pelos homens, mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza (ou o próprio Deus) e de que se obtém conhecimento através da razão (BOBBIO, 1995, p. 19-25).

Antes da formação do Estado moderno, o juiz, ao resolver as controvérsias, não estava vinculado a escolher exclusivamente as normas emanadas do Poder Legislativo, tinha uma certa liberdade de escolha; podia deduzir as normas do costume, ou dos julgados anteriores ou podia resolver a questão, baseando-se em critérios eqüitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão, segundo princípios da razão natural. Todas estas normas estavam no mesmo nível e constituíam as “fontes do direito”. Com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; o direito positivo passa a ser o único e verdadeiro direito, o juiz não é livre para pesquisar as fontes do direito; a única fonte é a lei posta pelo Estado; impõe-se uma obrigação ao juiz: aplicar apenas as normas postas pelo Estado, assumindo este a posição de único criador do direito (BOBBIO, 1995, p. 28-29).

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separada da filosofia do direito, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade (BARROSO, 2004, p. 312).

Segundo Bobbio (1995, p. 36-37), os dois caracteres típicos da concepção positivista do Direito são: 1- o formalismo, porque não faz referência ao conteúdo, nem ao fim do Direito e nem faz referência aos resultados que o Direito deseja conseguir, como a paz e a justiça; 2- o imperativismo. O Direito é definido como o conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos aos seus súditos. O Direito é um comando. Tais caracteres se identificam com a concepção absolutista do Estado, mas a concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das

relações entre legislador e juiz, acolhendo o dogma da onipotência do legislador. As codificações não são um produto do Absolutismo, mas do Iluminismo e da concepção liberal do Estado. A onipotência do legislador apresenta duas faces: uma absolutista, porque elimina os poderes intermediários (igreja, juiz e outros) e atribui um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao legislador; e uma liberal, porque garante o cidadão contra as arbitrariedades do juiz, já que o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do Poder Judiciário. Além disso, a subordinação dos juízes à lei visa garantir um valor muito importante: a segurança do direito. O cidadão tem condições de saber se o seu comportamento está ou não em conformidade com a lei.

Daí porque Beccaria (1764) enuncia o princípio de estrita legalidade ou reserva legal no Direito Penal, que se exprime pela máxima: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” e vai além, para dizer que o juiz não pode interpretar a norma jurídica, porque a interpretação dá à lei um sentido diverso daquele que lhe foi dado pelo legislador e, diante do delito, o juiz deve fazer um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação, conforme ou não à lei e, a síntese, a liberdade ou a pena.

O Código de Napoleão (1804), pelo fato de adotar o princípio da “igualdade formal” de todos os cidadãos, isto é, o princípio da igualdade de todos perante a lei, a despeito de suas posições econômico-sociais diversas, constituía uma inovação autenticamente revolucionária, já que havia países, como a Alemanha, que era um país semifeudal e que conservava ainda a distinção da população em três castas ou “estados”: nobreza, burguesia e campesinato (BOBBIO, 1995, p. 55-56).

Por isso, não se pode esquecer que o Positivismo jurídico desempenhou um papel importante e progressivo no desenvolvimento da norma jurídica e da democracia, da estabilização social, da segurança e dos direitos individuais (MANELI, 2004, p. 128).

A proposta do Positivismo jurídico era que a legislação deveria ser perfeita formalmente, as normas jurídicas deveriam ser claras e precisas e também deveriam ser perfeitas substancialmente, de modo que regulassem todas as relações sociais, já que o direito existente era insuficiente, obscuro e primitivo. O dogma da onipotência do legislador implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. Com isso, o dogma da onipotência do legislador implica outro, o da completude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 74).

Em França, com a escola da exegese, a ciência jurídica perde sua capacidade criativa, porque a atividade da ciência jurídica consistia numa interpretação passiva e mecânica do Código. Bobbio (1995, p. 78-81) cita cinco causas que determinaram o advento da escola da exegese: 1- pelo fato da codificação – os juristas e demais operadores do direito, sempre buscaram a via mais simples e mais curta para resolver os problemas jurídicos e a via mais curta e simples era o Código; 2- pela mentalidade dos juristas – aos operadores do Direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana; 3- pela justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao código, que é representada pela doutrina da separação dos poderes, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno; 4- pelo princípio da certeza do Direito, que também apresenta natureza ideológica, pois, nas palavras de Montesquieu e Beccaria, a exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei; 5- pelas pressões exercidas pelo regime napoleônico, com natureza política, portanto. Houve um controle das Escolas de Direito, a fim de que fosse ensinado somente o Direito positivo e se deixassem de lado as teorias gerais do Direito e as concepções jusnaturalistas, que eram coisas inúteis ou perigosas aos olhos do governo napoleônico, que era nitidamente autoritário.

Segundo Bobbio (1995, p. 84-89), os caracteres fundamentais da escola da exegese são: 1- inversão das relações tradicionais entre Direito natural e Direito positivo – os juristas da escola da exegese não ousam negar a existência do direito natural, mas desvalorizam a sua importância e significado prático; o direito natural seria irrelevante para o jurista, enquanto não for incorporado à lei; 2- concepção rigidamente estatal do direito – são jurídicas somente as normas postas pelo Estado – princípio da onipotência do legislador – nada está acima da lei, *Dura lex, sed lex*; 3- nos casos de obscuridade ou lacuna da lei, a interpretação deve ser concentrada na busca da vontade do legislador. Recorrendo à analogia e aos princípios gerais do direito, deve-se estabelecer qual teria sido a vontade do legislador, se ele tivesse previsto o caso em questão; 4- o culto do texto da lei, pelo qual o intérprete deve ser rigorosamente subordinado a ele; 5- o respeito pelo princípio da autoridade. Como não seria possível chegar a um juízo unânime, cientificamente fundado em afirmações racionais e empiricamente verificáveis, para se saber o que é lícito e o que não é, então se torna necessário atribuir a uma pessoa o poder de estabelecer o que é justo e o que é injusto, de modo que sua decisão não possa ser colocada em discussão e tal personagem é o legislador.

Jeremy Bentham (2007 apud BOBBIO, 1995, p. 91-100), positivista inglês, apresenta os cinco defeitos da *common law* em defesa do Positivismo: 1- a incerteza da *common law*: o direito judiciário não satisfaz à exigência fundamental de toda sociedade, quanto à segurança do direito, que permite ao cidadão prever as conseqüências das próprias ações. O juiz não exerce atividade criativa do Direito, mas somente descobrindo e enunciando um direito preexistente; 2- retroatividade do Direito comum: quando o juiz cria um novo precedente, tal decisão tem eficácia retroativa, visto que é aplicada a um comportamento que foi assumido quando ela própria não existia ainda. Assim sendo, o direito comum viola uma exigência fundamental do pensamento jurídico liberal: a irretroatividade da lei (especialmente a penal); 3- o direito comum não é fundado no princípio da utilidade; 4- como o juiz tem o dever de resolver qualquer controvérsia que lhe seja apresentada, na *common law* se defronta com a falta de competência específica em todos os campos regulados pelo direito; e tal inconveniente é eliminado pela produção legislativa, visto que a redação dos códigos é confiada a indivíduos ou comissões dotadas de competência específica; 5 – a última crítica tem caráter político, ou seja, o povo não pode controlar a produção do direito por parte dos juízes, ao passo que o direito aprovado pelo Parlamento pode ser controlado pelo povo.

Bentham (2007 apud BOBBIO, 1995, p. 100) também apresenta quatro requisitos fundamentais para um código: 1- deve ser inspirado no princípio do utilitarismo, ou seja, proporcionar a maior felicidade para o maior número de pessoas; 2- o código deve ser completo porque, se apresentar lacunas, reabrir-se-ia a porta para o direito judiciário com todos os seus inconvenientes; 3- o código deve ser redigido em termos claros e precisos, de modo que o seu conteúdo possa ser conhecido por todos os cidadãos; 4- a lei deve ser acompanhada de uma motivação que indique as finalidades que ela se propõe atingir, facilitando assim sua compreensão, não só pelos cidadãos, como também pelos magistrados e para o ensino do Direito.

O impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social, já que a lei é uma fonte ativa do direito. Cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O impulso para a legislação não é um fato limitado e contingente, mas um movimento histórico universal e irreversível, indissolúvelmente ligado à formação do Estado moderno. Mesmo nos países da *common law*, já ocorreu a supremacia da lei sobre as demais fontes de direito (BOBBIO, 1995, p. 120).

A democracia liberal parlamentar que se desenvolveu no mundo ocidental no século XIX foi acompanhada pelo Positivismo jurídico, sempre foram inseparáveis e estão condenados a coexistir e constituir um só organismo (MANELI, 2004, p. 128).

Segundo Barroso (2004, p. 313) o direito na perspectiva clássica apresenta as seguintes características: 1)- caráter científico; 2)- emprego da lógica formal; 3)- pretensão de completude; 4)- pureza científica; 5)- racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo.

Bobbio (1995, p. 131-232) resume as características fundamentais do Positivismo jurídico em sete pontos ou problemas:

1- Considera o direito como um fato e não como um valor. O direito é um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais, e o jurista deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, abstendo-se de formular juízos de valor. Deve assumir uma posição avaliativa: o direito prescinde de uma avaliação de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. O juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, implica fazer escolhas e influir sobre o outro. A ciência exclui os juízos de valor porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos de valor são sempre subjetivos. Com isto, a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa. Uma norma jurídica é justa pelo único fato de ser válida; de provir da autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico para pôr normas; é justo o que o soberano ordena e injusto o que o soberano veta.

2- O juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, no sentido que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito. A coação é uma não-liberdade (devida ao Estado). O que distingue o direito da moral é precisamente o fato de que, enquanto o primeiro é coercitivo, a segunda não o é. Direito, coação e Estado são três elementos indissolúvelmente ligados. Para a teoria clássica (Jhering, 1985), a coerção é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, mas para a teoria moderna (Kelsen e Alf Ross) a coerção é o objeto das normas jurídicas, ou seja, é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa. O direito disciplina o exercício da força, ou seja, quem deve usá-la (o Estado e seus órgãos); quando será usada; como deverá ser usada e qual a quantidade de força que pode ser empregada.

3- O problema das fontes do direito. Na formação do Estado moderno, a lei conquistou uma primazia sobre as outras fontes do direito. O ordenamento jurídico está hierarquicamente estruturado; exclui-se o costume *contra legem* ou o costume ab-rogativo, admitindo-se somente o costume *secundum legem* e eventualmente o *praeter legem*. A lei é fonte predominante, porque ela é manifestação direta do poder soberano do Estado, ao passo que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas. Prevalece a tendência de negar ao costume o caráter de fonte autônoma de direito. A equidade, que representa o julgamento segundo o sentimento de justiça, também assume posição subsidiária. O juiz perdeu a posição de fonte principal de produção do direito, e se transformou num órgão estatal, subordinado ao poder legislativo e encarregado de aplicar fielmente as normas estabelecidas pelo poder legislativo; o juiz não pode com uma sentença ab-rogar a lei, assim como não pode o costume. A equidade é reservada para aquelas situações em que a lei as autoriza. Surge o conceito de validade: uma norma é válida se for produzida por uma fonte autorizada.

4- O Positivismo Jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do Direito. Faz distinção entre comando e conselho. O Estado emite comandos, ao passo que a Igreja só pode dar conselhos. Assim justifica-se a separação entre o Estado e a Igreja e surge a afirmação de que não existe outro poder a não ser o do Estado. O não-cumprimento de um conselho pode acarretar uma conseqüência desagradável (natural), ao passo que, no não-cumprimento de um comando, a conseqüência desagradável é certa, é uma sanção, institucionalizada, organizada e efetiva. Todo ordenamento jurídico se baseia no postulado fundamental pelo qual é permitido tudo que não seja ordenado nem vetado. A norma jurídica é um imperativo que se dirige não aos cidadãos, mas aos juizes, visto que quem aplica a sanção é o órgão judiciário; portanto, o “deve ser” é uma ordem dirigida ao juiz.

5- O Positivismo Jurídico sustenta a teoria da coerência e da completitude do ordenamento jurídico. Exclui a existência de lacunas no direito. A teoria do ordenamento jurídico encontra sua mais coerente expressão no pensamento de Hans Kelsen (1934): a teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais: a unidade, a coerência e a completitude. Afasta a existência de antinomias no direito e cria o conceito de validade da norma, formulando critérios para a solução das antinomias: o critério cronológico, em que a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*); o critério hierárquico, em que a norma de grau superior prevalece sobre aquela de grau inferior (*lex superior derogat inferiori*); critério da especialidade, em que a



norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*). No caso de conflito entre o critério hierárquico e o cronológico prevalece o hierárquico. No caso de conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico, prevalece a norma precedente e especial sobre a posterior e geral. O critério cronológico é mais fraco em relação aos critérios hierárquico e de especialidade. Mas no caso de conflito entre os critérios fortes (hierárquico e especialidade) pode-se recorrer ao critério fraco para resolver a questão. A característica da completitude está estreitamente ligada ao princípio da certeza do direito, que é a ideologia fundamental deste movimento jurídico: o juiz não pode criar o direito e não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer. Para suprir as lacunas da lei, o juiz deve fazer uso da analogia e dos princípios gerais do Direito (existe um sistema de auto-integração do Direito).

6- O problema da interpretação da lei. O Positivismo Jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, faz prevalecer o elemento declarativo ou reprodutivo sobre o produtivo ou criativo, ou seja, está voltada para explicar com meios puramente lógico-racionais o conteúdo de normas jurídicas postas. Eis o ponto que recebe as maiores críticas por parte dos adversários do Positivismo já que, para estes, a natureza cognoscitiva da interpretação consiste numa atividade que é também criativa ou produtiva de um novo direito. Para o Positivismo Jurídico, mesmo a integração é uma atividade puramente interpretativa, porque o raciocínio por analogia é um raciocínio lógico, do tipo silogístico. O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que, na interpretação, dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas e que deveria guiar o jurista na sua atividade interpretativa, segundo os adversários do Positivismo Jurídico.

7- O sétimo ponto diz respeito à teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal (lei é lei). Tal afirmação não é científica, mas moral ou ideológica. Ora, a ambição do Positivismo Jurídico era de assumir uma atitude de neutralidade diante do Direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser: isto é, ser uma teoria e não uma ideologia. No entanto, a realidade demonstra que ele se apresenta não só como um certo modo de entender o direito, como também como um certo modo de querer o direito, o que o transforma numa ideologia. Quando afirma o dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal, sai do plano teórico e entra no plano ideológico (valorativo). O homem se encontra num estado de total sujeição ao ordenamento e nada pode fazer senão obedecer, já que, não obedecendo, comete um ato ilícito e, portanto, sujeito à punição. A

obediência à lei não é apenas uma obrigação jurídica, mas também uma obrigação moral; o homem está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa. Na definição do conceito de lei, dada pelo Positivismo Jurídico, não está compreendido o requisito da justiça, mas somente o da validade. A lei é justa pelo único fato de ser válida. A lei, como manifestação da vontade do Estado, possui sempre um valor ético e exige a obediência incondicional dos súditos. A lei é a forma mais perfeita de direito, a que melhor realiza a ordem. A escolha da ordem como valor do Estado, como preferência em relação à anarquia, representa uma atitude valorativa, que dá lugar a uma ideologia. A concepção da ordem, como fim próprio do direito, explica a importância que o elemento da coação tem na doutrina juspositivista. Para obter a ordem é necessária a coação, a fim de tornar a conduta humana conforme o direito. A objeção que se faz é que o fim do direito não é a ordem, mas sim, um fim superior: a justiça; ou então, uma ordem justa.

Situadas as bases ou fundamentos do Positivismo Jurídico, então é possível apresentar as críticas e fazer as ponderações pertinentes.

Seria ingênuo criticar o Positivismo Jurídico e propor o seu abandono puro e simples, sem reconhecer os méritos de tal doutrina. Seria um retrocesso e não um avanço para a ciência do direito. É inegável que a humanidade avançou no campo dos direitos individuais, dos direitos sociais, da democracia, das liberdades, da igualdade, da qualidade de vida, graças ao Positivismo. É por isso que a Nova Retórica<sup>74</sup> propõe uma modernização do Positivismo Jurídico a partir das críticas merecidas, mas sem desprezar as conquistas de tal doutrina para a ciência do Direito (MANELI, 2004, p. 129).

A nova visão do Positivismo parte de uma nova postura dos juristas em relação a ele. Devem-se afastar aqueles dogmas<sup>75</sup>, que se constituíram verdadeiras ideologias, que impedem a implementação dos valores constitucionais e a realização da democracia no seu mais alto sentido; no mais das vezes, conduzem o aplicador da norma à injustiça e atuam como mecanismos de manutenção do *status quo* vigente, que representa manter as desigualdades, a pobreza e as injustiças sociais.

Denomina-se de “pós-positivismo” a volta aos valores, acolhidos na Constituição como princípios. Propõe-se uma reaproximação entre ética e Direito. A justiça envolve valores e o juiz não é imune ao relativismo valorativo. É preciso explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. O “pós-positivismo” é a

---

<sup>74</sup> De Chaim Perelman, falecido em 1984.

<sup>75</sup> Do fetiche da lei; da onipotência do legislador; da avaliação do direito; da neutralidade do aplicador da lei; da interpretação mecanicista da lei.

designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada “nova hermenêutica” e a teoria dos direitos fundamentais (BARROSO, 2004, p. 317-326).

O “pós-positivismo” não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória, guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade (BARROSO, 2004, p. 326).

O direito não é avalorativo, não se restringe a um simples fato, não é uma mera constatação, não se restringe à lógica formal, ao silogismo perfeito. O julgamento democrático implica uma tomada de posição, após um diálogo entre os envolvidos. O processo de aplicação do direito é dialético, exige ao final a emissão de um juízo de valor e para emitir um juízo de valor é fundamental que o aplicador do direito seja conhecedor da realidade, esteja situado no tempo e no espaço, faça escolhas e seja responsável pelas conseqüências fáticas e jurídicas da sua escolha. Deve estar compromissado com os valores constitucionais, com os fins do direito e do Estado Democrático, já que o Estado assumiu a condição de única fonte material do direito, quer seja quando emite a lei ou quando a aplica, já que o juiz é parte integrante do Estado. Os fins do direito e do Estado não são elucubrações subjetivas do aplicador, mas sim, aqueles descritos expressamente na Constituição Federal, em especial, nos seus artigos 1º e 3º. A questão da validade da lei deve ser analisada, não somente no seu aspecto formal ou saber se foi emitida pelo poder competente, mas também no seu aspecto material, já que o ordenamento jurídico deve ser coerente com as finalidades do direito e do Estado. Se houver incoerência, então haverá inconstitucionalidade, que deve ser declarada pelo poder judiciário. A interpretação da lei não é meramente declarativa, mecânica ou reprodutiva, é um processo de inteligência, de criatividade, de humanização do direito, com cunho finalístico, no sentido de preservar os valores fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito. Nada é claro suficientemente a ponto de dispensar a interpretação.

O presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Celso Luiz Limongi (2007, p. 1), em aula inaugural do Curso de Iniciação na Carreira da Magistratura, ministrada para os juízes e juízas, aprovados no 178º Concurso de Ingresso na Magistratura, em 08 de janeiro de 2007, nas dependências da Escola Paulista da Magistratura, asseverou que o Direito Penal é a intervenção máxima do Estado e lamentou ser este o único elo de ligação das camadas mais desfavorecidas da população com o Estado constituído, pois são estas pessoas, que recebem o mínimo do Estado, em termos de

serviços públicos, que são os primeiros a sentir esse tipo de intervenção. Aduziu que o magistrado tem um compromisso ético muito sério, de equilibrar a análise das ponderações das partes, e leu os incisos do artigo 3º da Constituição Federal, dizendo que os magistrados devem sempre lembrar-se daqueles preceitos, quando se debruçarem sobre um processo, dizendo que muito o preocupa o juiz insensível, técnico, burocrático, que não vê que por trás do processo há patrimônios, como vidas humanas, seus destinos.... Disse que os juízes e juízas não podem se limitar a ser a voz da lei, mas devem interpretá-la com os olhos voltados para a realidade social do país e das comunidades em que estiverem trabalhando.

Este posicionamento também é defendido pelo Desembargador José Renato Nalini (2006, p. 111), na sua obra “A Rebelião da Toga”, em que declara que nenhum juiz, no Brasil, precisa invocar direito suprapositivo, ao considerar alguma situação como injusta, basta aferir a compatibilidade do ato ou situação, com a ordem constitucional fundante, em que o controle incidental de constitucionalidade é um poder-dever de todos os juízes.

Gadamer (1994, p. 606 apud STRECK, 2000, p. 197) faz sua crítica ao Positivismo legal, dizendo que este pretende reduzir a realidade jurídica ao Direito positivo e a sua correta aplicação. Diz que atualmente tal concepção não tem nenhum partidário; isto, porque, a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, que projeta cada caso particular, é essencialmente insuperável. A simples idéia de “uma tal dogmática completa parece absurda, isto sem levar em conta que, de fato, a capacidade criadora de direito de cada caso está constantemente preparando a base a novas codificações”.

Segundo Streck (2000, p. 211), fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Implica desconfiar do mundo e de suas certezas, olhar o direito de soslaio, rompendo-se com a hermenêutica jurídica tradicional-objetivante, prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência.

A Constituição Federal passa a ser, em toda sua substancialidade, o topós hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. A Constituição Federal é a materialização da ordem política e social de uma comunidade. Por isso, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O *plus* normativo, representado pelo Estado Democrático de Direito, resulta na busca concreta das promessas da modernidade, ou seja, o desenvolvimento universal para

um sistema social que concretize o princípio da “igualdade formal”, através da crescente redução das desigualdades reais no mundo moderno. Mas tal não tem acontecido. Ao contrário, o que ocorreu foi a pós-modernidade aprofundar a irracionalidade, aumentar as diferenças sociais e consolidar relações cada vez mais alienadas (STRECK, 2000, p. 215 e 225).

Para Canotilho (1996, p. 132), a Constituição Federal não traz normas programáticas, aquelas que a doutrina tradicional considera como “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, juridicamente desprovidas de qualquer vincularidade. Ao contrário, àquelas normas programáticas é reconhecido um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Significa que vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); também vinculam os órgãos concretizadores (legislação, execução, jurisdição) e representam limites negativos; justificam a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam. O juiz somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, se for coerente com o conteúdo material da Constituição.

Enfim, o processo de criação do direito não é um poder ilimitado. Jeremy Bentham (1791 apud MANELI, 2004, p. 131) alertou que, mesmo o legislador soberano mais poderoso, não deve exceder os limites da necessidade. Não há necessidade em limitar a liberdade dos súditos, se não houver proveito para a sociedade.

Para persuadir, é necessário utilizar a força da argumentação e não a simples lógica formal, já que a lógica de silogismos não atenta para as conseqüências sociais das decisões tomadas com o seu auxílio (MANELI, 2004, p. 151-153).

John Dewey (1931 apud MANELI, 2004, p. 152-154) apresenta outra lógica, que denomina de “lógica experimental”, que é uma lógica sadia, vital, de investigação, porque é flexível, serve para promover o progresso, criativa, liberal e orientada na direção da justiça social, por considerar as conseqüências de sua aplicação ao caso concreto e por estar orientada na direção da realidade, considera que o elemento pessoal não pode ser totalmente excluído das decisões judiciais.

O uso da lógica formal, para interpretar a lei, não assegura a estabilidade ou a certeza. Não atenta para as conseqüências sociais das decisões tomadas com seu auxílio. Diante de leis obsoletas ou consideradas como anti-sociais, pela maioria da sociedade, uma vez aplicadas com rígida interpretação lógica, causam mais desordem e incerteza do que estabilidade (MANELI, 2004, p. 153-159).

A Constituição deve ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideais de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central (BARROSO, 2004, p. 328).

Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. Diante do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas e quando se defrontar com antagonismos inevitáveis, que fazem parte da lógica do sistema, que é dialético, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social, a aplicação dos princípios, se dá, predominantemente, mediante ponderação (BARROSO, 2004, p. 329).

#### **4.2 A Certeza e Segurança Jurídicas**

Num documento entregue à Suprema Corte de Massachusetts, em 1897, o juiz Oliver Wendel Holmes (apud MANELI, 2004, p. 149) ressaltou a frivolidade daqueles que procuram certeza jurídica na aplicação da lógica, no direito, dizendo:

O método lógico e a forma exaltam aquele anseio pela certeza e pela tranquilidade que estão presentes no pensamento humano. Mas a certeza geralmente é uma ilusão e a tranquilidade não faz parte do destino do homem.

Foi em nome da segurança jurídica que se limitou o trabalho do juiz a revelar ou tornar explícito, por meio de um procedimento lógico, aquilo que já estava implicitamente estabelecido na lei.

Nisto há um conteúdo ideológico: conter o “perigo” ou a “incerteza” que a decisão judicial possa gerar. Por meio da igualdade formal<sup>76</sup>, houve uma aceitação pacífica, de tal ideologia por parte da comunidade, por acreditar que o tratamento igualitário somente seria possível, se o juiz fizesse um silogismo perfeito, sem considerar ou valorar as particularidades de cada caso ou pessoa. Enfim, para tal ideologia, o juízo crítico e valorativo do juiz representa uma ameaça à estabilidade e à segurança jurídica, especialmente quando se tem na lei o mais poderoso instrumento de controle social.

---

<sup>76</sup> Todos são iguais perante a lei.

Nalini (2006, p. 112) adverte que nunca se atingirá a certeza absoluta, mas a certeza provável, a certeza moral e a busca da certeza absoluta só justifica a intenção do juiz de liberar-se da responsabilidade que a decisão implica.

A segurança jurídica que implica neutralidade do juiz é cômoda, não causa transtornos ou inquietações com os resultados e conseqüências da decisão, por isso também é “aceita” como legítima pelos juízes, a despeito do seu conteúdo ideológico.

A “ordem” foi eleita como valor do Estado. Nisto também há um conteúdo ideológico, porque parte do pressuposto de que a convivência em sociedade e o progresso da humanidade somente são possíveis, através da ordem, que é sinônimo de disciplina, subordinação, hierarquia social, obediência irrestrita ao comando legal, trabalho metódico, tranqüilidade pública resultante da conformidade às leis (FERREIRA, 1988, p. 468). A adoção de tal valor é explícita porque está inserido na Bandeira do Brasil pela frase positivista “Ordem e Progresso”. Quando se adota a ordem e a segurança jurídica, como forma de garantir a estabilidade social, não se permite uma avaliação da justiça dos atos e nem da necessidade de determinados meios que são adotados para a consecução da finalidade principal que é de impor a ordem.

O valor “ordem” é importante, desde que esteja acompanhado do valor “justiça”, ou seja, uma ordem socialmente justa, igualitária, tolerante, humana, vinculada às finalidades do Estado Democrático e Social de Direito, que objetive a construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>77</sup>.

Isto tem repercussão imediata na tutela penal, porque, em nome da lei e da ordem, criam-se tipos penais desnecessários, aumentam-se penas, tornam-se mais rigorosos os regimes de cumprimento da pena, o que em última análise redundará na violação dos Direitos Humanos e no aumento das desigualdades sociais, da marginalização e da estigmatização.

A “ilusão” de segurança jurídica cria no público um sentimento de confiança no Direito Penal e nas instituições de controle que têm uma base real cada vez mais escassa. O controle penal, que a Dogmática se propõe a racionalizar, em nome dos Direitos Humanos e da segurança jurídica, exigidos pelo Estado de Direito, é o mesmo controle com que ela contribui para operacionalizar e legitimar, mesmo quando opere seletivamente e viole, sistematicamente, os Direitos Humanos, configurando um suporte importante na manutenção da desigual distribuição da riqueza e do poder (ANDRADE, 1997, p. 313).

---

<sup>77</sup> Artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Segundo Andrade (1997, p. 311/312), as Ciências Sociais contemporâneas evidenciam que há uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, nas sociedades capitalistas, que implicam a violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedades) dos Direitos Humanos; que não apenas viola a sua programação normativa (os princípios constitucionais do Estado de Direito), como também os fins atribuídos ao Direito Penal e à pena, e ainda confere uma eficácia simbólica (legitimadora) ao sistema penal. Esta lógica se traduz numa subprodução (déficit) de garantismo e numa sobreprodução (excesso) de seletividade/arbítrio e legitimação, cuja violência institucional expressa e mantém um nexo funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades sociais, isto é, com a violência estrutural, donde decorre a grave crise de legitimidade do moderno sistema penal.

Há o império da insegurança jurídica com uma dogmática Penal simbólica, que segue ancorada numa visão idealizada na premissa da legitimidade do Direito Penal e na ilusão de segurança jurídica e as Escolas de Direito e os Tribunais seguem sustentando, no prolongamento da comunidade científica, a sua reprodução, pois, no fundo, a fantasia da segurança jurídica não deixa de ser também a fantasia de poder que alimenta a onipotência dogmática e dos próprios operadores jurídicos formados na sua tradição (ANDRADE, 1997, p. 316).

A segurança jurídica decorre da certeza do cumprimento das finalidades do Estado Democrático e Social de Direito; do respeito à dignidade da pessoa humana, que é o valor fonte do Estado Democrático e Social de Direito; da convergência de esforços dos operadores do Direito (legislador, julgador e administrador público) para alcançar os objetivos fundamentais da República (artigo 3º da Constituição Federal), ou seja, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

#### **4.3 A Igualdade Exige Análise Subjetiva e Interpretação de Valores. A Nova Hermenêutica Jurídica**

Parte-se da premissa de que nenhuma norma é clara e óbvia o bastante a ponto de dispensar o trabalho do intérprete. Toda norma jurídica deve ser interpretada antes de ser aplicada. Toda norma jurídica é uma abstração e precisa ser “trazida” à realidade. O



significado que o intérprete extrai da norma nunca é absoluto, mas simplesmente retórico; não é estático, mas dinâmico; não é metafísico, mas dialético; não é estabelecido de uma vez por todas, mas é sempre um estágio. Qualquer um que pense que existe somente uma interpretação e aplicação racional de uma determinada norma cai na armadilha do dogmatismo. Os dogmáticos e absolutistas podem ser consistentes e lógicos, mas não são nem humanos nem razoáveis (MANELI, 2004, p. 164-166).

Segundo a Nova Retórica, a diretiva filosófica básica na interpretação contemporânea e na aplicação da lei consiste em que todas as normas devem ser interpretadas de modo que os direitos humanos e democráticos não sejam violados, mas, pelo contrário, preservados e expandidos. A máxima romana *in dubio pro reo* deveria ser modificada para *in dubio pro iuribus hominis*<sup>78</sup> (MANELI, 1994, p. 166-167).

O positivismo retórico recorre às normas de direito internacional, bem como às disposições específicas e gerais das constituições e outros atos legais para construir uma fonte de imunidades, liberdades e direitos subjetivos, que não podem ser negados ou ignorados por questões morais e até mesmo legais. As disposições legais, incorporadas nas constituições, criam noções muito claras de direitos que podem ser especificados em legislação ordinária de hierarquia inferior. Elas podem se tornar mais ou menos reais, podem ser expandidas ou resumidas, mas não podem ser – nem do ponto de vista moral nem jurídico – canceladas, liquidadas, interpretadas como ineficazes ou consideradas nulas e inválidas. Sempre que as autoridades tentam cercear ou anular liberdades e direitos democráticos, seus atos devem ser considerados como ilegais, pois violam as determinações de leis superiores, básicas e fundamentais e as garantias que essas autoridades haviam previamente se compromissado a respeitar (MANELI, 2004, p. 168).

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores e a Constituição é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva (BARROSO, 2004, p. 332).

O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva substancialista, o Poder Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência a vontade geral, implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e nos princípios (VIANNA, 1999 apud STRECK, 2000, p. 43).

A realização dos direitos previstos nas leis e na Constituição Federal depende do Poder Judiciário. O Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode

---

<sup>78</sup> Em caso de dúvida, decida em favor dos direitos humanos.

servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais; trata-se da proibição do retrocesso social, imanente ao Estado Democrático e Social de Direito (Decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, n. 39/84 apud STRECK, 2000, p. 45).

O julgamento é um ato de vontade. Decidir importa em valorar. Valorar é um ato racional, que pode ser impulsionado pela história pessoal do julgador, pelas suas angústias, sonhos, sua fé ou o seu agnosticismo, suas predileções, antipatias e idiossincrasias. A racionalidade jurídica é uma face da racionalidade geral, sendo insuficiente só por si para a tarefa de realizar justiça. Deve ser complementada pelas virtudes da sabedoria, da perspicácia, do sentido comum, do senso de justiça, de humanidade, capacidade de compaixão e valor civil. A consideração das conseqüências é imperativo moral de que o juiz não está liberado. Daí a relevância da fundamentação, pois ela propicia a todos saber de que lado se inclinou a vontade judicial, o que mais influenciou o seu processo de formar a convicção (NALINI, 2006, p. 117-130).

Segundo Nalini (2006, p. 222):

O juiz é intérprete categorizado da realidade existencial. Defronta-se, na sua rotina, com todas as misérias humanas. Sensibilizado por elas, será convertido a posicionar-se na condição de senhor de seu tempo, engajado pessoal e moralmente na missão maior de conferir sentido à vida dos seus semelhantes.

Segundo Nalini (2006, p. 247), o juiz não é um autômato, nem um burocrata, nem um servo cego do ordenamento. Ao contrário, é qualificado intérprete de um contexto normativo propiciador da realização da verdadeira justiça. Cumpre ao juiz ter idéias novas e criativas.

A interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria lei, sobre a qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, os significados que são compatíveis com as normas substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (FERRAJOLI, 1997, p. 97 apud STRECK, 2000, p. 230).

O juiz sensível não pode senão ser rebelde, ter uma antena permanentemente atenta às infelicidades, às angústias e sofrimentos. Tem consciência da finitude de seus poderes, mas não desconhece dispor de um arsenal de ferramentas para mitigar as dores de quem está faminto por justiça. Sua tarefa mais séria é de interpretar o ordenamento à luz de uma constituição que acreditou e prestigiou juiz e justiça (NALINI, 2006, p. 248-249).

Perante uma constituição dirigente, o Judiciário não pode dar continuidade ao tradicional papel de inerte espectador da realidade. A luta pela construção de uma

sociedade livre, justa e solidária também é compromisso do Poder Judiciário. A constituição do Brasil de 1988 é um texto essencialmente principiológico. A principiologia alarga de maneira incomensurável a função judicial. Depende da ponderação a ser feita pelo intérprete e da preponderância concreta do valor em cotejo. Os princípios consagram valores fundamentadores da ordem jurídica, por isso devem ser concretizados, cabendo ao Poder Judiciário esta missão (NALINI, 2006, p. 259-261).

A ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Deve-se fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição, tendo como balizamento o princípio da razoabilidade (BARROSO, 2004, p. 330).

A interpretação, conforme a Constituição, constitui-se mecanismo de fundamental importância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais (HESSE, 1998, p. 503 apud STRECK, 2000, p. 231).

A interpretação, conforme a Constituição, é um princípio. É um princípio imanente da Constituição, porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela; desse modo, juízes e tribunais não podem (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição (STRECK, 2000, p. 232).

Segundo Nalini (2006, p. 264), interpretar é mais do que aplicar a norma. É atingir a potencialidade de seu âmago, é saber extrair dela toda a sua abrangência, é completar – de maneira criativa – a originalidade do legislador.

Gadamer (1981, p. 111 apud STRECK, 2000, p. 243) também considera que a interpretação é uma tarefa criativa. A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.

A lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz, que deverá decodificá-la, complementá-la e aperfeiçoá-la. Deve ser afastada qualquer aplicação mecanicista da lei. O juiz assumiu uma tarefa que não deixa de ser também normativa (NALINI, 2006, p. 269).

Segundo Streck (2000, p. 152, 242, 245 e 252), baseado nos ensinamentos de Wittgenstein, na sua obra *Investigações Filosóficas* (1994), a linguagem não é um objeto, um instrumento, enfim uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Não existe um mundo em si que independa da linguagem; só existe o mundo da linguagem. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser

condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. Não há essências. Não há relação entre os nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo. Deve-se abandonar o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. É impossível determinar a significação das palavras, sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão lingüística é cair numa ilusão metafísica. Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante do objeto, separado deste por esta “terceira coisa” que é a linguagem; na verdade, o mundo da lingüisticidade compreende o sujeito (intérprete) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas). A atitude de pensar que ele, intérprete, está fora e/ou separado do objeto pela linguagem, é alienante, porque ele não se coloca como co-produtor da realidade (da sociedade). A linguagem pertence ao homem; onde há homem, há linguagem, mas esta não é algo pronto, dado. O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, mergulhado em uma tradição. A tradição não nos amarra a uma via que possa dar uma resposta certa para todas as questões colocadas. Ela dá os limites para a decisão. Após esta limitação é que entra a tarefa da criatividade e da razão crítica, para, assim, construir um sentido (uma decisão) adequado.

A compreensão do novo modelo de Direito (e de Estado), estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, implica a construção de possibilidades para a sua interpretação. Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo em velho. Interpretar o Estado Democrático de Direito, a partir do horizonte de sentido proposto pelo modelo liberal-individualista-normativista, esvazia as possibilidades do novo modelo. Se o homem está sempre na linguagem e fala a partir da tradição, com pré-juízos, formados pelo velho modelo, quando lança o seu olhar sobre o novo, não o vê como novo, pois o novo somente será novo se for visto com a nova linguagem para compreendê-lo. Enfim, sem o necessário horizonte crítico para fundir com a tradição, a interpretação resultará em um mal-entendido. Compreender significa poder-estar-apto-a-abrir-clareiras! Compreender é estabelecer espaços para poder e deixar ver. Compreender é ser-em; é poder estar-aí. É o ato de interpretação que elabora essa compreensão (STRECK, 2000, p. 259, 276).

Segundo Nalini (2006, p. 272), a legitimidade do Judiciário se esteia em sua seleção meritocrática e vai haurindo consistência no exercício transparente e na fundamentação das decisões. A eleição popular não é a única forma de legitimação democrática.

Alicerçado sobre o Positivismo, tem o juiz brasileiro uma Constituição que o legitima a transformar a realidade fática. Qualifica-o como agente de poder, confere-lhe o monopólio da decisão e o controle da luta civilizada por justiça. Torna-o responsável pela edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária. A concretização dos valores constitucionais depende do ativismo judicial. Pretende-se um juiz humano, sensível, profundamente ético, de vida cidadã irrepreensível, cujas sentenças – ainda que desfavoráveis – revistam a aura da consonância com o padrão aceitável do justo (NALINI, 2006, p. 276-278).

O desempenho equilibrado e ajustado à Constituição vai propiciar uma aproximação do juiz com o povo, destinatário de sua função e responsável pela sua subsistência (NALINI, 2006, p. 283).

#### **4.4 O Compromisso Social do Aplicador da Lei Penal com a Inclusão Social, a Erradicação da Pobreza e a Dignidade da Pessoa Humana**

O aplicador da lei penal (juiz criminal) deve dedicar especial atenção aos princípios constitucionais, porque a aplicação cega da lei penal implica, no mais das vezes, em causar injustiças sociais, com aumento das desigualdades sociais, da exclusão social e da estigmatização/ marginalização.

Toda interpretação deverá ser gramatical, porque deve partir do texto jurídico, mas também será inexoravelmente teleológica, porque decorre da determinação contida no artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que o juiz, na aplicação da lei, atenda aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum; e também será, obrigatoriamente, sistemática, ou seja, o texto normativo deve ser comparado e relacionado com outros textos, em especial a Constituição Federal e sua carta de princípios, que devem ser interpretados e compreendidos como algo que constituem as bases e os fundamentos do ordenamento jurídico (STRECK, 2000, p. 285).

Segundo Antônio Alberto Machado (2005, p. 224-228), a democracia social estabelecida pela Constituição Federal do Brasil supõe por parte dos juízes um compromisso com o aprofundamento da democracia substancial, não apenas no plano político e jurídico, mas, sobretudo, no plano sócio-econômico e cultural. Portanto, na interpretação e aplicação da lei, o juiz não pode ter uma atuação neutra e distanciada dos

problemas políticos, deve ter uma atuação que afirme os valores do Estado Democrático de Direito, em busca de uma democracia substancial, com aprofundamento da cidadania, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Os operadores jurídicos devem concretizar os valores constitucionais; há uma nítida vinculação entre a base do direito, a atuação dos seus aplicadores e a efetividade do pacto social, afirmado pelos brasileiros na Constituição Federal de 1988.

Machado (2005, p. 220) também adverte que existe, por parte dos juízes, uma tendência conservadora e muitas vezes refratária às interpretações e aplicações da lei que impliquem mudanças sociais, porque há uma tendência de defesa da ordem e dos valores vigentes, numa perspectiva de guardião da legalidade instituída, o que mais reflete os objetivos e finalidades do Estado do que os interesses da sociedade.

Assim, é preciso que os juízes mudem de postura e assumam o compromisso social com a inclusão social e com os valores previstos na Constituição Federal, porque a neutralidade é a marca da indiferença, da manutenção das injustiças e das desigualdades. O aplicador da lei não pode cruzar os braços e esperar que a lei resolva todos os problemas sociais, pois há situações em que não existe lei disciplinando a questão, e também há situações em que a lei o faz de forma equivocada, ultrapassada, o que exige do aplicador da lei uma posição ativa.

Pode-se citar, como exemplo, a questão da autorização do aborto nos casos de anencefalia fetal a requerimento da gestante. É sabido que a lei penal autoriza o aborto, praticado por médico, em duas situações<sup>79</sup>: para salvar a vida da gestante e quando a gravidez é decorrente de estupro e houver consentimento da gestante. Pois bem, um juiz positivista e neutro, certamente negaria a autorização de aborto no caso de anencefalia fetal, sob argumento de que a lei não prevê tal situação e, se a lei não prevê, então está proibido, já que a hipótese dependeria de lei específica. Mas será esta a melhor solução? Como fica a situação aflitiva da gestante, que será compelida a levar uma gravidez até o final da gestação, com todos os abalos emocionais daí decorrentes, quando se sabe que o feto não apresenta condições de sobrevivência após o parto? Como fica a questão da dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha? Existe norma que respalde este aborto? Ora, para compreender a norma, o juiz deve debruçar-se sobre ela e indagar quais são os seus fins sociais e fazer uma associação com os valores constitucionais. No caso em estudo, tem-se que a lei autoriza o aborto praticado por médico, com consentimento da gestante, quando a gravidez é decorrente de estupro. Então se indaga: qual é a finalidade social de

---

<sup>79</sup> Artigo 128 do Código Penal.

tal norma? Qual é o valor constitucional que a ampara? Parece indiscutível que a finalidade social de tal norma é de resguardar a integridade psicológica da gestante, que foi vítima de uma violência sexual e que, em razão disso, não pode ser compelida, pelo Estado, a gerar um filho contra a sua liberdade de escolha, o que lhe causaria traumas irreversíveis, e ofenderia sua dignidade humana. Então a lei possui um fundo social e está amparada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, mas não se pode esquecer que nesta situação há o sacrifício de uma vida humana sadia, que é o feto fruto daquela violência, que o direito optou por sacrificar em favor da dignidade humana da gestante, ou seja, no conflito entre a dignidade da gestante e o direito à vida do feto sadio, houve uma supremacia do direito da gestante, em respeito à sua liberdade de escolha e da preservação da sua integridade psicológica, que repercute no direito à vida digna. Ora, se o Direito vigente resguarda a dignidade da gestante, visando à preservação da sua integridade psicológica e sua liberdade de escolha, considerando que o feto sadio é fruto de uma violência, cujos efeitos não podem ser estendidos a ponto de impedir o aborto, então indaga-se diante do problema inicial: não poderá o aplicador da lei resguardar estes mesmos valores, no caso da gravidez com anencefalia fetal? É preciso entender que, na época da elaboração do Código Penal, em 1940, a medicina não estava avançada a ponto de realizar exames que comprovassem, com certeza absoluta, que o feto era portador de uma anomalia e que, em decorrência desta anomalia, não teria uma sobrevida superior a alguns dias. Além disso, também houve uma evolução nos padrões de comportamento das pessoas, em especial da gestante e da comunidade em relação à gestante. Hoje, as gestantes são constantemente abordadas por parentes e amigos que indagam sobre o sexo da criança, sobre o nome que será dado a ela, que é esperada com muita expectativa e alegria, o quarto preparado com entusiasmo, o enxoval escolhido com ternura e carinho. Basta isto para se imaginar o tamanho abalo psicológico sofrido por uma mãe, que carrega no seu ventre um feto anencéfalo. Se tal mãe decide pelo aborto, justamente por considerar o sofrimento psicológico insuportável, como poderá o juiz fechar os olhos para tal realidade e dizer que a lei não autoriza o aborto e, na condição de representante do Estado, obrigar a mãe a levar a gravidez até o final da gestação? Ora, se a Constituição Federal resguarda a dignidade da pessoa humana, que pressupõe a liberdade de escolha e a preservação da integridade psicológica e, se existe norma autorizando o aborto (no caso de gravidez decorrente de estupro), cujo fundamento é justamente preservar a integridade psicológica da mãe e respeitar a sua liberdade de escolha, a ponto de sacrificar um feto sadio, então não resta

dúvida que o pedido da gestante deva ser atendido, com fundamento na lei e no valor constitucional da dignidade da pessoa humana.

Outra norma que merece destaque, para enfatizar o compromisso social do aplicador da lei penal com a inclusão social, é aquela prevista no artigo 44, parágrafo 3º, do Código Penal, com a redação, que lhe foi dada pela Lei n. 9.714, de 25.11.1998, que dá ao juiz o poder de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, mesmo que o condenado seja reincidente, a não ser que a reincidência se tenha operado, em virtude da prática do mesmo crime, e a medida seja socialmente recomendável. O termo “socialmente recomendável” indica que ao juiz cumpre observar, diante do caso concreto, o que é mais benéfico para a sociedade: uma medida punitiva (eminentemente repressiva), representada pela pena privativa de liberdade, que pouco faz pela ressocialização, ou uma medida alternativa, que privilegia a ressocialização do condenado, em detrimento de uma punição mais efetiva. Trata-se de análise subjetiva, que privilegia o juiz como integrante do Poder Estatal, já que a lei não tem condições de particularizar cada caso. Pesa sobre o juiz a responsabilidade de fazer a escolha entre uma pena eminentemente repressiva ou outra eminentemente educativa, diante da situação concreta, para ponderar o que é melhor para a sociedade, e não, para o réu. Apesar do progresso, tal norma merece uma crítica, porque, ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, ao reincidente específico, está considerando que o reincidente específico possui uma maior culpabilidade, a ponto de merecer uma punição mais rigorosa; isto pode dar ensejo a situações injustas, já que o juiz deverá considerar como fundamental para a concessão da substituição o fato em si praticado, ou seja, as conseqüências do delito; os motivos que levaram o condenado a praticá-lo, seu eventual arrependimento e predisposição para a recuperação; sua conduta social; sua personalidade, de modo que a reincidência específica será apenas um dos elementos a serem observados e ponderados pelo juiz. A reincidência específica, por si só, não representa a necessidade ou a “recomendação social” para uma punição mais rigorosa. Basta supor um delito de menor potencial ofensivo que a própria lei considera como passível de aplicação de pena não privativa de liberdade <sup>80</sup>, até porque os efeitos maléficos da pena de prisão, por curto período de tempo, já são bastantes conhecidos; não é socialmente recomendável e salutar para o processo de recuperação do delinqüente privá-lo da liberdade por prazo curto, tirá-lo do convívio familiar e do seu ambiente de trabalho, como já foi discutido. Vale dizer que a pena mais severa, que existe atualmente no ordenamento jurídico, a pena de prisão, deve

---

<sup>80</sup> Artigo 62 da lei n. 9.099, de 26.09.95.



ser reservada para aqueles indivíduos que praticam crimes graves e merecem uma resposta adequada do Estado, a fim de garantir o grau de suficiência da pena para prevenção do delito. Então se indaga: por que negar ao reincidente específico o acesso a uma pena alternativa? Se o réu praticou um roubo, ou um homicídio, ou um seqüestro, e depois pratica um furto, então teria direito à substituição, mas aquele que praticou uma lesão corporal dolosa leve e depois pratica outra, este não teria direito à substituição pela interpretação literal da lei. Com isso, privilegiam-se situações mais graves, em detrimento de situações menos graves, o que deve ser evitado. O que importa observar na análise da substituição é se a conduta social do agente, a sua culpabilidade e o grau de reprovabilidade da sua conduta, no caso concreto, indicam que a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos seja socialmente recomendável, desde que preenchidos os demais requisitos objetivos.

Segundo Barroso (2004, p. 333-334), dois princípios despontaram no Brasil nos últimos anos: o da razoabilidade (também chamado de proporcionalidade) e o da dignidade da pessoa humana. O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa, que permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; quando a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; quando não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. Já o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O princípio da dignidade da pessoa humana representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Se um dado preceito produzir, *in concreto*, um efeito anti-isonômico ou atentatório à dignidade da pessoa humana, não deverá ser aplicado (BARROSO, 2004, p. 337).

Barroso (2004, p. 338-339) sintetiza as principais idéias do “pós-positivismo” da seguinte forma:

Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana”.

## **CAPÍTULO 5 IGUALDADE PENAL E FUNÇÃO EXECUTIVA**

Ao Poder Executivo incumbe a terceira fase do processo de aplicação da lei penal, ou seja, a execução da pena, que estava prevista na lei e que fora aplicada pelo Poder Judiciário.

Assim, é importante analisar quais são as obrigações do Poder Executivo na execução da pena, à luz do princípio da igualdade.

Primeiro é preciso perquirir por que a execução da pena é tarefa do Poder Executivo e não do Poder Judiciário? A resposta indica origem histórica, ou seja, no momento em que a pena era vista como suplício, aplicada contra o corpo do condenado, que era esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou ombro, exposto ao público, vivo ou morto, dado como espetáculo; então, a execução pública passa a ser vista como fornalha em que se acende a violência, e a justiça começa a sentir um mal-estar pela execução da pena e cuja violência não quer mais assumir publicamente. A execução da pena passa a ser vista como um ato de vergonha para a justiça, por isto, ela é transferida a outros órgãos sob a marca do sigilo. É indecoroso ser passível de punição, mas é pouco glorioso punir e a execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar (FOUCAULT, 1988, p. 14-15).

A execução da pena envolve, também, gastos públicos, com a manutenção dos presos e penitenciárias, e ao Poder Executivo, arrecadador dos impostos e responsável pela administração pública, que é confiada a função de executar a pena aplicada pelo Poder Judiciário. Este passa a exercer um papel fiscalizador, da atividade executiva, a fim de garantir os direitos dos condenados e a concessão de benefícios próprios da execução penal, tais como: progressão de regime, livramento condicional, indulto, remição, etc.

### **5.1 A Execução da Pena ou Medida de Segurança**

As obrigações do Poder Executivo na execução da pena decorrem de regras internacionais (Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da ONU (Genebra, 1955); Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 10 dez.1948);

Convenção Européia para a Garantia dos Direitos Humanos (1950); Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica (de 22.nov.1969, ratificada pelo Brasil em 25.set.1992); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução n. 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.dez.1994 e ratificada pelo Brasil em 28.set.1989) (BORGES, 2005, p. 39-40), que foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, acolhendo o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fonte<sup>81</sup> e previu expressamente o dever de garantia aos presos, de respeito à sua integridade física e moral<sup>82</sup>, além de proibir qualquer tratamento desumano ou degradante<sup>83</sup>. Foi assegurado às presas o direito de permanecerem com os filhos durante o período de amamentação<sup>84</sup>, e a lei de execução penal<sup>85</sup> descreve os direitos básicos dos condenados, tais como: alimentação suficiente; vestuário; instalações higiênicas; atendimento médico, farmacêutico e odontológico; assistência jurídica, com entrevista reservada com o advogado; instrução escolar e formação profissional; disposição de livros instrutivos, recreativos e didáticos; assistência social para preparar o condenado ao retorno à liberdade; assistência religiosa, com liberdade de culto; trabalho remunerado, com jornada máxima de oito horas, atendendo à habilitação e condição pessoal do preso, com finalidade educativa e produtiva; descanso e recreação; chamamento nominal; igualdade de tratamento; visita; proibição de cela escura, ou seja, a cela deve conjugar os fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana e com área mínima de seis metros quadrados por preso; as sanções disciplinares devem estar previstas na lei, com direito de defesa.

Portanto, ao Poder Executivo cumpre observar as leis que resguardam os direitos dos condenados e, além disso, deve adotar políticas que possibilitem ou visem garantir o livre desenvolvimento da pessoa humana, o que pressupõe a oportunidade de arrependimento e mudança interior, por decisão do condenado, em busca da regeneração e a volta ao convívio em sociedade.

O tratamento não pode ser imposto ao condenado, porque o direito de ser diferente integra os direitos fundamentais do indivíduo numa sociedade pluralista e democrática (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 148 apud BITENCOURT, 2004, p. 140).

---

<sup>81</sup> Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

<sup>82</sup> Inciso XLIX, do artigo 5º, da Constituição Federal.

<sup>83</sup> Inciso III, do artigo 5º, da Constituição Federal.

<sup>84</sup> Inciso L, do artigo 5º, da Constituição Federal.

<sup>85</sup> Lei n. 7.210, de 11.07.84.

A pena justifica-se por sua necessidade, em face da imperfeição humana e visa tornar possível a convivência humana em sociedade (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 33 apud BITENCOURT, 2004, p. 101-102).

O Estado utiliza a pena para proteger determinados bens jurídicos. A pena é um castigo, mas isto não implica dizer que o fim da pena seja a retribuição, uma espécie de pagamento pelo mal praticado (BITENCOURT, 2004, p. 104).

Na última fase da pena, que é sua execução, supondo que tenha sido aplicada pelo juiz, segundo as exigências de prevenção geral e dentro dos limites da culpabilidade, deverá executar-se de forma a buscar a ressocialização do delinqüente, que deve incluir meios de possibilitar a utilização das faculdades próprias do delinqüente, evitando sua atrofia, nos casos em que o delinqüente não precisa de um tratamento terapêutico-social (PUIG, 2003, p. 65-66).

As teorias absolutas ou retributivas da pena, que vêm como única função da pena a realização da Justiça, têm como autores destacados Kant e Hegel, para os quais, a pena é uma retribuição à perturbação da ordem jurídica. A pena tem como fim fazer justiça: a culpa do autor do crime deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena. O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena reside no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e na capacidade do homem para se autodeterminar. A pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei, seu objetivo é simplesmente realizar a justiça. Quando o autor do crime é punido, se faz justiça (BITENCOURT, 2004, p. 108-111).

Tem fundamento em razões religiosas, éticas e jurídicas. Do ponto de vista religioso, o cristianismo, como outras religiões, tem dado lugar a fundamentações tradicionais da função retributiva da pena. O Papa Pio XII fez a seguinte mensagem ao VI Congresso Internacional de Direito Penal: “O juiz supremo, em seu julgamento final, aplica unicamente o princípio da retribuição. Este há de possuir um valor que não cabe desconhecer”. Parte-se de um paralelismo entre a exigência religiosa de Justiça divina e a função da pena (PUIG, 1998, p. 46).

Do ponto de vista ético, (KANT, 1978 apud PUIG, 1998, p. 46) considera o homem como um fim em si mesmo; por isto, não é lícito instrumentalizar o homem em benefício da sociedade, não seria eticamente correto fundar o castigo em razões de utilidade social. A lei penal se apresenta como um imperativo categórico, como uma exigência incondicional de Justiça, livre de qualquer consideração utilitária como a proteção da sociedade ou outras. A pena há de ser aplicada, ainda que seja desnecessária

para o bem da sociedade. Kant (1978, p. 168 apud BITENCOURT, 2004, p. 108-111) considera que o autor do crime deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade.

Do ponto de vista jurídico, Hegel considera que o caráter retributivo da pena se justifica pela necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, simbolizada na ordem jurídica, que foi negada pela vontade do autor do crime (vontade especial). Se a vontade geral é negada pela vontade do delinqüente, então esta negativa deve ser negada, através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral. A pena é a reação (negação da negação) que mira o passado (o delito e o restabelecimento da ordem jurídica) e visa compensar o delito e recuperar o equilíbrio perdido (PUIG, 1998, p. 47).

As teorias absolutas ou retribucionistas são criticadas, porque violam a dignidade da pessoa humana, porque, nelas, a pena não tem uma finalidade específica (realizar esforços ressocializadores), é um fim em si mesma, uma simples expiação (KLUG, 1970, p. 39 apud BITENCOURT, 2004, p. 114-115).

A finalidade da pena não é a realização da justiça, eliminar um mal com outro mal, mas sim, proteger bens jurídicos e tornar possível a convivência social (BITENCOURT, 2004, p. 120-121).

Para as teorias preventivas da pena, esta não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim, prevenir a sua comissão, inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos. Não se funda em postulados religiosos, morais ou idealistas, mas considera que a pena é necessária para a manutenção de certos bens sociais. Visa prevenir delitos futuros. Enquanto a retribuição mira o passado, a prevenção mira o futuro. Recebem o nome de teorias relativas e dividem-se em duas direções: a prevenção geral e a prevenção especial (PUIG, 1998, p. 50).

A prevenção geral é filha do Iluminismo. A imagem do homem é marcada pela racionalidade, fria, e até mesmo calculável. O tipo de homem para o qual aponta é aquele que é parte do Contrato Social, sendo apresentado aos seus olhos o que a violação do contrato traz consigo, e que, por consequência evidente, renuncia ao injusto (HASSEMER, 2005, p. 403).

Dentre os defensores de uma teoria de prevenção geral, destacam-se Bentham (1826), Beccaria (1764), Filangieri (1822), Schopenhauer e Feuerbach (1832). Feuerbach formulou a teoria da coação psicológica, em que a pena é uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer os delitos e a racionalidade humana fará a ponderação

necessária para evitar a prática do delito. A lei penal avisa aos membros da sociedade quais são as ações injustas contra as quais reagirá (BITENCOURT, 2004, p. 122-123).

A teoria da prevenção geral é criticada, porque não leva em consideração a confiança do autor do crime em não ser descoberto, com isto, a ameaça de imposição de pena não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo. Além disso, cada delito cometido é um indicativo da ineficácia da prevenção geral, e o castigo de um em benefício de outros indica um defeito ético-social da prevenção geral, e o efeito intimidatório geral exige a elevação das penas pelos legisladores e pelos magistrados, o que chega a superar a medida da culpabilidade do autor do delito (SAUER, 1956, p. 19 apud BITENCOURT, 2004, p. 126).

A teoria da prevenção geral ameaça a dignidade do condenado. Além disso, não contribui em nada para a realização da execução da pena, tal como acontece com a teoria da retribuição, o tempo da pena nada mais é que um mal, um tempo vazio, um mal necessário para a intimidação dos demais (HASSEMER, 2005, p. 404).

Segundo Hassemer (2005, p. 411-412), a idéia do efeito da pena da teoria da prevenção geral é, em sua racionalidade mecanicista, uma idéia de desprezo ao homem, que o tratou como um objeto.

Um Estado Democrático de Direito não pode admitir que os fins justifiquem os meios, desprezando-se direitos e garantias fundamentais, o que representa uma ameaça à dignidade da pessoa humana.

Sem referência ao fim da retribuição justa da pena ou ao princípio da proporcionalidade, a teoria da prevenção geral é insuportável em um Estado de Direito (HASSEMER, 2005, p. 405).

A prevenção especial dirige-se exclusivamente ao delinqüente em particular, objetivando que não volte a delinqüir. O êxito da socialização é a melhor segurança para a sociedade diante do antigo delinqüente; através de uma execução penal ressocializadora intensa, nos custos e no aspecto pessoal, a sociedade pagaria uma parte da culpa que tem carregado consigo pela socialização defeituosa destes cidadãos. É preciso fazer algo racional com e durante o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade (HASSEMER, 2005, p. 374).

A prevenção especial não pode operar, como a geral, no momento da criação do tipo penal e da cominação abstrata da pena, mas sim, no momento da aplicação e da execução da pena, também denominada de prevenção individual. Encontra precedentes em Platão, mas foi a partir do final do Século XIX que se desenvolveu, na Espanha, pelo

correcionalismo, de Dorado Montero, que considerava o Direito Penal como “Direito Protetor dos Criminosos”; na Itália, pela Escola Positiva, que substituiu a pena por medida de segurança, visando o tratamento do inimputável e, na Alemanha, pela doutrina de Von Liszt (PUIG, 1998, p. 53).

Von Liszt (1883 apud PUIG, 1998, p. 53-54), em sua obra “A idéia de fim em Direito Penal”, apresentou o seguinte programa político-criminal: 1)- a pena correta e justa é a pena necessária; 2)- a finalidade de prevenção especial da pena se cumpre de forma distinta segundo três categorias de delinquentes: a)- frente ao delincente ocasional, necessitando de corretivo, a pena se constitui um “recordatório” que o iniba de praticar posteriores delitos; b)- frente ao delincente não ocasional, mas corrigível, deve-se perseguir a sua correção ou ressocialização, por meio de uma adequada execução da pena; c)- frente ao delincente habitual e incorrigível, a pena há de visar a sua inocuização, através de um isolamento, que pode chegar a ser perpétuo.

Sintetizando, para Von Liszt, a necessidade da pena mede-se com critérios preventivos especiais, segundo os quais a pena obedece a idéia de ressocialização e reeducação, à intimidação daqueles que não necessitam de ressocialização e à neutralização dos incorrigíveis. Com isso, pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuização. O interesse jurídico-penal é a defesa da sociedade. O delito é um dano social e o delincente é um perigo social (um anormal) que põe em risco a nova ordem. Faz distinção entre homens bons, normais e não perigosos, e homens maus, perigosos ou anormais, gerando para o Estado o direito de submeter os maus, perigosos ou anormais a tratamento forçado, contra a sua vontade, o que não condiz com as finalidades de um Estado Democrático de Direito que deve respeitar as diferenças; a dignidade da pessoa humana impede um tratamento coercitivo e a classificação totalitária do que seja bom, normal e não perigoso, deixa o indivíduo ao arbítrio jurídico-penal do Estado. Outra crítica refere-se ao mito da ressocialização que será analisado no item seguinte.

A teoria mista ou unificadora da pena tenta agrupar em um conceito único os fins da pena. Puig (1998, p. 57) aponta o jurista alemão Merkel, no começo do século XX, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha. Entende que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. Faz distinção entre o fundamento da pena e a finalidade da mesma. O fundamento é



o delito<sup>86</sup>. A teoria mista ou unificadora segue duas orientações: uma com tendência conservadora, que acredita que a proteção da sociedade se faz com a retribuição justa; outra com tendência progressista, que aponta como fundamento da pena a defesa da sociedade, através da proteção de bens jurídicos; a retribuição corresponde à função de estabelecer o limite máximo de exigência de prevenção, impedindo que tais exigências elevem a pena para além do merecido pelo fato praticado (a culpabilidade e a proporcionalidade serão os critérios limitadores da intervenção da pena).

A crítica que se faz é que a soma de três concepções distintas, tende a fracassar porque representam antinomias entre si (BITENCOURT, 2004, p. 144).

Na atualidade, assinala-se que a intimidação não é a única via da prevenção geral, que seria chamada de prevenção geral negativa; há também o aspecto de afirmação do Direito Penal, denominada prevenção geral positiva ou estabilizadora ou integradora (PUIG, 1998, p. 51).

O Direito Penal faz parte do controle social, que compreende norma, sanção e processo, sendo o controle social uma condição fundamental irrenunciável da vida em sociedade. O controle social assegura os limites da liberdade humana na vida cotidiana e nas rotinas. Ele é um instrumento de desenvolvimento cultural e de socialização dos membros dos grupos e sociedades. Não há alternativas para o controle social. Os conflitos desviantes reservados ao Direito Penal – as lesões criminosas – pertencem ao pior do que os homens fazem uns aos outros, são agressões aos interesses humanos fundamentais. A coação, a força, acusação pública e condenação, privação da liberdade, confisco de bens são meios de intervenção, usados pelo Direito Penal, que faz dos meios de coação e as sanções admitidas no controle social cotidiano, parecerem inofensivos (HASSEMER, 2005, p. 414-415).

Segundo Hassemer (2005, p. 417), a tarefa do sistema jurídico-penal deve estar relacionada com a sua posição no campo do controle social e o fato de estar equipado com instrumentos rigorosos, face aos conflitos desviantes mais graves, requer a mais elevada cautela e precaução no trato com estes instrumentos, denominando-a de “formalização do controle social”, que dará êxito ao sistema jurídico-penal e constituirá sua real justificativa.

A teoria da prevenção geral positiva se subdivide em duas orientações: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora. Para a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, que tem como representantes Welzel e

---

<sup>86</sup> Evita-se uma fundamentação de prevenção geral – intimidação - e uma fundamentação de prevenção especial com base naquilo que o delinqüente poderá realizar, se não receber um tratamento a tempo, não reduz o delinqüente à categoria de doente biológico ou social.

Jakobs, o direito penal visa garantir a vigência real dos valores, tem uma missão de natureza ético-social, com três elementos: um informativo, de dizer o que está proibido; outro de manutenção da confiança na capacidade da ordem jurídica de permanecer e impor-se, e o terceiro, representado pelo fortalecimento de uma atitude interna de fidelidade ao direito. A pena serve para destacar com seriedade e de forma cara para o infrator que a sua conduta não impede a manutenção da norma (BITENCOURT, 2004, p. 145-146).

A crítica que se faz à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora é que pretende impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado Social e Democrático de Direito (BITENCOURT, 2004, p. 149).

A prevenção geral positiva limitadora sustenta que a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado. Considera o direito penal como uma forma a mais de controle social. Com isso, a pena deve manter-se dentro dos limites do direito penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta por meio de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais. Os limites materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc. A proteção efetiva significa duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinqüente, dentro do possível, e a limitação dessa ajuda, imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena, que é a prevenção geral positiva. A ressocialização implica um processo comunicacional e interativo entre o indivíduo e a sociedade. Não se pode ressocializar o delinqüente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se pretende integrá-lo, pois, caso contrário, estar-se-ia admitindo que a ordem social é perfeita, o que é discutível. O direito penal de um Estado pluralista e democrático deve contar necessariamente com freios e limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão, tendo a pena como finalidade a prevenção geral e especial, com limites (BITENCOURT, 2004, p. 150-152).

A “formalização” compreende técnicas de proteção e vinculação aos princípios valorativos. O controle social jurídico-penal anuncia, antes do desvio, de forma expressa mais exata possível e publicamente, qual conduta será qualificada como criminosa e como será a sanção; qual será a ordem de competência; quais garantias de assistência ou meios jurídicos serão observados; as possibilidades de defesa; a neutralidade da vítima e seus

companheiros em favor da homogeneidade e da certeza do fim do seu controle do crime, protegendo-os contra as pressões do público. Ele forma uma parede de defesa contra os fins político-criminais e aceita o seu próprio fracasso, quando estes fins exigem uma carga excessiva sobre os afetados. Ele transfere o controle social, pela pressa e pela emoção da situação do desvio, a um processo, no qual a distância, o silêncio e o equilíbrio determinam o curso. A “formalização” necessita de limites substanciais ao controle do crime, com vinculação aos princípios valorativos, tais como: princípio da proporcionalidade ou da função limitadora do princípio da culpabilidade; o direito de ser defendido por um profissional; o direito ao silêncio; a proibição de provas ilícitas; tomar parte no processo; fundamentação das decisões e, na dúvida sobre os fatos, decidir em favor do acusado (HASSEMER, 2005, p. 419-420).

Deve-se buscar um conceito mais exigente de efetividade do Direito penal. O conceito de efetividade do Direito era muito ruim, baseado no tratamento e na intimidação. Um conceito mais sofisticado de efetividade não pode levar em conta apenas os efeitos imediatos da ameaça de pena e da execução da pena; ele deve levar em conta que uma proteção “efetiva” dos bens jurídico-penais somente pode ser esperada a longo prazo, quando os homens estimarem os bens jurídicos dos demais pelo bom senso em vez de pelo temor. A efetividade deve ser concebida pelas pessoas às quais se dirigem as normas jurídico-penais (HASSEMER, 2005, p. 421).

A Constituição Federal de 1988 agasalhou a ressocialização do condenado como objetivo da execução penal, ao dispor que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”<sup>87</sup>, visando, assim, um tratamento, além de igualitário (tratamento desigual aos desiguais), individualizado.

Os presídios devem ser construídos e voltados para a reabilitação e não somente para controlar uma população “perigosa”, até porque a política de mero confinamento, contenção, neutralização ou controle social serve apenas para aumentar as desigualdades sociais e a insegurança. Basta ver o que aconteceu com o regime integral fechado, destinado aos condenados por crimes hediondos e equiparados. Em dezessete anos de existência, houve um aumento significativo da população carcerária, gerando custos elevados de manutenção e construção de novos presídios; a insegurança nas ruas aumentou, porque surgiram facções criminosas, no interior dos presídios, que promovem

---

<sup>87</sup> Artigo 5º, inciso XLVIII, da Constituição Federal.

atividades externas, gerando situações de confronto, nunca antes observadas na sociedade brasileira.

O alto custo de manutenção dos presídios tem aberto o debate em torno da privatização ou terceirização dos serviços penitenciários, visando à diminuição dos custos. O professor Loïc Wacquant (2002, p. 84-87) adverte que a “guerra contra o crime”, desencadeada nos Estados Unidos da América, fez quadruplicar a população carcerária do país e os custos exorbitantes de manutenção e vigilância dos presos e penitenciárias provocou o deslizamento do Estado social para o Estado penal, e não deixou às Autoridades outra solução, se não recorrer ao setor privado. Banidas em 1925, após escândalos sobre maus-tratos e exploração da mão-de-obra, as prisões privadas retornaram ao cenário americano. No ritmo em que se aprisiona, seria necessário construir uma penitenciária de mil lugares a cada seis dias. A prisão privada é hoje uma realidade incontornável da paisagem penal americana; uma indústria em pleno “boom”, destinada a um futuro radioso, que faz dela a queridinha da Bolsa. A maior das empresas do setor “*Correction Corporation of America*” detém 52% do mercado. No início, as empresas se contentavam em administrar as penitenciárias, que permaneciam como propriedade do Estado, mas hoje tendem cada vez mais a acumular a construção e a gestão, sendo que 40 dos 118 novos estabelecimentos de detenção entregues em 1995, eram propriedade de firmas comerciais.

Outra estratégia encontrada para a redução do custo do confinamento consiste em fazer com que os detentos ou suas famílias assumam uma parte, mesmo mínima, das despesas de seu encarceramento (aluguel pelo uso da cela, taxas para ir ao dentista, lavanderia, alimentação, etc). Para o administrador pode ser importante fazer crescer, aos olhos do eleitorado, a idéia de que os prisioneiros “pagam suas dívidas” para com a sociedade (WACQUANT, 2002, p. 87, 91).

Para Loïc Wacquant (2002, p. 91-92), os presos são atingidos por um tríplice estigma ao mesmo tempo moral<sup>88</sup>, de classe<sup>89</sup> e de casta<sup>90</sup>. Com isto, os presos formam um grupo pária entre os párias, uma categoria que se pode vilipendiar e humilhar impunemente, com lucros simbólicos. A política de criminalização da miséria do Estado americano encontra seu prolongamento cultural num discurso público de maldição dos prisioneiros, que faz deles a encarnação do mal absoluto: a antítese do “sonho americano”.

---

<sup>88</sup> Eles se baniram da cidadania ao violar a lei.

<sup>89</sup> Eles são pobres em uma sociedade que venera a riqueza e concebe o sucesso social como resultado unicamente do esforço individual.

<sup>90</sup> Eles são majoritariamente negros, portanto oriundos de uma comunidade despida de “honra étnica”.

O sistema progressivo está em crise e sua crise se confunde com a crise da pena de prisão. Segundo Bitencourt (2004, p. 96-98), o sistema progressivo apresenta algumas limitações: sua efetividade é uma ilusão, diante dos poucos resultados que se podem obter de um regime que começa com um controle rigoroso sobre toda a atividade do recluso, como ocorre com o regime fechado; alimenta uma ilusão de que favorece mudanças interiores, progressivamente automáticas; não é plausível que o recluso esteja disposto a admitir voluntariamente a disciplina imposta pela instituição penitenciária; as etapas do sistema progressivo se estabelecem de forma rigidamente estereotipada; parte de um conceito retributivo: por meio da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana se pretende que o recluso alcance sua readaptação progressiva, por intermédio do gradual afrouxamento do regime, condicionado à prévia manifestação de “boa conduta”, que muitas vezes é só aparente.

Segundo Bitencourt (2004, p. 98), a crise do sistema progressivo se agravou nas últimas décadas devido, entre outras razões, à duração reduzida da pena de prisão, ou seja, cada vez mais transcorre um período curto entre a reclusão e a saída em liberdade do delinqüente, sem que se tivesse conseguido, durante a reclusão, a sua recuperação, o que eleva os índices de reincidência e acentua a impressão de que a prisão produz efeitos pouco significativos sobre o recluso; ao aumento da expectativa de vida da população que permite que os delinqüentes possam aplicar, durante muito mais tempo, do que no passado, seus conhecimentos da vida, da técnica criminal e do tratamento com a polícia e os tribunais de justiça. Estes dois fatores, quando somados, aumentam sensivelmente a quantidade de delitos, evidenciando, com maior dramatismo, o fracasso da prisão. E a maior conscientização social, em relação aos direitos humanos e à dignidade do ser humano, não tem ignorado os problemas que a prisão apresenta e o respeito que merece a dignidade dos que, antes de serem criminosos, são seres humanos, o que tem levado a um questionamento mais rigoroso do sentido teórico e prático da pena privativa de liberdade, contribuindo para o debate sobre a sua crise.

Na execução das medidas de seguranças, também é necessário impor limites à atividade Estatal, sob pena de ofensa às garantias de igualdade, inerentes ao Estado Democrático de Direito, já que as medidas de segurança possuem característica aflitiva, representando importante modalidade de intromissão estatal e possuem como requisito obrigatório para sua aplicação, a prática de ilícito-típico relevante e a presença de periculosidade criminal e não social (FERRARI, 2001, p. 181-216).

Num Estado Democrático de Direito, tem-se que a aplicação de medida de segurança criminal exigirá a incidência de todos os princípios constitucionais, não podendo o cidadão ser submetido a medidas terapêutico-criminais que contrariem preceitos de legalidade, irretroatividade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana (FERRARI, 2001, p. 217).

É sabido que a medida de segurança é aplicada aos inimputáveis<sup>91</sup> e aos semi-imputáveis<sup>92</sup> que, por serem pessoas portadoras de doenças mentais ou distúrbios psíquicos, necessitam de especial tratamento curativo por parte do Estado, a fim de que seja cessada a periculosidade criminal do agente.

Acontece que as medidas de segurança têm demonstrado ser um mecanismo mais impiedoso e desumano do que a própria pena privativa de liberdade, que é aplicada aos imputáveis. Tidos como anormais, indivíduos perigosos, portadores de personalidade psicopática ou sociopata, à psiquiatria caberá dizer quando estará cessada a periculosidade deles. No mais das vezes, os juristas, cheios de pudor, tomam as afirmações da ciência vizinha (psiquiatria), estando esta protegida pela capa da cientificidade e de saber desinteressado e apolítico, ignorando – ou fingindo ignorar – a perplexidade que grassa naquela área a respeito da validade dos diagnósticos de seus cultores. A sociopatia, por exemplo, que empresta caráter mórbido ao delinqüente de reincidência teimosa, é doença mental hipotética, de etiologia desconhecida, patologia ignorada, tratamento incógnito e cura impossível. A identificação do portador do mal não oferece grande dificuldade: é o criminoso multi-reincidente. Com isso, amarra-se a idéia do sociopata à do criminoso nato de Lombroso (THOMPSON, 2007, p. 104-110).

A psiquiatria afirma que a sociopatia se caracteriza por ser uma patologia dos sentimentos e da vontade; sem comprometimento ou perturbação do entendimento, são aqueles que sofrem ou fazem sofrer a sociedade. A pessoa nasce com o mal e dele jamais se livrará, inexistindo tratamento para curá-lo (SERRA; PEREIRA, 1979, p. 41 apud THOMPSON, 2007, p. 110).

Ora, fazer sofrer a sociedade é transgredir suas normas: o doente é, pois, aquele incapaz de se identificar com a sociedade e suas leis. A posição da sociedade existente como padrão de perfeição e de normalidade, tanto para a criminologia como para

---

<sup>91</sup> A estes obrigatoriamente quando praticam condutas típicas e antijurídicas, conforme dispõem os artigos 26, *caput* e 97, ambos do Código Penal.

<sup>92</sup> A estes facultativamente porque ao juiz é facultado aplicar a medida de segurança ou a pena reduzida, conforme dispõem os artigos 26, parágrafo único, e 98, ambos do Código Penal, adotando-se o sistema vicariante.

psiquiatria, coloca os criminosos e os loucos como os indivíduos que se insurgem contra as regras e estruturas da sociedade (THOMPSON, 2007, p. 111).

O caráter impiedoso das medidas de segurança reside no fato de serem medidas de intervenção estatal, que, além de privarem o indivíduo da liberdade, oferecem-lhe tratamento forçado, sob pretexto de fazer cessar sua periculosidade; aquele assume caráter perpétuo, porque não se conta com prazo máximo para sua aplicação, e mesmo o prazo mínimo é questionável, porque, se o objetivo da medida de segurança é o tratamento, então o que importará observar é a cura do doente e não a verificação de um prazo mínimo, definido genericamente pela lei. O mais correto seria a realização de perícia médica, a qualquer tempo, sem a previsão de limite mínimo (FERRARI, 2001, p. 195).

Segundo Eduardo Reale Ferrari (2001, p. 179-213), a não previsão de limite máximo viola o princípio da legalidade, sendo inaceitável num Estado Democrático de Direito; o mais correto seria considerar como limite máximo o prazo máximo da pena privativa de liberdade, cominada abstratamente ao delito praticado, possuindo natureza condenatória a sentença judicial que determina a submissão do agente ao tratamento, prescritível pelo limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito, praticado pelo inimputável ou semi-imputável, a quem foi aplicada medida de segurança.

Outro ponto que merece destaque é que não existe um controle sobre os métodos do tratamento psiquiátrico, diversamente do que acontece com relação ao tratamento penitenciário, que possui limites definidos em lei e que são fiscalizados pelo Poder Judiciário. As medidas de segurança, por estarem unidas pelo manto do tratamento medicinal (aplicado por especialistas), despidas de qualquer traço retaliativo ou de vingança, ou de castigo, fornecem a tranqüilidade de que não serão usadas como fonte de sofrimento contra seus beneficiários, não exigem fiscalização por parte do Poder Judiciário, mas, por isso, os executores das medidas de segurança detêm um poder sobre seus pacientes mais amplo e descontrolado, ainda, que o do carcereiro sobre os presos. No hospital psiquiátrico, permite-se o uso de recursos que seriam ilegais na prisão, como a camisa de força, o choque elétrico, sobretudo, o consumo forçado de medicamentos que causam a intoxicação do agente, suprimindo-lhe a capacidade de autovolição (conhecidos na gíria, como sossega-leão). Portanto, o criminoso renitente, que não se adaptou à administração prisional, porque não se deixou vencer pelos meios repressivos, usados naquele tipo de estabelecimento, ao passar para o manicômio poderá ser submetido a sucessivas doses de sossega-leão até que se comporte como um boneco sem alma (THOMPSON, 2007, p. 116-117).

Segundo Thompson (2007, p. 117), na medida em que a psiquiatria fornece o respaldo *científico*, a justiça, de alma lavada, adere à proposição e a sustenta com seu poder: então há uma flagrante falta de seriedade na intrincada novela das medidas de segurança, que permite manter trancadas, em caráter perpétuo, inúmeras pessoas, a despeito da proibição constitucional e da norma contida no artigo 75 do Código Penal.

## 5.2 O mito da ressocialização

A ressocialização ou recuperação do criminoso é um ideal que tem recebido várias críticas de vários autores, mas merece destaque um estudo feito pelo professor Muñoz Conde (1979, p. 98-99 apud BITENCOURT, 2004, p. 136-137), intitulado “A ressocialização do delinqüente. Análise e crítica de um mito” em que se questiona até que ponto é legítimo exigir a ressocialização do delinqüente, que nada mais é do que produto da sociedade que cria e define a criminalidade; por isso, conclui que seria a sociedade, e não o delinqüente, que deveria submeter-se à ressocialização. Afirma que a ressocialização presume um processo interativo e comunicativo entre o indivíduo e sociedade, a cujas normas deve adaptar-se o indivíduo; exige-se um intercâmbio, uma relação dialética, a convivência social. No entanto, pondera que as normas sociais não são algo imutável e permanente, às quais o indivíduo deve adaptar-se obrigatoriamente, mas sim, são o resultado de uma correlação de forças sujeitas a influências mutáveis. Portanto, quando se fala em ressocialização do delinqüente, deve-se questionar, ao mesmo tempo, o conjunto normativo a que se pretende incorporá-lo. No seio de uma sociedade democrática e pluralista há uma diversidade de interesses, cada ser humano possui uma escala de valores pessoal, até personalíssima, e por isso, há uma relação conflitiva entre o indivíduo e as normas sociais. Assim, quando alguns criam as normas e estabelecem valores, que devem ser seguidos por outros, aparece o domínio de uns sobre os outros. O Estado não tem legitimidade para impor aos cidadãos determinado tipo de valor moral, porque isto violaria a liberdade do indivíduo de escolher suas próprias crenças ou ideologias, sendo altamente questionável uma ressocialização no plano moral, isto é, no aspecto interno do indivíduo, que poderia levar a uma absurda e perigosa manipulação da consciência individual, impondo sempre o sistema de valores da classe dominante. Portanto, não se pode pretender uma ressocialização moral do delinqüente, visto que isto fere de forma grave os



fundamentos de uma sociedade pluralista e democrática, e a ressocialização deve consistir em fazer o delinqüente aceitar as normas básicas e geralmente vinculantes que regem a sociedade; o objetivo da ressocialização é esperar do delinqüente o respeito e a aceitação de tais normas, com finalidade de evitar a prática de novos delitos. O fim da execução da pena seria, por conseguinte, restabelecer no delinqüente o respeito pelas normas básicas, fazendo-o corresponder, no futuro, às expectativas nelas contidas, evitando-lhe a reincidência.

A crítica que se faz de uma ressocialização, para a legalidade, é que os criminosos que atuarem, segundo a lei, conforme aconteceu com os criminosos de guerra nazistas, não necessitariam ser ressocializados.

Bitencourt (2004, p. 139) anota que um dos grandes obstáculos à idéia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. A idéia de que seja possível reeducar um criminoso, através do tratamento penitenciário, a ponto de torná-lo respeitador da lei penal e dos valores sociais, não passa de uma carta de intenções, constituindo verdadeiro paradoxo a pretensão de reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade, em condições de não-liberdade, em especial diante das condições de vida que se oferecem aos presos e da falta de meios adequados e de pessoal capacitado para colocar em prática um tratamento penitenciário eficaz.

Não há nada mais distante da ressocialização do que a prisão, já que o recluso, ao ingressar na prisão, adquire novos hábitos, uma nova cultura, a cultura prisional. E o direito de ser diferente integra os direitos fundamentais do indivíduo, não podendo ser “tratado” moralmente pelo Estado (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 145-148 apud BITENCOURT, 2004, p. 140).

Segundo Hassemer (2005, p. 386), o conceito de “terapia social emancipadora” mostra que, sem a garantia da autonomia do indivíduo submetido ao tratamento, com sua decisão livre para a aceitação, para a continuação e para as formas de terapia, só é possível um tipo deficiente de tratamento, que fortalece novamente as objeções clássicas dos teóricos da teoria absoluta da pena contra as teorias preventivas: que tal tratamento é antes condição de procedibilidade; que ele se parece antes com adestramento do que com um auxílio para os problemas humanos. Este é o pensamento ético contra um tratamento sem liberdade e com sujeição. O pensamento prático parte de que tal condição só permanecerá colocada superficialmente, e será imediatamente removida quando o ambiente de libertação provocar novamente o velho esquema de procedimento que lhe foi consumido pelo hábito no clima desejado da execução penal.

O ideal ressocializador depende do valor orçamentário destinado à contratação de pessoal capacitado e à dotação de meios adequados e, enquanto isto não for solucionado, o tratamento será uma utopia que servirá somente para ocultar a realidade de sua existência, ou a impossibilidade prática de sua realização. Os sistemas que se baseiam em idéias pouco concretas de tratamento ressocializador situam-se entre dois pólos: de um lado, a impossibilidade material de realizar o tratamento penitenciário, por falta de pessoal capacitado e de meios adequados para isto e, de outro, o perigo de manipulação do condenado, situação esta inaceitável, numa sociedade pluralista e democrática. Por isso, qualquer tentativa de ressocialização coativa atenta contra os direitos fundamentais do cidadão (MUÑOZ CONDE, 1979, p. 151 apud BITENCOURT, 2004, p. 140-141).

Na atualidade, a prisão, em vez de regenerar e ressocializar o delinqüente, degenera-o e dessocializa-o, além de pervertê-lo, corrompê-lo e embrutecê-lo. A prisão é, por si mesma, criminógena, uma fábrica de reincidência, podendo ser tida como escola primária, secundária e universitária do crime (TRINDADE, 2003, p. 30).

O cárcere e os demais aparelhos ideológicos do sistema de controle social são seletivos e marginalizadores, o que torna inviável a ressocialização do delinqüente (TRINDADE, 2003, p. 32).

O cárcere contraria todo ideal educativo moderno de estimular a individualidade e o auto-respeito, alimentado pelo respeito ao educador. O simples despojamento de vestimentas e objetos pessoais constitui o oposto. A educação fortalece o sentimento de liberdade e espontaneidade do indivíduo, ao passo que a vida carcerária, como universo disciplinar, tem o caráter repressivo e padronizador. Não se pode incluir e excluir ao mesmo tempo. As relações sociais, travadas na subcultura carcerária, representam características típicas da sociedade capitalista, ou seja, são relações baseadas, essencialmente, no egoísmo e na violência legal, em que os indivíduos socialmente mais fracos são compelidos a papéis submissos e explorados. Por isso, antes de se querer modificar o excluído, no caso, o detento, deve-se pretender a mudança da sociedade que o exclui. Não é possível se falar em reeducação do delinqüente, sem antes se efetivar um projeto de reeducação da sociedade, que é preliminar à reeducação do prisioneiro (BARATTA, 1993, p. 18 apud TRINDADE, 2003, p. 33).

Historicamente a prisão, na ordem burguesa, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade social, e não para obter a reeducação do criminoso. A prisão é tão discriminatória dos estratos inferiores da sociedade quanto o sistema escolar, que impede a integração das classes subalternas. As camadas vulneráveis são

marginalizadas. Ergue-se um muro entre a sociedade e o detento, o que impede qualquer relação de solidariedade. Faz-se a divisão entre “bons” e “maus”. Por isso, o discurso ressocializador é uma utopia, uma vã pretensão de reintegração do detento ao meio social, quando se sabe que a pena de prisão mantém uma relação excludente com a própria sociedade, mesmo porque o sistema capitalista precisa da manutenção de zonas de marginalização, o que é dissonante com o ideário da ressocialização (BITENCOURT, 1990, p. 250-251 apud TRINDADE, 2003, p. 35).

O estigma provocado pelo cárcere afasta, por si só, qualquer possibilidade de ressocialização. O egresso cumpriu a pena, mas o sistema não acredita que ele esteja recuperado. Tanto que, sequer, o emprega. O ex-presidiário é sempre um homem marcado. Aboliu-se a marca visível, mas os sinais invisíveis não se apagam. A sociedade não tem por que confiar nele. Os amigos passam de largo, a filha é sempre a filha do criminoso; a esposa, se já não morreu de miséria ou não se prostituiu, está desacostumada aos seus carinhos, cede-lhe a custo o governo da família, ou espera dele mais do que ele poderia dar devido à pouca iniciativa perdida pelo tempo de prisão. Vigiam-lhe a casa, inquiram-lhe sobre seus hábitos, sobre seus passos, sobre suas relações de amizade, enfim, fazem-no crer que está mais adaptado ao cárcere do que à liberdade; por isto, não se deve admirar se fizer por onde lá retornar (LYRA, 1971, p. 111 apud TRINDADE, 2003, p. 53).

A pena acessória social é pior do que a pena privativa de liberdade, porque ultrapassa a pessoa do condenado e atinge seu mundo afetivo. Por ser vítima dos preconceitos da sociedade, ao tatuar-lhe a conduta, sempre, com uma pena acessória social, o ex-apanado não poderá, jamais, ser reintegrado ao mundo sócio-vivencial. As etiquetas sociais da condenação impedirão sua reintegração social e continuará, reincidentemente, a trilhar a senda da criminalização (TRINDADE, 2003, p. 54-55).

### **5.3 A Criminologia Crítica**

As teorias críticas surgiram na década de 60, do século XX, quando o pensamento criminológico deixa de referir-se ao crime e ao criminoso e passa a voltar sua base de reflexão para o sistema de controle social e suas conseqüências, e ao papel exercido pela vítima na relação delitual. No campo social e político, surgem as ações afirmativas, políticas e procedimentos obrigatórios, desenhados com o objetivo de

combater a discriminação no mercado de trabalho, para coibir práticas discriminatórias exercidas no passado por empregadores, em relação aos negros ou mulheres. O objetivo das ações afirmativas é tornar a igualdade de oportunidades uma realidade, através de um “nivelamento do campo”, tendo por objetivo prevenir a discriminação no mercado de trabalho (SHECAIRA, 2004, p. 271-286).

As teorias críticas, surgidas na década de 60 do século XX, foram denominadas mais tarde de teoria do *labeling approach*, ou teoria da rotulação social, ou etiquetagem, ou teoria interacionista ou da reação social, e constataram que a prisão, que é uma das formas mais graves de reprovação penal, também contribuía de alguma forma para a criminalização, por ser um processo estigmatizante para o condenado. A pena atua como geradora de desigualdades, criando uma reação dos círculos familiares, de amigos, de conhecidos, que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar; o condenado assimila, pois, as características rotuladas, o que faz com que se aproxime de pessoas também estigmatizadas e ingresse num círculo criminal que o conduz para a reincidência. Quando o grupo social decide que determinada pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, esta pessoa ficará sujeita a reações desagradáveis do grupo social que, normalmente, não seriam adotadas com qualquer outro do grupo. A rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais levam a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. Gera a chamada desviação secundária (reincidência). Para ser rotulado como criminoso, basta que cometa uma única ofensa criminal e isto passará a ser tudo que se tem de referência estigmatizante dessa pessoa. O agente que pratica um furto será rotulado como “ladrão”, passando a ser identificado como tal e as rotinas diárias farão com que ele busque a aproximação com os iguais, o que gera o início de uma carreira criminal; uma vez segregados, acabam se reunindo a pessoas que também estão à margem da sociedade, o que lhes dá oportunidade de trocarem habilidades, ensinamentos e comportamentos da carreira criminosa e, até mesmo, de provocar a uso dessas habilidades para reforçar o senso de alienação do resto da sociedade. A teoria da reação social faz distinção entre desviação primária e desviação secundária. Por desviação primária entende-se aquela advinda de uma grande variedade de fatores: social, cultural, econômico e racial, que atuam isoladamente ou em conjunto, conduzindo o agente para a criminalidade, dependendo também da sua estrutura psíquica. A desviação secundária refere-se a uma especial classe de pessoas, cujos problemas são criados pela reação social à desviação primária, que se refere à pessoa que já está estruturada em torno da desviação. É um mecanismo criado, mantido e intensificado pelo

estigma. Daí porque denominar-se de teoria do estigma, etiqueta ou rótulo. A personalidade do agente se referenciará no papel desviado, ainda que ele se defina como não desviado, porque, cada vez que é identificado por terceiros como desviado, passará a se identificar como tal. Surgirá uma espécie de subcultura delinqüente, facilitadora da imersão do agente em um processo em espiral que leva o desviante cada vez mais para a reincidência. As cerimônias degradantes a que é submetido na prisão; o despojamento de pertences pessoais, incluindo as roupas, documentos e dinheiro; o tratamento padrão: horários rígidos, atividades obrigatórias, humilhações, rebaixamentos, degradações pessoais; o fato de ser permanentemente vigiado pelo sistema pan-óptico ou por câmeras, conduzem-no para um processo gradativo de desculturamento e mortificação do eu e da auto-estima (SHECAIRA, 2004, p. 291-303).

Com isso, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. Um preso de bom comportamento não é um homem regenerado, mas sim, um homem prisonizado, que está condicionado pelas “regras da casa” (PIMENTEL, 1983, p. 158).

O preso (“institucionalizado” na expressão de Erving Goffman) carrega uma nova identidade, fruto do estigma da prisão, que será entronizada em sua vida pessoal, que o engaja numa espécie de negação da ordem social e o torna incapaz de usar as oportunidades disponíveis para o progresso de vários caminhos aprovados pela sociedade (GOFFMAN, 1988, p. 155).

As conseqüências disso serão, sempre, a acentuação da carreira criminal e a institucionalização do condenado, potencializando-se a recidiva (SHECAIRA, 2004, p. 306).

Shecaira (2004, p. 306-307) resume o modelo seqüencial dos atos do *labelling approach* da seguinte forma: delinqüência primária => resposta ritualizada e estigmatização => distância social e redução de oportunidades => surgimento de uma subcultura delinqüente com reflexo na auto-imagem => estigma decorrente da institucionalização => carreira criminal => delinqüência secundária.

Segundo Shecaira (2004, p. 307-308), a grande questão que surge é como romper o nexos seqüencial decorrente da desviação primária. Para eliminar a desviação primária, hipoteticamente, seria preciso eliminar todos os problemas sociais, culturais e psicológicos existentes na sociedade e nos indivíduos. Shecaira (2004, p. 307-308) formula algumas propostas: seria necessário eliminar as cerimônias degradantes de ingresso na prisão; garantir a não-divulgação da reação estatal, junto aos órgãos de imprensa; adotar

soluções informais e não institucionais, especialmente conciliatórias; não criar uma distância social que reduza as oportunidades para as pessoas que se envolvam com a justiça criminal; investir numa terapia social emancipadora que atue sobre o ego do acusado, permitindo-lhe uma reconsideração em seus mecanismos pessoais de autocrítica; buscar medidas alternativas à prisão; a eliminação de algumas figuras típicas, buscando um direito penal mínimo.

Shecaira (2004, p. 312-318) cita as mudanças legislativas, no plano da execução penal, que acolheram as idéias centrais do *labelling approach*: o sistema progressivo de cumprimento da pena em 1984, com posterior retrocesso, com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade, integralmente em regime fechado, o que foi corrigido com a edição da Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, que admitiu a progressão de regime para os crimes hediondos, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o condenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente; o alargamento do rol de penas alternativas à prisão, pela Lei n. 9.714/98; os direitos do preso, previstos nos artigos 40 a 43 da Lei de Execução Penal; a criação dos Conselhos da Comunidade; assistência social ao egresso; proibição de se fazer a identificação criminal quando a pessoa for civilmente identificado<sup>93</sup>; a definição das infrações de menor potencial ofensivo<sup>94</sup>, que criou um novo modelo de Justiça Criminal, fundada na simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade, devendo buscar a conciliação (composição civil) e a transação penal, que consiste na aplicação de pena não privativa de liberdade, além de exigir a representação para os crimes de lesões corporais culposa e dolosa leve e a criação do “sursis processual”, suspensão condicional do processo para crimes, com pena mínima igual ou inferior a um ano.

Na década de 70, do século XX, surgem nos Estados Unidos (universidade de Berkeley, Califórnia) e na Inglaterra (*National Deviance Conference*), as teorias radicais, também conhecidas como nova criminologia ou criminologia crítica (SHECAIRA, 2004, p. 327).

O grupo inglês<sup>95</sup> parte da premissa de que se deve buscar a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder, porque a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe,

---

<sup>93</sup> Artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

<sup>94</sup> Lei n. 9.099, de 26.09.95.

<sup>95</sup> Que compreende os autores dos livros *The new criminology: for a social theory of deviance*, de 1973 e *Critical criminology*, de 1975, que são Ian Taylor, Paul Watson e Jock Young.

assumindo compromisso com a transformação social, e não, uma mera moralização ou reabilitação pessoal que acaba por identificar crime com patologia e, nas formas mais liberais, propõe reformas de superfície, ou mais serviços sociais, tendentes a modificar as coisas para deixá-las como estão, de maneira preservacionista. Ancorada no pensamento marxista, sustenta ser o delito um fenômeno dependente do modo de produção capitalista. A lei penal nada mais é do que uma estrutura (também designada superestrutura) dependente do sistema de produção (infra-estrutura ou base econômica). O Direito, ao contrário do que afirmam os funcionalistas, não é uma ciência, mas sim, uma ideologia que só será entendida mediante uma análise sistêmica denominada método histórico-dialético. O homem não tem o livre-arbítrio, porque está submetido a um vetor econômico que lhe é insuperável e que acaba por produzir não só o crime, mas também a criminalidade, com as feições patrimoniais e econômicas que todos conhecem. Busca uma visão interdisciplinar associada à sociologia e com postura crítica ao Positivismo e às posições reformistas e correccionais da criminologia tradicional (SHECAIRA, 2004, p. 328-331).

Na Itália, avultam os nomes de D. Melossi, M. Pavarini, F. Bricola e A. Baratta, que ficam conhecidos como a “Escola de Bolonha”, que dentre outros objetivos tinha o de aprofundar e tentar individualizar uma criminologia de tipo marxista, colocando o fenômeno da criminalidade no interior de uma teoria do Estado e das instituições, além de expressar o desenvolvimento de uma política criminal alternativa, do movimento operário (ANIYAR DE CASTRO, 1981-1982, p. 144 apud SHECAIRA, 2004, p. 329).

Na Holanda, é criado o Instituto de Justiça Criminal, em Amsterdã, dirigido por H. Bianchi, que passa ser o centro da criminologia radical holandesa (SHECAIRA, 2004, p. 329).

Na França, a obra de Michel Foucault, “Vigiar e Punir”, concebida em 1975, revela-se convergente com os temas centrais da criminologia radical. Em Portugal, merece destaque a obra de Boaventura de Souza Santos, “A lei dos oprimidos”, de 1977; no Brasil, destacam-se Roberto Lyra Filho, *Criminologia dialética*, 1972 e Juarez Cirino dos Santos, *Criminologia Radical*, de 1981 (SHECAIRA, 2004, p. 330).

A criminologia crítica é a crítica final de todas as outras correntes criminológicas, fundamentalmente por recusar assumir o papel tecnocrático de gerenciador do sistema e por considerar o problema criminal insolúvel, dentro dos marcos de uma sociedade capitalista. Marx via o crime como uma contribuição para a estabilidade política, pela legitimação do monopólio do Estado sobre a violência, e como justificativa para o controle político legal das massas. Para os críticos, os atos são criminosos porque é do

interesse da classe dominante defini-los como tais. Para a criminologia tradicional, as pessoas são rotuladas de criminosos porque seu comportamento foi além dos limites de tolerância da consciência da comunidade, mas, para a criminologia crítica, as pessoas são rotuladas como criminosas, porque esta rotulação serve aos interesses da classe dominante, ou seja, as pessoas das classes mais baixas são rotuladas criminosas e as da burguesia não, porque o controle da burguesia sobre os meios de produção lhes dá o controle do Estado, assim como da aplicação da lei. A criminologia tradicional considera que as pessoas das classes mais baixas são mais propensas a ser presas porque cometem mais crimes, sendo o crime uma constante na sociedade. Para a criminologia crítica, o crime varia de sociedade para sociedade, de acordo com cada estrutura econômica e política. Para a criminologia tradicional, à medida em que a sociedade avança na divisão do trabalho, as leis penais serão menos importantes. Para a criminologia crítica, ao contrário, à medida que as sociedades capitalistas se industrializam, a divisão entre as classes sociais vai crescendo e as leis penais vão, progressivamente, tendo que ser aprovadas e aplicadas para manter uma estabilidade temporária, encobrendo confrontações violentas entre as classes sociais. Para a criminologia tradicional (funcionalista), tanto as sociedades socialista e capitalista terão a mesma quantidade de crimes, porque apresentam índices comparáveis de industrialização e burocratização. Para os críticos, na sociedade socialista, por haver menor conflito de classes, haverá menor quantidade de crimes. Para os funcionalistas, o crime faz as pessoas mais conscientes dos interesses que têm em comum o que estabelece um vínculo mais firme, que leva a uma maior solidariedade entre os membros da comunidade. Os críticos, por seu turno, acreditam que definir certas pessoas como criminosas permite um controle maior sobre o proletariado, e o crime orienta a hostilidade do oprimido para longe dos opressores e em direção à sua própria classe (SHECAIRA, 2004, p. 333-334).

A teoria crítica propõe uma ampla reflexão do próprio conceito de crime, já que aceitar a definição legal de crime é aceitar a ficção da neutralidade do direito e, sob a definição legal de crime, as soluções são primariamente destinadas a controlar as vítimas da exploração social (pobres, terceiro mundo, jovens, mulheres), que são canalizados através do sistema de justiça criminal. A solução para o crime, segundo uma definição radical de direitos humanos, seria a transformação revolucionária da sociedade e a eliminação dos sistemas de exploração econômica e política (PLATT, 1980, p. 126 apud SHECAIRA, 2004, p. 334-335).



Segundo Shecaira (2004, p. 335), a teoria crítica apresenta três correntes internas: o neo-realismo de esquerda; a teoria do direito penal mínimo e o pensamento abolicionista.

Em linhas gerais, o neo-realismo de esquerda propõe a redução do controle penal e a extensão a outras esferas, ou seja, quer que a criminologia se preocupe mais com certos fatos que atingem diretamente a classe trabalhadora como: roubos, violências sexuais, abusos contra crianças e adolescentes, atos de governo e grandes empresas. Propõe a busca de alternativas em relação à prisão para evitar a marginalização e a exclusão social dos autores dos delitos, mas defende a manutenção da prisão porque algumas pessoas, em liberdade, seriam perigosas à sociedade, sendo que a abolição da prisão seria um idealismo. Adota em grande parte a idéia da prevenção geral positiva, inicialmente criticada (SHECAIRA, 2004, p. 337-341).

Os minimalistas, que pretendem a redução do direito penal atual, pretendem repensar todo o sistema de exploração existente na sociedade capitalista e deixar de atribuir relevo aos pensamentos tradicionais da criminalidade de massa, ou criminalidade de rua<sup>96</sup>, para pensar uma “criminalidade dos oprimidos”: racismo, discriminação sexual, criminalidade de colarinho-branco, crimes ecológicos, belicismo e outros da mesma natureza. Busca-se uma política criminal de radicais transformações sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade e da democracia, com superação das relações sociais de produção capitalista. Propõem a descriminalização de certos comportamentos contra a moralidade pública, delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e, por outro lado, são defendidas intervenções mais agudas nas áreas em que se trabalha com interesses coletivos, como saúde, segurança do trabalho, ecologia, revendo a hierarquia dos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Propõem assegurar os direitos humanos fundamentais, através de princípios, destacando o caráter fragmentário do direito penal; a intervenção punitiva como *ultima ratio*; a reafirmação da natureza acessória do direito penal. Os minimalistas entendem que não há condições, a curto e médio prazo, para se implantar um programa abolicionista, mas é possível “asfaltar” o caminho para num futuro distante serem implantadas as metas abolicionistas (SHECAIRA, 2004, p. 341-344).

Para os abolicionistas, movimento que se organizou a partir do Congresso Mundial de Criminologia, realizado em Viena, no ano de 1973, o sistema penal só tem servido para legitimar e reproduzir uma instância seletiva e elitista, daí porque procuram

---

<sup>96</sup> Furto, roubo, etc.

desmistificar o papel das instituições penais<sup>97</sup>. Possui três matrizes ideológicas: a anarquista, a marxista e a liberal/cristã. Dentro da visão anarquista, a principal preocupação está na perda da liberdade e autonomia do indivíduo por obra do Estado, em que o sistema penal é visto como uma das instituições que colonizam o mundo vital do homem, impedindo sua felicidade plena. Tal visão reproduz a perspectiva idealista de abolir o próprio Estado. A visão marxista do abolicionismo entende o sistema penal como um instrumento repressor e um modo de ocultar os conflitos sociais, e somente o socialismo é que seria capaz de produzir mais justiça social e mais liberdade, porque as decisões sociais seriam tomadas coletivamente, o que permitiria a redução do controle social sobre a maioria. A visão liberal/cristã tem como base o conceito de solidariedade orgânica. A solidariedade entre as pessoas seria fundamental para a solução das “situações problemas” e a busca conjunta de uma solução, além de tornar o problema mais suportável, representa uma atividade libertadora e menos alienante, sendo desnecessária a dor imposta aos autores dos delitos, através da pena (SHECAIRA, 2004, p. 345-348).

Para os abolicionistas é a lei que cria o criminoso. O crime não existe, é criado. O que hoje é considerado crime, amanhã deixará de ser. Foi o que aconteceu com a caça às bruxas ou com o adultério. A cifra negra é altíssima, chegando em alguns casos a 90%. O sistema penal não cumpre as funções esperadas, não protege a vida, nem a propriedade, nem as relações sociais. Ao contrário, os delitos se multiplicam e se sofisticam. A pena não cumpre a função de prevenção geral esperada. Não há qualquer investigação empírica, demonstrando o efeito de dissuasão que poderia ter a lei penal, junto aos criminosos. O sistema punitivo é seletivo e estigmatizante, cria e reforça as desigualdades, porque o controle social formal é discriminatório. O estigma que pesa sobre o condenado faz com que ele acabe interagindo com o rótulo criminal, sendo impulsionado a viver e a comportar-se com a imagem que incorpora. O sistema penal é burocratizado, e cada instituição<sup>98</sup> desenvolve critérios próprios de ação, ideologias, culturas e subculturas, atuando como agências independentes, quando não inimigas. Assim, diluem-se as responsabilidades e ninguém se preocupa com o que acontecerá com o condenado e com a vítima do delito. A vítima não interessa ao sistema penal, ocupa um lugar secundário ou nenhum lugar, não se admite sua participação no processo, por ser “parte interessada” na sentença condenatória. No mais das vezes, a vítima pretende apenas a sua reparação civil e reencontrar a sua tranquilidade, espera encontrar na Justiça alguém que a escute com

---

<sup>97</sup> Magistratura, Ministério Público, Polícia, etc.

<sup>98</sup> Polícia, Ministério Público, Magistratura, Penitenciária, instituições de internação de delinquentes juvenis etc.

paciência e simpatia. O sistema penal continua sendo uma máquina que produz dor inútil ao condenado e à sua família. É estéril, porque não o transforma. É irracional, porque destrói e aniquila o condenado. A operação de controle do crime passou a ser limpa e higiênica; a dor e o sofrimento desapareceram dos livros de direito penal, tudo passou a ser muito natural e asséptico, a dor foi esquecida. A pena é ilegítima, especialmente a prisão. Só se poderia falar em pena quando existe “acordo entre as partes”. A prisão não reabilita o preso, os estudos demonstram que numa instituição total o condenado internaliza os valores do presídio, com efeitos devastadores sobre sua personalidade; a reincidência é alta e a capacidade de superação do delito anterior está muito mais ligada aos apoios sociais e familiares que ele tem no presídio do que propriamente em face da “ação” desencadeada pelo encarceramento, que não intimida o transgressor (HULSMAN, 1997, p. 52; MATHIENSEN, 1996, p. 263; CHRISTIE, 1984, p. 21 apud SHECAIRA, 2004, p. 348-354).

Segundo Thomas Mathiesen (1996, p. 180-181 apud SHECAIRA, 2004, p. 354-356), o cárcere desempenha cinco funções: a primeira delas é *depurativa*, ou seja, na sociedade pós-industrial, cujos conceitos de produtividade e eficiência são fundamentais, deve zelar para preservação desses “valores”; por isso deve desembaraçar-se dos indivíduos considerados improdutivos porque, em parte, sua existência cria ineficiência no sistema produtivo e, em parte, porque faz lembrar a incapacidade do sistema. Tal sociedade pode libertar-se da improdutividade de várias maneiras, mas a mais difundida é a internação: os anciãos vão para uma casa de repouso; os loucos são conduzidos para um hospital psiquiátrico; os alcoólatras e viciados são levados para clínicas especializadas; os ladrões e traficantes são destinados ao cárcere. Ergue-se uma muralha entre a sociedade produtiva e a aquela improdutiva que perpassa o muro real e simbólico dessas instituições. A segunda função do cárcere é *a redução da impotência*: para a sociedade produtiva, não basta colocar os “improdutivos” numa instituição fechada, também é preciso que não se ouça mais falar deles para que a depuração tenha bom êxito, devendo ser reduzido ao silêncio, ficando qualquer protesto isolado do resto do mundo, podendo ser sufocado, com muita facilidade. A terceira função do cárcere é *diversiva*. Inúmeros crimes são cometidos e alguns deles são praticados contra bens difusos, que prejudicam toda uma comunidade, devastação ambiental, exploração da mão-de-obra, práticas nocivas à saúde das pessoas, etc. e os autores destes atos é que seriam as pessoas perigosas socialmente, mas a pena privativa de liberdade destina-se aos autores de crimes contra a propriedade, delitos nem sempre relevantes para a comunidade como um todo. Sua função é a de chamar a atenção

para estes crimes, cujas penas são maiores do que aquelas previstas para os criminosos que praticam fatos que são realmente socialmente relevantes, fazendo com a sociedade não volte sua atenção para aquilo que é mais importante. A quarta função é *simbólica*. É com a entrada no cárcere que se inicia o processo de estigmatização. A detenção de poucos simboliza a infalibilidade de muitos. Não há um equivalente processo de desestigmatização, quando o preso sai da prisão. É um método bastante eficiente de fazer continuar delinqüente o delinqüente; de reduzi-lo à impotência. A quinta e última função do cárcere é *demonstrar a ação*, porque o encarceramento é o tipo de sanção com maior impacto e visibilidade na nossa sociedade; por isso a construção de presídios, a aprovação de leis mais duras é o meio que os políticos encontram para fazer ver a todos que alguma coisa está sendo feita a propósito da criminalidade e, em especial, para que se possa reafirmar “a lei e ordem” e nenhuma outra sanção cumpre tal objetivo, senão a prisão.

A partir da visão crítica, o processo criminalizador (criação dos tipos penais) deve ter por objetivo reduzir as desigualdades de classe e sociais; deve-se repensar toda a política criminalizadora do Estado, que deve assumir uma criminalização e penalização da criminalidade das classes sociais dominantes: criminalidade econômica e política (abuso de poder), práticas anti-sociais na área de segurança do trabalho, da saúde pública, do meio ambiente, da economia popular, do patrimônio coletivo estatal e contra o crime organizado. Para estes, deve-se maximizar a intervenção punitiva e, quanto à criminalidade das classes mais desprotegidas, deve haver uma minimização da intervenção punitiva, com descriminalização de certas condutas (blasfêmia, adultério, incesto, homossexualismo, sodomia, prostituição, aborto, mendicância, vadiagem, toxicomania, pequenos delitos patrimoniais etc), bem como a substituição das sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes (SHECAIRA, 2004, p. 357-360).

Hassemer (2005, p. 430-431) faz sua crítica aos abolicionistas dizendo que, enquanto estes esperam a salvação do controle do desvio, pela sociedade, e conferem ao Estado o papel de opressor, a cautela deve ser exatamente igual à otimista imagem do homem. Existe a repressão estatal e existem bons homens. Mas existem também experiências com homens, que lesionam e enganam uns aos outros, que se consideram melhores, mais fortes e mais inteligentes que os outros e extraem disso conseqüências hierarquizadoras, que são consideradas temerárias e deficientes em seu proveito; e existem experiências com sociedades ou grupos, que produzem um Estado repressivo e terrorista, que eliminam o indivíduo ou uma minoria que pratica ou também organiza lesões e opressões como forma natural. É preciso se proteger de ambos, nos limites da possibilidade

e da razão. E a proteção pode e deve ser feita pelo Estado. O Estado tem que proteger não só os bens jurídicos, que não seriam salvaguardados por outros, mas também ele tem que assegurar, no caso de conflito, os direitos afetados. Não há como alcançar estes fins sem o monopólio do poder juridicamente vinculado e instituído pelo Estado. À medida em que os abolicionistas querem abolir o Direito Penal em geral, eles se tornam perigosamente ingênuos. Isto se mostra desde logo, quando se observa o Direito Penal, no contexto do controle social, no qual ele está inserido. Com a norma, a sanção e o processo, o sistema jurídico-penal reflete processos e experiências que estão profundamente enraizadas na vida cotidiana e na cultura. Não se pode abolir o controle social. Não se pode querer ao mesmo tempo a socialização e a abolição do controle social. Não se deve querer um controle social de forma natural e desvinculado do Estado. Isto seria não o fim da persecução, da condenação e da punição, mas o fim da formalização. Não se pode esperar, neste mundo, que com a abolição do Direito Penal também deixará de existir o controle social, com suas normas, suas sanções, suas condenações e punições da vida cotidiana. A eliminação do Direito Penal, do sistema global de controle social, levaria a que outros âmbitos imediatamente cuidassem dos problemas de controle não-solucionados e, na verdade, não poderia representar exatamente a idéia de formalização: o que ocupasse o lugar do Direito Penal, no sistema de controle social, seria pior que o Direito Penal. A teoria e a política moderna do Direito Penal não seriam a abolição, mas a defesa e o aperfeiçoamento da idéia de formalização.

#### **5.4 A Justiça Restaurativa**

Em face dos efeitos perniciosos da prisão, já conhecidos e explanados, sobretudo nos infratores jovens, surgiu, no final dos anos 60, do Século XX, nos países anglo-saxônicos, movimentos de opinião favoráveis à busca de vias alternativas ao sistema legal, ou seja, instâncias não oficiais e mecanismos informais que pudessem resolver com eficácia e menor custo os conflitos, evitando o impacto estigmatizador da pena e a não-intervenção das instâncias oficiais de controle social, adotando-se fórmulas como a mediação, a conciliação e a reparação da vítima. Trata-se de um modelo integrador, que busca a solução conciliadora do conflito que o crime exterioriza, a reparação do dano causado à vítima e à comunidade e a pacificação das relações sociais. Procura contemplar

interesses, expectativas e exigências de todas as partes implicadas no problema criminal, com harmonia e ponderação. As soluções são informais, desinstitucionalizadas, comunitárias. Parte-se da convicção de que o crime é um conflito interpessoal e que sua solução efetiva, pacificadora, deve ser encontrada pelos próprios implicados no mesmo, “internamente”. Os sistemas e procedimentos de mediação, conciliação e reparação resgatam a dimensão interpessoal do crime, real, histórica e concreta, propondo uma solução (gestão) participativa desse conflito, flexível e comunicativa, ampliando o círculo de pessoas “legitimadas” para intervir nela. Tudo por meio de técnicas e procedimentos operacionais, informais (desinstitucionalização) em busca de uma Justiça que resolva o conflito, satisfaça a vítima e a comunidade, pacifique as relações sociais interpessoais e gerais e inclusive pacifique e melhore o clima social, sem vencedores nem vencidos, sem humilhar nem submeter o infrator, sem ameaçá-lo com as “iras” ou com o “peso” da lei, sem apelar à “força vitoriosa do direito”. É uma Justiça de base comunitária, que assume a realidade do crime, liberando-a de tradicionais conotações patológicas, solidariamente, em lugar de articular reações defensivas frente ao “inimigo comum” e que dá ensejo a saberes extrajurídicos e a operadores (mediadores), com o propósito de desenhar procedimentos de comunicação e interação ágeis, que facilitem as soluções dos conflitos. A superioridade do “modelo integrador” sobre o “processo” convencional parece evidente, porque persegue metas e objetivos mais exigentes, serve-se de bases flexíveis e informais e conta com custos sociais menores (PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2000, p. 433-439).

A Justiça restaurativa é uma nova maneira de abordar a Justiça Criminal. Enfoca a reparação dos danos causados às pessoas envolvidas no conflito criminal, ao invés de punir os transgressores. Busca-se determinar qual é a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão. A essência da justiça restaurativa é a resolução de problemas de forma colaborativa, confere oportunidade, para aqueles que foram prejudicados pelo infrator, de expressarem seus sentimentos, descreverem como foram afetados e desenvolver em um plano para reparar os danos ou evitar que o fato aconteça de novo. À medida que o infrator faz a reparação do dano deixa de ser visto como transgressor. Depende do engajamento cooperativo da comunidade. Trata-se de suprir as necessidades emocionais e materiais das vítimas e, ao mesmo tempo, fazer com que o infrator assuma responsabilidade por seus atos, mediante compromissos concretos. As principais partes interessadas são as vítimas e os transgressores e todos aqueles que têm uma relação emocional significativa com a uma vítima ou transgressor, como os pais, esposos, irmãos, amigos, professores ou colegas, que também são considerados

diretamente afetados. Eles constituem as comunidades de assistência a vítimas e transgressores. As partes secundárias são integradas pela sociedade, representada pelo Estado, pelos vizinhos, organizações religiosas, educacionais, sociais ou empresas, cujas áreas de responsabilidade incluem os lugares ou as pessoas afetadas cujo dano seja indireto e impessoal, esperando-se deles uma atitude de apoio aos processos restaurativos como um todo. Todas as partes interessadas, diretas e indiretas, desde que haja consenso, são chamadas a buscar, em conjunto, uma solução efetiva para o conflito, de modo a preencher suas necessidades emocionais. Os três grupos (vítimas e transgressores; comunidade de assistência a vítimas e transgressores e as partes secundárias) devem ter uma participação ativa e se engajar no processo de conciliação, em forma de conferências ou círculos. A justiça restaurativa não visa apenas reduzir a criminalidade, mas também diminuir o impacto dos crimes sobre os cidadãos e preencher as necessidades emocionais e de relacionamento, que é um ponto chave para se obter uma sociedade civil saudável (MCCOLD; WACHTEL, 2001 apud JESUS, 2005, p. 1-2).

A Justiça restaurativa baseia-se num procedimento de consenso. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, que acontece em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo; ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator (PINTO, 2007, p. 4).

A lei dos Juizados Especiais Criminais, ao prever a possibilidade de composição civil, entre autor do fato e vítima, acarreta a extinção da punibilidade do autor do fato e a possibilidade de transação penal entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, visando à aplicação imediata de pena alternativa; constitui forma restaurativa parcial que pode ser aperfeiçoada para a implantação da Justiça Restaurativa de forma plena (JESUS, 2005, p. 5).

No entanto, é importante assentar que o paradigma restaurativo vai além do procedimento judicial, porque o objetivo é resolver o conflito e resgatar a paz social, objetivos estes que somente serão alcançados com o envolvimento da comunidade.

A Justiça restaurativa representa uma forma de democracia participativa na área criminal, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O

processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo retributivo, em que o Estado figura, com seu monopólio penal exclusivo, como a encarnação de uma divindade vingativa, sempre pronta a retribuir o mal com outro mal (BERISTAIN, 2000, p. 184-189).

Segundo Pedro Scuro Neto (2000 apud PINTO, 2007, p. 5-6), para se fazer Justiça do ponto de vista restaurativo, é preciso dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando com participação ativa dos envolvidos (vítima, infrator, comunidade), na resolução dos problemas, nos quais os males sofridos são identificados e reparados, buscando transformar as atitudes das pessoas, ou seja, trabalha-se para restaurar, reconstituir, reconstruir, de forma que todos os envolvidos e afetados por um crime devam ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

A idéia é se voltar para o futuro e a para a restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. Os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. É importante lembrar que o processo restaurativo só terá lugar, quando o acusado houver assumido a autoria do crime e houver um consenso entre as partes sobre como os fatos aconteceram, sendo vital o livre consentimento, tanto da vítima como do infrator, que podem desistir do procedimento a qualquer momento (PINTO, 2007, p. 8-9).

A implantação da Justiça Restaurativa envolve gestão da administração da Justiça, com um serviço eficiente, com facilitadores realmente capacitados e responsáveis, com sensibilidade para conduzir seu trabalho, respeitando os princípios, valores e procedimentos do processo restaurativo, pois é garantia implícita dos participantes de um devido processo legal restaurativo. Acreditar na implantação da Justiça Restaurativa significa acreditar numa justiça criminal participativa, que opere real transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, com dignidade (PINTO, 2007, p. 21-24).



## CONCLUSÃO

Discorrer sobre a questão da igualdade material, da inclusão social, da erradicação da pobreza, da dignidade da pessoa humana é um trabalho que envolve ampla investigação. Inúmeras causas podem ser levantadas e algumas soluções apontadas. No presente trabalho, a pesquisa restringiu-se a apontar o Estado, especialmente quando atua na tutela penal, como co-responsável e coadjuvante no processo de produção das desigualdades materiais e sociais, do aumento da pobreza e da marginalização.

Para corrigir o efeito estigmatizante do Direito Penal, em especial quando se aplica a pena privativa de liberdade, que ainda é necessária e pode ser única pena capaz de atingir de forma igualitária um valor de igual importância para todos, que é a privação da liberdade, deve-se buscar a legitimação da pena privativa de liberdade, em face da sua necessidade para prevenir, de forma eficaz, a prática de certos atos criminosos. A legitimação da pena privativa de liberdade e do próprio direito penal passa necessariamente por mudanças efetivas, no cenário legislativo, em busca de um direito penal mínimo, baseado na teoria do bem-jurídico, na sua escala de valores; respeitando-se a proporcionalidade das penas e criando-se um sistema garantista, orientado pelos princípios constitucionais, que regem a atuação do Estado frente ao cidadão. Também deve haver mudança no posicionamento jurídico do Poder Judiciário, que deve repensar a questão da neutralidade e velar para que os princípios constitucionais sejam materializados e efetivados por todos os entes, que atuam na persecução penal, e a política criminal deve traçar metas que busquem a não estigmatização, a não violência, a pacificação, a tolerância, a diminuição das desigualdades sociais e a construção de uma ordem social justa e solidária.

A desigualdade social, a pobreza e a marginalização são problemas seculares e universais. As causas são naturais e sociais. O ser humano é naturalmente diferenciado em inteligência, habilidades, força física, vontade e ideais.

No mundo natural também é assim. Há uma constante e frenética luta pela vida e os mais fortes, inteligentes e habilidosos conseguem usufruir um maior espaço físico e gozam de supremacia, em relação aos demais seres vivos, que são literalmente devorados.

A águia é o símbolo da liberdade e da supremacia porque o seu território é vasto. Possui talento, vigor, tamanho, visão aguda e perspicácia. Reina absoluta no seu território.

O leão é o “rei da selva”, porque é valente, corajoso e dominador. É pomposo, forte e organiza uma sociedade patriarcal e poligâmica, onde ele é o reprodutor e as leas são as caçadoras e cuidam das crias e, na hora de comer, quem come primeiro é o leão.

O urso, por seu turno, é forte, majestoso, suporta invernos rigorosos, hiberna, come de tudo (onívoro), com muita habilidade e delicadeza.

O homem, por ser naturalmente mais fraco, menos majestoso, mais frágil, confinado à terra, incapaz de alçar vôo, de cobrir grandes territórios, evoluiu pela razão, pela comunicação e pela organização em grupos sociais (família, cidade, Estado).

O homem adota como símbolos aqueles animais que voam, que rugem, que dominam, que reinam absolutos nos seus grandes territórios. Oculta nos símbolos há uma ideologia de supremacia, dominação e competitividade por bens de consumo e territórios, o que impulsiona a atividade humana, ainda que de forma inconsciente.

Há uma busca pelo poder, pela glória, pela abundância, pela perpetuação da espécie, sem que se faça uma reflexão mais profunda sobre a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a tolerância.

Então é possível indagar: se o homem difere dos animais porque possui razão, capacidade de comunicação e organização em grupos, e se todos necessitam igualmente do ar, da liberdade, da terra, dos recursos naturais, para o pleno exercício da vida, então por que muitos continuam agindo como os animais, numa luta frenética pelo poder, por espaço, por abundância e perpetuação da espécie, ainda que isto implique sacrifício de vidas semelhantes?.

Jesus Cristo foi revolucionário, porque foi o primeiro homem a questionar esse comportamento animalesco com o uso exclusivo da razão. Fez milagres para despertar o sentimento humanitário; perdoou para despertar o sentimento de solidariedade; acolheu para despertar a fraternidade e demonstrou com gestos, palavras e parábolas que o conforto espiritual é melhor e superior ao conforto material. O poder decorre do respeito, da admiração, da bondade, mas não do uso da espada, da força, da dominação.

Se o homem é racional, diferindo substancialmente dos animais, então deve buscar a liberdade, o poder, a abundância, no plano espiritual, o que exige o exercício constante dos valores espirituais (a humanização, a solidariedade e a fraternidade).

A luta contra a desigualdade, a pobreza e a marginalização não dispensa o emprego destes valores, pelo contrário, tem sua base fundamental sobre eles.

A igualdade absoluta é impossível, conforme ensinamentos do professor Chaim Perelman, pronunciados em entrevista concedida por ele ao jornalista e catedrático

polonês, Dr. Wiktor Osiatynski, no verão de 1973 por ocasião do Congresso Filosófico Internacional realizado em Varna, na Bulgária, sendo sua entrevista publicada na revista polonesa *Kultura*, cujo tópico principal foi a questão da igualdade e a justiça. No início da entrevista, Perelman enfatizou que a igualdade e a justiça são valores que devem ser interpretados e esclarecidos, bem como criativamente exercitados na vida prática. Não se deve tratar as pessoas desigualmente, sem razões consideráveis, mas às vezes o tratamento favorável “compensatório” deve ser dado àquele que foi tratado injustamente pela vida, aos pobres e aos física ou socialmente deficientes. Aduz que a questão da igualdade emerge somente em algumas circunstâncias: quando as necessidades mínimas das pessoas não podem ser atendidas, não se fala em igualdade ou, quando há tanta abundância que todos são capazes de procurar o que desejam, por exemplo, em relação à distribuição do ar. A questão da igualdade é importante e urgente, quando há um número suficiente de bens, que são aptos para assegurar o mínimo necessário para cada um, mas ao mesmo tempo não é abundante, a ponto de satisfazer a todos pelo máximo. Portanto, é o mínimo que deve ser assegurado e não o máximo. O grau mínimo de igualdade que uma sociedade requer é aquele em que os menos favorecidos não devam estar desesperados a ponto de se rebelar; por outro lado, deve haver pelo menos desigualdade suficiente para que aqueles que são mais competentes, engenhosos e habilidosos não se sintam explorados, pois estes, por serem mais inteligentes e ativos, preferem se juntar a sociedades em que eles possam ser melhor recompensados. O problema mais difícil é manter um equilíbrio entre a igualdade e a desigualdade, entre a harmonia social e o empreendimento. Acrescenta ainda que o valor mais importante para uma sociedade é o valor que está faltando. Se as pessoas não possuem liberdade, então a liberdade se tornará o valor mais grandioso; quando estão sofrendo alguma exploração, então será a libertação dessa exploração, ou seja, o valor que está ausente causa os conflitos sociais (MANELI, 2004, p. 171,178).

Segundo Maneli (2004, p. 191-215) as sociedades modernas inventaram novas formas de escravidão espiritual, que são mais sutis e sofisticadas do que qualquer outra do passado e, conseqüentemente, torna-se difícil detectá-las, criticá-las, lutar contra elas e vencê-las. A luta pelo humanismo nunca acaba. Conclui que as características mais essenciais da visão humanista sobre a vida são: dar aos indivíduos a chance de desenvolverem seus talentos pessoais e seu potencial e de terem a oportunidade de ser criativos e felizes. E o ser humano, como produto da criação divina, tem como essência e valores a criatividade e a autodeterminação. Aduz que o humanismo é a base filosófica da Nova Retórica de Chaim Perelman e que tem como áreas específicas a justiça social e

individual, a liberdade contra a opressão, com oportunidade genuína de uma vida decente, além de tolerância e privacidade. Afirma que o pluralismo é o modo de vida dos povos civilizados, pois conforme o povo se torna cada vez mais civilizado, a atividade e o desenvolvimento dos indivíduos se torna mais diversificada.

Enfim, a construção de um Estado Democrático e Social de Direito exige a participação ativa de todos os órgãos do Estado e da própria sociedade civil, na busca de soluções viáveis para o problema da desigualdade social. A construção de uma sociedade justa, pacífica e solidária exige a intervenção do Estado para compensar a deficiência física-mental ou econômica de certas pessoas. As ações afirmativas do Estado, o respeito irrestrito à dignidade da pessoa humana e a preservação dos valores fundamentais constituem objetivos indispensáveis.

No campo do Direito Penal, deve-se adotar um direito penal mínimo, legitimado pela necessidade, pela lesividade do bem jurídico tutelado, pela proporcionalidade da pena, pela reeducação, pela busca de meios alternativos para solução dos conflitos, em especial a conciliação e a reparação da vítima, e pela efetivação das garantias constitucionais.

Ao Poder Judiciário está reservada uma missão da qual não se pode fugir ou “lavar as mãos”, que é o controle de constitucionalidade das leis penais, em face dos princípios constitucionais e da aplicação, com ponderação e humanização, das normas penais, a fim de que não acarretem, como consequência da condenação, o aumento das desigualdades sociais, da pobreza, da marginalização e da estigmatização, devendo exercer, ainda, um controle efetivo da administração na execução penal.

Exige-se do aplicador da lei a libertação das ideologias, dos preconceitos e das visões herméticas. Deve estar compromissado com a construção de uma ordem democrática social, justa e solidária, que depende da sua intervenção, de forma ponderada, racional e humana, para solucionar o conflito.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Direito penitenciário e direito do menor**. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, 1999.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Cristiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ANDRADE, Léo Rosa de. **Liberdade privada e ideologia**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec-Lei nº 28/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. In: **CICLO de Estudos de Direito Penal Econômico**. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Coimbra, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Conocimiento y ordem social: criminologia como legitimación y criminologia de la liberación: proposiciones para una criminologia latinoamericana como teoria crítica del control social. **Revista de Las Disciplinas Del Control Social**, [s. l.], n. 9-10, p. 144. 1981-1982.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática**. Campinas: Copola, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

\_\_\_\_\_, Marginalidade social e justiça. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. **Revista de Direito Penal – Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 21-22, p. 5-25, jan./jun., 1976.

BARBOSA GOMES, J. B. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Hemus, 1983.

BENTHAM, Jeremias. **As recompensas em matéria penal.** Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2007.

BERISTAIN, Antônio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia.** Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília, DF: UNB, 2000.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao direito.** 7. ed. São Paulo: Letras e Letras, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal.** Trad. Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra, 1974.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Ciências criminais no século XXI, v.7).

BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Editora Ave Maria, 2004.

BINDING, K. **Die Normen und ihre ubertretung. Eine Untersuchung über die Techtmassige Handling und die Arten des Delikts. Bd. I.** (Normen und Strafgesetze). 2. Aufl. Leipzig: Verlag Von Vilhelm Engelmann, 1890.

BIRNBAUM, J. Ueber das erfoderniss einer rechtsverletzung zum begriffe des verbrechens, mit besonderer rücksicht auf den begriff der ehrenkränkung. **Archiv des Criminalrechts**, n. 15, Neue Folge, p. 149 e ss.,1834.

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 662, p. 247-256, dez. 1990.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz Livraria e Editora, 2005.

BRANCHER, Leoberto. **Idade Penal: melhor ampliar do que reduzir**. 2007. Disponível em: <[http://www.justica21.org.br/j21/webcontrol/upl/bib\\_231.doc](http://www.justica21.org.br/j21/webcontrol/upl/bib_231.doc)>. Acesso em: 10 maio 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-1940, atualizado e acompanhado de Legislação Complementar**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 ago. 2006**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e da outras providências. **Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 7 abr. 1997**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm)>. Acesso em: 15 maio 2007.

BRASIL. Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII, do artigo 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 mar. 2007 – edição extra. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Lei Ordinária. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e da outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 dez. 1995. Disponível em: <https://legislacao.planalto.gov.br/legislacao/nsf/>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 jul. 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o sistema nacional de armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 02 out. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos Do Art. 5º, Inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.



BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o código de trânsito brasileiro. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2007.

BRICOLA, Franco. **Teoria generale del reato**: scritti di diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Milano: Giuffrè, 1997. v. 1. t 1.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral.. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t.1.

BUSSINGER, V. V. Fundamentos dos direitos humanos. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 53, p. 9-45, mar.1997.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Bogotá: Temis, 1986.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Edicamp, 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno Salo de Carvalho. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

OPRESSÃO: EUA têm maior população carcerária do mundo. Causa Operária, notícias on-line, São Paulo, 2006. Disponível em: <[http://www.pco.org.br/conoticias/internacional\\_2006\\_10dez\\_encarcerados.html](http://www.pco.org.br/conoticias/internacional_2006_10dez_encarcerados.html)>. Acesso em: 27 maio 2007.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2001 (Primeiros passos, v.13).

CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor**. México: FCE, 1984.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Roteiro de lógica jurídica**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRESPIGNY, Anthony. **Ideologias políticas**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília, DF: UNB, 1981.

CUNHA LUNA, Everardo. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DEWEY, John. **Philosophy and civilization**. Nova York: Minton, Batchand co, 1931.

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

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. Costituzione e política dei beni giuridici. **Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale**, [s. l.], v. 37, n. 2, p. 333-343. 1994.

\_\_\_\_\_. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. São Paulo: Brasiliense, 1989 (Primeiros passos, v. 229).

DOTTI, R. Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ELUF, L. N. **Crimes contra os costumes**. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1999.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR; José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto alegre: Livraria do advogado, 1997.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário básico da língua portuguesa: Folha/Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela penal do patrimônio cultural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 (Biblioteca de Direito Ambiental, v. 3).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FORSTHOFF, Ernest. **Problemas constitucionales do estado social em el estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral.** 11. ed. Revista por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind.** New York, [s. e.], 1949.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Malheiros, 1995.

GADAMER, Hans Georg. **Verdad y metodo I.** Salamanca: Ediciones Sigueme, 1994.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica como filosofia prática. In: \_\_\_\_\_. **La razón em la época de la ciência.** Bracelona: Alfa, 1981.

GALVÃO, Fernando. **Imputação objetiva.** 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOETHE, Johann Wolfgang Von. **Fausto.** Stuttgart: Alemã de Colta, Stuttgart, 1851. 2ª  
pte.

GOFFMAN, Erving. Estigma. **Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** 4.  
ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal.** São Paulo: Revista dos  
Tribunais, 2002 (Ciências criminais no século XXI, v. 5).

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.** Trad.  
Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007  
(Ciência do direito penal contemporânea, v. 10).

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Trad. da 2. ed.  
alemã, rev. e ampl. de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Buchbesprechungen:** Knut amelung: Rechtsgüterschutz und schutz der  
gesellschaft. Untersuchungen zum inhalt und anwendungsbereich eines strafrechtsprinzips  
auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur lehre, von der  
sozialschadlichkeit des verbrechens. Zstw 87, 1975.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOBBS, T. *Leviatano*. Firenze: La Nuova Italia, 1976.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago de Chile: Conosur, 1992.

HULSMAN, Louk.; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

JÄGER, H. **Strafgesetzgebung und rechtsgüterschutz bei sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische untersuchung**. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957.

JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal**: parte general. Trad. Esp. Joachin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad. José Luis Manzanares Samiego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. Justiça restaurativa no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 819, 30 set. 2005. disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7359>>. Acesso em: 10 mai. 2007.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos de la doctrina del derecho**. México: UNAN, 1978.

KARGL, Walter. **Proteccion de bienes jurídicos mediante proteccion del derecho – sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, dano y pena**. Trad. Ramon Ragués y Valles. Granada: Comares, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Barcelona: Editorial Labor, 1934.

KLUG, Ulrich. Para una crítica de la filosofía penal de Kant e Hegel. Trad. Enrique Bacigalupo. In: \_\_\_\_\_. **Libro homenaje al professor Jimenez de Asúa**. Buenos Aires: Ed. Pennedille, 1970.

LAMPE, H-J. **Rechtsgut, bultureler wert und individuelles bedurfnis**. Welzel Fs, Berlin: Walter de Gruyter, 1974.

LESBAUPIN, I. **As classes populares e os direitos humanos**. Petrópolis: Vozes, 1984.

LIMONGI, Celso Luiz. Atos e comunicados da presidência. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. Poder Judiciário, de 10 de jan. 2007.

LISZT, Franz Von. **Der begriff des rechtsgutes im strafrecht und in der encyclopädie der rechtswissenschaft**. ZStW 8, 1888.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.3.

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

LYRA, Roberto. **Novo direito penal**. Rio de Janeiro. Borsoi, 1971. v. 1.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2005 (Primeiros passos, v. 62).

MACEDO, Ubiratan Borges de. Ideologia no mundo contemporâneo. **Nomos**, Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 93-115, 1986.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. São Paulo: Ed. UNESP, 2005.

\_\_\_\_\_. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas: movimentos e regimes**. Trad. Luiz Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília, DF: UNB, 1982.

MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman:** filosofia e metodologia para o Século XXI. Barueri: Manole, 2004.

MARQUES, João Benedito de Azevedo (Org.). **Reflexões sobre a pena de morte.** São Paulo: Cortez, 1993.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito:** conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

MATHIENSEN, Thomas. **A caminho do Século XXI:** abolição de um sonho impossível? conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Do direito social aos interesses transindividuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teria general del delito.** Bogotá: Editorial Temis, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal y control social.** Espanha: Fundação Universitária de Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. In: PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e a Constituição**. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **La resocialización del delincuente: análisis y crítica de um mito**. C.P.C 7. Madrid, 1979.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millenium, 2006.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Questão penitenciária: uma questão social. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 6 jun. de 2005. Tendências/Debates, p. A3.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_. Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione. In: \_\_\_\_\_. **Studi in memória di Pietro Nuvolone**. Milano: A. Giuffré, 1991. v. 1.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa: é possível no Brasil?**. 2007. Disponível em: <[http://www.idcb.org.br/documentos/artigos3001/art\\_justicarestau.doc](http://www.idcb.org.br/documentos/artigos3001/art_justicarestau.doc)>. Acesso em: 10 maio 2007.

PLATT, Tony. **Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA: criminologia crítica**. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tacredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

POLAINO NAVARRETE, M. **El bien jurídico em el derecho penal**. Sevilha: Public de la Universidad, 1974.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e a Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



PUIG, Santiago Mir. **Funcion de la pena y teoria del delito em el estado social y democrático de derecho**. Barcelona, [s. e.], 1982.

\_\_\_\_\_. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: IBdeF, 2003.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Barcelona, [s. e.], 1998.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMALHO, José Ricardo. **Mundo do crime**. São Paulo. IBCCRIM, 2002.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Vega, 1993.

\_\_\_\_\_. **Strafrecht at. bd I. Graundlagen aufbau der berbrechens lehre**. 3. Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 1997.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. In: \_\_\_\_\_. **Festschrift für Richard M. Honig**. Göttingen: Verlag, 1970.

\_\_\_\_\_. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. **Nuevo Pensamiento Penal**, [s. e.], ano 4, n. 5, p. 340-345, 1975.

SALDANÑA, Quintiliano. **Nova criminologia**. Trad. Alfredo Ulson e V. de Alcântara Carreira. Campinas: Russell, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Ciências criminais no século XXI, v.11).

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Curitiba: ICPC: Lúmen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Trad. Juan Del Rosa y Cerezo Mir. Barcelona: Bosch, 1956.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCURO NETO, Pedro. **A justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação**. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/rj3/full-text-brazil/fjrenato%20Nest.pdf>. 2000>. Acesso em 10 de mar. 2005.

SERRA, Antônio A.; PEREIRA, Cristina Rauter. **A psiquiatria como discurso político e os carreiristas da indisciplina**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Teoria da Pena. **Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel. **A indústria da prisão**. Disponível em: <<http://www.juspuniendi.net>>. Acesso em: 07 maio 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

\_\_\_\_\_. O estado democrático de direito. **Revista PGE**, São Paulo, [s. l.], p. 61-74. 1988.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de Souza. **Bem jurídico-penal e engenharia humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Quem são os criminosos?: o crime e o criminoso: entes políticos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

VALLE, Gabriel. **Ética e direito**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WACHTEL, T.; MCCOLD, T. Restorative justice in everyday life: Beyond the formal ritual. In: STRANG, H; BRAITHWAILE, J. **Restorative justice and civil societ**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal alemán**. Trad. Bustos Ramirez e Yanez Pérez. Santiago: Jurídica do Chile, 1970.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1982.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)