

VALDOMIRO VIEIRA

**PRAGMATISMO SOCIAL, DOGMÁTICA PENAL E A PROPORCIONALIDADE DO
PRINCÍPIO DA HUMANIDADE.**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

VALDOMIRO VIEIRA

PRAGMATISMO SOCIAL, DOGMÁTICA PENAL E A PROPORCIONALIDADE DO
PRINCÍPIO DA HUMANIDADE.

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito das Relações Sociais no Programa Interinstitucional com a Faculdade de
Direito do Sul de Minas pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof.

Prof.

Prof.

Curitiba, ___ de _____ de 2006

VALDOMIRO VIEIRA

**PRAGMATISMO SOCIAL, DOGMÁTICA PENAL E A PROPORCIONALIDADE
DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE.**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais no Programa Interinstitucional com a Faculdade de Direito do Sul de Minas, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Alberto Machado e co-orientação do Professor Doutor Ivan Guérios Curi.

CURITIBA

2006

Á Professora Maria Andréa de Machado e Bustamante Vieira, colega de Magistério, de Escritório e de Mestrado. Companheira em todos os momentos, com quem compartilho o significado de nossa existência, nossos filhos: Mayara e João André, a quem dedicamos tudo, em todos os momentos...

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Luiz Alberto Machado, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná; ícone e orientador de tantos Mestres e Doutores, que hoje disseminam pensamento crítico do direito penal, que disponibilizou tempo e atenção a este cascabulho das Minas Gerais.

Ao Professor Doutor Ivan Guérios Curi, pela paciência e dedicação na co-orientação e pelos ensinamentos nas aulas ministradas em Pouso Alegre – MG, sua postura vocacionada à filosofia, ao Direito e a docência, aliados à sua sensibilidade e amizade, estabeleceu um marco na história da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Ao Professor Dr. Carlos Abel Guersoni Rezende, Diretor da Faculdade de Direito do Sul de Minas, pela oportunidade conferida a todos nós.

À Shirlei Maria Machado Castro pelo apoio incomensurável, que durante o cumprimento dos créditos, das viagens e elaboração da dissertação, foi irrendível guardião dos bastidores do escritório e da família.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, especialmente aqueles ministraram aulas no Minter em Pouso Alegre, estaremos sempre iluminados pelo pálio constelar de tão elevados conhecimentos aqui deixados como realidade germinal.

A Deus, por tudo, e por todos!

"A pena não serve unicamente para prevenir os *injustos crimes*, mas também para prevenir os *injustos castigos*".

Luigi Ferrajoli

"Não pode surpreender que, para pequenas infrações penais, este homem solitário, sentado diante do vídeo, com ou sem pulseira eletrônica, esteja submetido a uma pena adequada"

Nilo Batista

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
Capítulo I	
1. ESTADO, SOCIEDADE E PUNIÇÃO	6
1.1. Estado Democrático de Direito e Sistema Penal.....	6
1.2. Clamor social e regulação penal.....	12
1.3 Dignidade da pessoa humana.....	19
1.4. Princípio da humanidade.....	25
1.5. Referencial para a interpretação do princípio da humanidade.....	31
Capítulo II	
2. DOGMÁTICA PENAL	44
2.1. Dogmática penal em face do princípio da humanidade.....	52
2.2. Dogmática do inimigo.....	56
Capítulo III	
3. SOCIEDADE PUNITIVA	61
3.1. Descriminalização: um caminho para humanização.....	66
3.2. O “moderno” espaço público.....	80
Capítulo IV	
4. PROFILAXIA DA (IN) SEGURANÇA PELO PODER	85
4.1. O conteúdo desumano das normas aflitivas.....	89
4.2. A proporcionalidade do princípio da humanidade.....	94

CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117

RESUMO

O direito criminal é instado nos dias atuais como fonte das respostas à crise da justiça no tocante aos altos índices de violência que geram o descontentamento com o funcionamento do sistema punitivo. O inconformismo se dá em diferentes níveis, é motivado por vários fatores e tem na mídia seu condutor pragmático que amplia as manifestações populares, ultradimensionando os conflitos sociais que se levantam contra a ordem das leis penais. Ignorando vícios de inconstitucionalidades, vários projetos de leis baseados em senso comum, são cobrados ou “oferecidos” pelos legisladores visando aumento e recrudescimento de penas, bem como forma de execução, em detrimento do princípio humanitário enfatizado na Constituição Federal. As normas que expressam o princípio humanitário estão contidas no art. 1º, inc. III, ou seja, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, além do preceito do art. 4º, incs. II e IX, os princípios da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade que devem reger as relações internacionais da República brasileira. Ainda podemos encontrá-las no capítulo dos direitos e garantias individuais, nos incisos do artigo 5º da CR, que expressam o princípio da humanidade. Ainda que, formalmente, o princípio da humanidade venha sendo respeitado pelo poder criminalizante, é necessária uma interligação com a experiência jurídica para que, efetivamente, nenhuma pena possa afrontar a dignidade da pessoa humana. O direito penal positivado não pode recepcionar sanções, ainda que não sejam explicitamente vedadas, que afetem a dignidade do homem em nome da pacificação social. A proposta da presente investigação é sinalizar no sentido do resgate do papel do princípio humanitário, como balizador entre os discursos abolicionistas e as teorias maximizantes.

Palavras-Chaves: Sociedade - princípio da humanidade – penas - sistema punitivo.

ABSTRACT

Criminal law is seen today as a source of answers to the crisis of justice in regard to the high rates of violence that the dissatisfaction with the functioning of the penal system has brought about. The current discontent takes place on varying levels and is motivated by many factors, with the media being the pragmatic driving force that seems to increase the population's concern with the problem and to heighten the social conflicts that are currently raised against today's penal laws. Ignoring dictates contained in the Federal Constitution, numerous legislative bills based on common sense are demanded or "offered" by legislators to increase the severity, length and number of prison sentences, in detriment to the principles contained in the Constitution. Humanitarian principles can be found in Article 1, Section III of the Constitution, which treats of the dignity of the human person as a basic tenet of Democratic Regimes. They are also present in Article 4, Sections II and IX, with the precepts of the prevalence of human rights and cooperation among peoples for the advance of mankind that must govern the international relationships of the Brazilian Republic. We can also find such principles in the Chapter on Individual Rights and Guarantees, in the subsections of Article 5 of the CR, which express the principle of humanity. Although this principle has been formally respected by the criminal courts, there is need for interconnections with legal experience, in order to guarantee that no penalty offends the dignity of the human person. Positive penal law cannot accept sanctions that affect the dignity of man in the name of social peace, even if such sanctions are not specifically prohibited. The objective of the present study is to insist on the role of the humanitarian principle as a reference involving abolitionist discourse and maximizing theories.

Key-words: Society - humanitarian principles – penalty - penal system.

INTRODUÇÃO

A avaliação crítica das novas tendências político-criminais na sociedade atual acena para a necessidade de identificação dos fatores de transformação da própria sociedade contemporânea e dos desafios introduzidos pela globalização.

As mudanças de concepções de tempo e espaço, aliadas a um crescente processo de destruição criadora dissemina na sociedade uma visão de mundo excessivamente mercantilizada e condicionada por um cálculo utilitarista que monetariza todas as esferas da vida. A ordem legal deixa de ser a “regra do jogo”, definida *a priori*, passando a modificar a dinâmica dos conflitos socioeconômicos¹.

Surgem reclamos sociais precipitados, potencializados pelos meios de comunicação que colocam em alerta os mecanismos de controle social, entre eles o direito penal.

O sistema penal, segundo Marta Rodrigues de Assis MACHADO, está em crise² e as alternativas dogmático-penais tendem a se distanciar dos princípios de estruturação das instituições penais, em resposta aos anseios sociais plugados nos novos fatores de riscos ambientais, tecnológicos, atômicos, genéticos, econômicos.

Entre os princípios, está o da humanidade, agasalhador da dignidade da pessoa humana e mediador entre as teorias abolicionistas e maximizantes, que serão abordados nos limites propostos na dissertação.

¹ José Eduardo Faria *in* prefácio MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal, uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005

² “Nesse cenário, diz a autora, o modelo de direito penal até agora prevalecente, fechado, pautado pela vocação garantista e basicamente voltado à proteção de bens jurídicos individuais, revela-se funcionalmente exaurido, incapaz de atender aos crescentes anseios e expectativas sociais de proteção em face dos riscos globais. Decorrem daí a importância, o alcance e a atualidade de sua tentativa de identificar as novas tendências de política criminal. Longe de se limitar à definição novos tipos de conduta penalmente relevantes ou a ampliar o rigor punitivo-repressivo de comportamentos já tipificados como criminosos, essas tendências sinalizam novas racionalidades de imputação, conceitos, categorias e tipos jurídicos mais plásticos, regras mais flexíveis de causalidade e imputação de responsabilidades e uma ênfase à proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais”.

Analisar-se-á na pesquisa que, segundo Thomas MATHIESEN, em nível mundial, há duas tendências significativas e complementares: a primeira, que reside na incorporação na órbita da política criminal de novos padrões de conduta, ou criminalização mais rigorosa dos já existentes; e a segunda, que consiste no enrijecimento da legislação ou das práticas condenatórias.³

Tais fatores têm sido impulsionados por um “querer coletivo” pautado em uma incidência cultural manejável, conduzível, que produz um direito penal sancionador e superfaturado, que só tem gerado cada vez mais violência. No Brasil, a produção normativa dos anos 90 denuncia a incidência das tendências acima referidas; a Lei dos crimes hediondos é uma marca desta falência normativa.

Pretende-se demonstrar que o distanciamento dos princípios estruturais do direito penal tem-no transformado em instrumento de segurança pública, o que ele não é.

Segurança pública e prevenção são efeitos, subprodutos e não a matriz do direito penal, que deveria ser “a” - temporal e “a”- espacial. O que tende a perder-se no tempo não deve estar no direito penal.

Os objetivos do presente trabalho são acenar que a variação do grau de ilicitude de uma conduta não se legitima, pautado num pragmatismo social e a releitura do princípio da humanidade que requer a constitucionalização do direito penal o qual trabalha com liberdade e dignidade. A Constituição é uma carta de liberdades. Liberdade e dignidade são direitos do homem e não do cidadão. Uma dogmática ameaçadora e seletiva causa mais males que os causados pelos crimes.

³ MATHIESEN, Thomas. Ob. Cit., p. 45-46

O princípio da humanidade, densificado,⁴ não se limita na vedação de enunciação das penas de morte, cruéis e degradantes, mas condiciona toda qualquer intervenção na liberdade e na dignidade, é a porta de entrada para a humanização e constitucionalização do direito penal. A reinterpretação do princípio da humanidade coloca-o como guardião na criminalização primária e secundária⁵.

A dogmática penal, desprovida dos fundamentos humanitários, visa satisfazer o instinto punitivo da sociedade, não está preocupada com a proteção do bem jurídico, e sim, com o sistema; assim, o poder utiliza o direito penal para ser legítimo. Segundo ZAFFARONI⁶, mesmo que uma pena não seja cruel em abstrato, o que acontece na maioria dos casos, pode, porém, tornar-se cruel em concreto diante de certa pessoa ou de certas circunstâncias particulares.

A pretensão do trabalho é cruzar posicionamentos de um direito penal liberal, democrático na visão, entre outros, de Claus ROXIN, Juarez CIRINO dos Santos, Eugenio Raul ZAFFARONI, Raúl CERVINI e na dos defensores da criminalização do risco, do perigo, em defesa e proteção do sistema, capitaneadas pela criminalização da miséria, que caracteriza a pena, apenas e tão somente como fator de exclusão..

A pesquisa foi dividida em quatro capítulos: o *primeiro capítulo*, na sua etapa inicial, destinar-se-á a problematizar os limites de alcance do princípio da humanidade e, com base em aportes teóricos, acenar que qualquer conseqüência inapagável trazida pela pena viola o princípio em estudo e que, pela natureza de sua missão, todas as relações

⁴ Preencher com o máximo de significado. Dar o máximo de produção dos efeitos ao conteúdo das normas.

⁵ Criminalização primária é o ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Secundária é ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente.

⁶ E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. **Direito penal brasileiro, primeiro volume, teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

humanas reguladas pelo direito penal devem ser presididas pelo princípio da humanidade.

A etapa subsequente do primeiro capítulo, com base nas lições de Luís Roberto BARROSO, Clèmerson Merlin CLÈVE, Ingo Wolfgang SARLET, RIZZATO Nunes e Ana Paula de BARCELLOS propõe-se a acenar para o referencial da interpretação e alcance dos princípios constitucionais, evidenciando o princípio da humanidade.

A partir desta etapa do estudo, o enfoque direciona-se à legitimidade de um sistema penal num estado democrático de direito. Objetiva-se, ainda neste momento, longe de exaurir o tema, demonstrar que a regulação penal que se distancia do princípio humanitário, em atendimento ao clamor social, potencializa e universaliza as condições de riscos e incertezas e que a garantia da constituição não se faz com a destruição dela mesma.

O *segundo capítulo* discorre sobre a dogmática penal e poder punitivo, penas e garantias; para tanto, serão resgatados os ensinamentos de Vera Regina Pereira de ANDRADE, Salo de CARVALHO, Amilton Bueno de CARVALHO e Marta Rodrigues de Assis MACHADO. Abordar-se-ão os indicativos da sociedade do risco e do direito penal do inimigo.

O *terceiro capítulo* ocupar-se-á da investigação do tratamento do princípio da humanidade nas conversações abolicionistas e minimalistas.

No *quarto capítulo*, dedicar-se-á à análise dos princípios constitucionais em matéria penal, confrontando-os com alguns conteúdos aflitivos presentes no Código Penal e em Leis Penais Especiais, assim como serão problematizados os efeitos da Lei dos Crimes Hediondos e do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) implantado pela Lei

10.792/2003. Aqui, valer-se-á das pesquisas de Loic WACQUANT.⁷ Finalizando a pesquisa, resgatar-se-á a análise de Gerg RUSCHE e Otto KIRCHHEIMER sobre punição e estrutura social.

⁷ Professor na Universidade de Califórnia-Berkeley e pesquisador no Centro de Sociologia Européia do Collège de France, autor de vários trabalhos sobre desigualdade urbana, violência e corpo, dominação racial e teoria sociológica.

CAPÍTULO I

1. ESTADO, SOCIEDADE E PUNIÇÃO.

1.1. Estado Democrático de Direito e Direito Penal.

O Estado Democrático de Direito deve condicionar toda a estrutura penal. Os direitos fundamentais da pessoa humana constituem-se na fonte permanente para a elaboração do conteúdo da norma penal que por sua vez deve respeitar, mormente, a dignidade do cidadão.⁸

Jiménez de ASÚA, contestado pelo italiano PALAZZO⁹, afirma que toda nova Constituição requer um novo Código Penal¹⁰. Entre nós, a Constituição da República de 1988 consagrou princípios norteadores para o Direito Penal, acenando, ainda que timidamente, para a necessidade do debate sobre o que se deve punir, a quem se deve punir e como aplicar esta punição.

⁸SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

⁹PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Fabris Editor, 1989.

¹⁰ Sérgio Salomão Shecaira e lança reforça os argumentos de Asúa fazendo um breve histórico da política brasileira: “Em 1824 foi outorgada por D. Pedro I a primeira Constituição do País, que resultou de um conturbado processo de lutas e reivindicações populares cujo ápice foi a Independência brasileira em relação à Coroa portuguesa, em 7.9.1822. Apenas seis anos após a promulgação da Constituição, surgiu o Código Criminal de 1830 que, ademais, já havia sido expressamente previsto no texto constitucional. Em 15.11.1889, o Marechal Deodoro da Fonseca proclamava a República do Brasil, em meio a um movimento elitizado e apoiado pela classe dominante em ascensão, além de comerciantes, militares e profissionais liberais da classe média. A consequência direta do movimento republicano foi a promulgação da Constituição em 1891, que foi precedida pelo novo Código Penal de 1890. Em outubro de 1930, com a deposição do Presidente Washington Luiz, tem início uma revolução política liderada por Getúlio Vargas que, em 1934, com o Congresso nas mãos, promulga a nova Carta Política. A normalidade, no entanto, não impera sobre a agitação que se sucede no governo constitucional de Vargas e, em 1937, é anunciada a implantação do Estado Novo. Destarte, mais uma Constituição foi outorgada ao povo brasileiro, que dentro de três anos assistiu a publicação do Estatuto Penal de 1940, nos moldes da ditadura nacionalista do Estado brasileiro. Como se percebe, nem sempre uma Constituição precede cronologicamente à lei penal. Não necessariamente. O que se quis demonstrar é que o interesse do Estado em punir determinadas condutas, varia de acordo com os interesses políticos predominantes. Portanto, não será incorreto afirmar, parafrazeando Jiménez de Asúa, que toda nova Constituição requer um novo Código Penal, máxime se aferirmos a *occasio legis* em que foi publicada a Lei 7.209/84, nitidamente influenciada pela abertura política do governo militar que perdurou até 1985. Não se pode olvidar ainda, que o texto constitucional vigente a partir de 1988, abriu caminho para as necessárias revisões.”

O sistema de penas da Lei 7.209, bem como sua forma de execução, Lei 7.210, ambas de 1984, devem manter uma correlação não apenas formal com o texto constitucional.

A análise, ainda que superficial da evolução histórica do nosso direito penal, nos dá conta, da necessária adequação do direito penal aos mandamentos constitucionais, o que, se percebe, nos dias atuais, um certo distanciamento.¹¹

Sem pretensões de aprofundamento das tradições e transições constitucionais, pretendem-se demonstrar que faltou, no decorrer da história brasileira, uma mais íntima e necessária relação com a legislação penal e as Constituições que se sucederam, com suas filosofias, princípios e valores.

Já em 1824, a primeira Constituição brasileira previa a criação de um Código Criminal, e declarava expressamente o fim dos suplícios e das penas infamantes. O artigo 179, parágrafo 19, rezava: “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis.”¹² Ainda sob os reflexos da carta de 1824, como lembra Nilo BATISTA¹³, foi promulgado e publicado o Código Criminal do Império, em 16 de dezembro de 1830, que reduzia o número de delitos punidos com morte de 70 para 3: a insurreição de escravos, homicídio com agravante e latrocínio.

O elenco de penas desumanas continuava expressivo, porém, sua mitigação já anunciava sinais de evolução; assim, com a Proclamação da República e sua

¹¹ Sobre o tema, o excelente trabalho de Nilo Batista. BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. pág.20

¹³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 4. ed., 1999, p. 45

Constituição foram abolidas as penas de galés¹⁴ e de banimento judicial¹⁵; aboliu-se, também, a pena de morte. Neste sentido, salienta Márcia Dometila Lima de Carvalho:

Destarte, a Constituição Republicana nasceu prometendo organizar um regime livre e democrático e, entre outras façanhas, derrubou os privilégios da nobreza hereditária, decretou a laicização do ensino público, introduziu novidades na declaração de direitos. Ao sabor do liberalismo em voga, aboliu a pena de morte e, solidificando o Estado de Direito estabelecido pelo regime republicano, declarou, no seu artigo 78, que a especificação das garantias e direitos, expressos nela, não excluiria outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo estabelecida e dos princípios consignados.¹⁶

A travessia do modelo político imperial para o republicano acarretou uma reestruturação no Direito Penal vigente.

Neste momento, concomitante à abolição da escravatura, bem como com deslocamento do modelo de produção não-servil, caminhando para os primeiros passos da industrialização fabril, fenômenos que também refletiram no sistema punitivo brasileiro, passa a vigorar no Brasil o Código Penal da República, trazendo importantes inovações, de inspiração liberal, como a consagração do princípio da legalidade, a disciplina dos crimes culposos, a aplicação da pena de multa, o fim da pena de morte e dos açoites, enfim, um início de humanização das penas,¹⁷ não obstante os graves defeitos técnicos apresentados que dificultavam sua aplicação.

¹⁴ Sujeitava o réu a andar com uma corrente nos pés, juntos ou separados, e a empregarem-se em trabalhos públicos, ficando à disposição do governo provinciano.

¹⁵ Segundo Cernicchiaro, o banimento era definido pelo Código Criminal do Império com privação perpétua dos direitos dos cidadãos e de habitação em território nacional. O degredo obrigava o condenado a morar em lugar definido na sentença, lá ficando também por tempo determinado. O desterro obrigava o réu a sair das cercanias do local do crime, de sua residência e da residência do ofendido. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

¹⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

¹⁷ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.pág. 67.

Em razão das dificuldades de aplicação do Código Republicano, surge uma infinidade de leis penais esparsas, dando origem à Consolidação das Leis Penais por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932.¹⁸

A Constituição de 1934 surge, em parte, decorrente dos efeitos de um liberalismo econômico inadequado às conseqüências da guerra mundial (1914-1918) e, em parte, das dificuldades resultantes de uma crise econômica mundial, visível a partir de 1929, e das primeiras manifestações da questão social brasileira, com reivindicações operárias, sindicais e do partido comunista, o qual se firmava à época.¹⁹ Assevera Nelson Werneck SODRÉ:

Antes, havia burgueses isolados, como indivíduos, ilhados pelo predomínio absoluto do latifúndio e numa sociedade em que eram minoria reduzida. Agora, já se delineia a burguesia como classe. Essa base social apresentou-se como fermento ideal para a proliferação e implementação das idéias do iluminismo, emergindo, a ideologia do igualitarismo jurídico formal, o direito de igualdade entre os trabalhadores, ainda refletindo as lutas pela libertação dos escravos.²⁰

A Carta de 1934 destaca, no seu preâmbulo, como objetivo, o regime democrático, assim como o bem estar econômico e social, ao lado da liberdade e da justiça, constituindo-se, assim, num marco dos direitos sociais no Brasil, estabelecendo condições para materializar os direitos meramente formais. Durou pouco e foi substituída pelo golpe de Estado de 1937.

¹⁸ Leis Penais compiladas pelo desembargador Vicente Piragibe. Nesse momento histórico da vida nacional, já suplantado o modelo escravagista, via-se surgir, concomitantemente com a manutenção de uma estrutura latifundiária baseada, agora, na produção do café e do algodão, já contando com a mão-de-obra imigrante, princípios de industrialização e a aceleração do capitalismo, fenômeno impulsionado, basicamente, pela abolição da escravatura, aumento de produção em geral, aumento do mercado interno, redução das importações, fim da guerra mundial de 1914-1918, uma nova dicotomia social, não baseada na relação senhor-escravo, mas no predomínio de uma classe burguesa composta pelo colonato, comerciantes, proprietários de indústrias, classe média urbana, burocratas.

¹⁹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

²⁰ SODRÉ, Nelson Werneck. Op. Cit., p. 74.

Novamente as mudanças na seara política produzem efeitos no direito penal.

Segundo Sérgio Salomão SHECAIRA:

Uma nova Constituição Federal, outorgada sob a égide do poder autoritário e militar do Estado Novo, fecha o Congresso e institui crimes políticos, cominando-lhes, inclusive, a pena de morte. É o retorno desta modalidade de pena no direito pátrio. O art. 122, parágrafo 13 da Carta Política descrevia inúmeras condutas suscetíveis de pena de morte, entre elas o homicídio qualificado. Também eram previstos neste dispositivo constitucional alguns crimes típicos da Lei de Segurança Nacional, v.g, a tentativa de desmembramento de um dos Estados Federados, e crimes políticos, todos punidos com a pena máxima. Os direitos e garantias individuais eram limitados pelo bem público e a segurança do Estado. Tipos penais abertos foram criados, com a prescrição de crimes vagos e incertos, submetidos à aferição do poder governamental, que demonstravam as tendências nacionalistas do Estado brasileiro.²¹

Mesmo com o Congresso Nacional fechado, surge e se estabiliza, o novo Código Penal substitutivo da Consolidação das Leis Penais de Vicente PIRAGIBE.²² Erigido sobre projeto Alcântara MACHADO, teve em Nelson HUNGRIA seu principal redator. Caracterizou-se pelo tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia, que permaneceu fora das discussões e dos cursos jurídicos até os anos 70.²³

Refletindo o ambiente social no qual foi gerado, e, em vigor até hoje, o Código Penal de 1940 revelou um direito punitivo democrático e liberal, não se coadunando com os novos ares de um Estado Democrático de Direito, nascente na Constituição de 1988. Segundo Lênio Luiz STRECK²⁴ “O direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade.” Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem, em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado

²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. Cit., p.23

²² Entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, criado pelo Decreto-Lei nº 2.848, dezembro de 1940, ainda em vigor em sua Parte Especial, com algumas alterações esparsas. É, segundo Frederico Marques “Eclético, pois concilia sob seu texto o pensamento neo-clássico e o positivismo como bem salienta a exposição de motivos. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva (MARQUES, José Frederico. Op. Cit., p. 93)

²³ Idem.

Democrático de Direito, desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito.

Ao término da 2ª Guerra Mundial, foi promulgada em 1946, a mais democrática de suas Constituições. Direitos e liberdades individuais foram restaurados, a pena de morte abolida, assim como o banimento, o confisco e a prisão perpétua.

O poder punitivo do Estado foi limitado, a individualização da pena foi, formalmente, consagrada. Em 1963 foram concretizados os regimes: aberto e semi-aberto para cumprimento de pena privativa de liberdade.

As prisões políticas e torturas cometidas pelo golpe de 1964 ignoraram, sem alterá-las, as garantias formais estabelecidas até então²⁵.

Em meio a um regime de ditadura militar, aconteceu, em 1984 a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, bem como da execução penal acenando, agora, para os rumos de um direito penal de uma nação desenvolvida e sob a égide de um Estado de Direito.

Inicia, no Brasil, o debate sobre a harmonia que deve ser buscada entre a Constituição e o direito à vida, fala-se em homem e dignidade humana. É promulgada a Constituição de 1988.

Márcia Dometila Lima de CARVALHO, aborda, com propriedade:

A Constituição de 1988 surgiu, renovando as esperanças do povo brasileiro e pondo fim a um longo período de anestesiamiento democrático do País. O Estado Social de Direito ressurgiu como Estado Democrático, pretendendo resgatar o desgaste sofrido, através das influências renovadoras recebidas do além-mar (Espanha-Portugal-Alemanha). Não se furtou entretanto, aos compromissos liberalistas, que, se mantidos em equilíbrio com os compromissos com a socialidade e a solidariedade social, poderão permitir que sejam alcançados os objetivos apregoados. Quanto ao Direito Penal, não é possível furtar-se ao seu questionamento, mormente no tocante à sua parte

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 31-2.

²⁵ Cinco anos depois, a Junta Militar outorga com a Lei de Segurança Nacional, um novo Código Penal que restabelecia a pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos, sendo revogado, porém, em 1978 sem nunca ter entrado em vigor.

especial, que, ao lado de uma complexa e flutuante legislação extravagante, tecnicamente mal elaborada, vige desde 1940, quando as condições político-econômicas do País eram diversas e foram, ao longo desse acidentado percurso constitucional, significativamente modificadas. Portanto, com a substituição da antiga ordem constitucional de 1988, fruto de uma longa discussão em ampla Assembléia Constituinte, urge pôr-se em debate a questão da validade e eficácia das normas infraconstitucionais precedentes, de caráter penal, especialmente a tipologia especial, uma vez que a Parte Geral data de época próxima, fruto de longo debate, também entre juristas e estudiosos do Direito Penal.²⁶

O brevíssimo relato, sem qualquer pretensão de exaustão, demonstrou que a legitimação do direito penal tem que ter seu fundamento na ordem constitucional, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei maior, deveria implicar, necessariamente, descriminalização ou não aplicação da norma penal.²⁷

1.2. Clamor social e regulação Penal

A expansão dos meios de comunicação e a sondagem mercantilizada da opinião pública produz um processo de vitimização da sociedade. Interessante notar que esse processo de definição social, que atinge o universo da mídia, dos mercados, das políticas administrativas, da lei e do judiciário, tende a se tornar cada vez mais independente do diagnóstico científico e muito mais suscetível a outras ordens de influência, como por exemplo, a dos interesses políticos-econômicos envolvidos.²⁸

Percebe-se, assim, uma tendência a administrar os desafios da era tecnológica, atômica e genética com as mesmas fórmulas e sob os mesmos pressupostos vigentes

²⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992. Op. Cit. pág. 22.

²⁷ Idem. Pág. 23.

²⁸ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal, uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. pág. 88

na sociedade industrial. Por isso, diz-se que a insistência em se tentar solucionar as situações novas com antigos critérios e categorias da ação institucional pode ser identificada como uma das causas do que hoje se denomina crise das instituições formais de controle.

O diagnóstico é grave, pois o sentimento generalizado de insegurança e de busca por soluções de controle acena que a atuação do aparato penal é socialmente reclamada, provavelmente por representar o mais grave meio de sanção a condutas indesejadas.

Marta de Rodrigues de Assis MACHADO aponta em pesquisa sobre o tema que:

É importante ressaltar que a percepção dos fenômenos da sociedade do risco e do Estado preventivo e a gama de pressão que exercem sobre o sistema penal emergem justamente ao lado de uma tendência cada vez mais progressiva de orientar o discurso dogmático penal à realidade dos problemas sociais. É provavelmente esse estágio do relacionamento entre as ciências penais e ciências sociais que tem propiciado que a comoção social por controle e prevenção em face dos novos riscos.²⁹

O conflito entre a moderna criminalidade e os direitos fundamentais não pode ser solucionado apenas em favor do primeiro por conta da (leiga) vontade popular.

Paulo César BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA³⁰ fundamentam que as garantias que se conseguiram em uma luta de anos e que constituíam a base de toda a construção dogmática do direito penal clássico estão sendo corroídas pelo chamado direito penal moderno: um direito penal carregado de inconsistências e de constantes fricções que dificultam o reconhecimento das garantias surgidas no iluminismo e que se traduzem em princípios de direito material e inclusive processual.

²⁹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal, uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. pág. 93

³⁰ BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

Cezar Roberto BITENCOURT³¹ comunga da afirmação, acrescentado que estas garantias devem ser respeitadas ainda que contra a vontade de todos, sob pena de não mais vivermos num Estado Democrático de Direito:

Nesse rumo, é de extrema relevância que, frente aos devaneios legiferantes em matéria penal, continue se laborando juridicamente a partir da noção pessoalizada do bem jurídico, ou seja, no epicentro do sistema penal está situado o homem, e não os interesses sociais, a estabilidade do sistema ou os valores éticos. Ainda resiste, não se sabe por quanto tempo, a noção de que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, entendidos em sentido monista-individual. Só uma construção normativa séria e taxativa poderá proteger o cidadão contra punições arbitrárias e desproporcionais do Estado, ao mesmo tempo em que conferirá seriedade ao ideal intimidatório da norma e à natureza de *ultima ratio* do direito penal.

A espetacularização da violência na atualidade, recarregada incessantemente pela emissão de cenas em tempo real, suscita sentimentos ambivalentes: o primeiro, que se utiliza da banalização e da vulgarização para produzir posturas de apatia, indiferença e embrutecimento; e o segundo, que provoca sensações e reações repletas de medo.

Os sentimentos acima referidos são constitutivos e informadores de uma ordem social essencialmente autoritária, pois, embora com sinais trocados, darão amparo e legitimidade para uma intensificação das medidas punitivas, obscurecendo o princípio da humanidade.

A utopia da reabilitação, sustentada por decisões políticas, tem sido abandonada, com o enfraquecimento ou interpretação restritiva do princípio da humanidade, renasce, pois, a noção de castigo. Os sentimentos pautados são os das vítimas, diretas ou indiretas, bem como de seus familiares, tudo não passando de tentativas de responder aos anseios de um público temeroso.

³¹ Prefaciando a obra: BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

As soluções punitivas são cultivadas nos solos dos campos jornalísticos e políticos, para garantir o sucesso dos sentimentos de pânico moral em torno da criminalidade.

Segundo Christiane Russomano FREIRE,³² a idéia de um mínimo ético comum a toda sociedade confere legitimidade ao Estado em impor, de forma cogente, padrões de comportamento e valores sociais que, supostamente, possibilitam a convivência harmônica.

Em nome desta harmonia, paradoxalmente, alguns preceitos constitucionais são relegados a segundo plano onde estão hasteadas as bandeiras da defesa social.³³ A utopia da segurança e da prevenção e a movimentação social passam a ser jurisdicionalizadas,

A incerteza e a incontrolabilidade produzidas pela globalização faz com que a sociedade passe a se enxergar e a se autocriticar como sociedade do risco, não se rendendo ao imobilismo fatalista e é posta em movimento pela busca por soluções, quaisquer que sejam elas.

E, em se tratando de risco, está-se diante de um horizonte obscurecido, sem parâmetros ou certezas de eficácia. Isso pode explicar porque as tentativas de controle emergem em todos os níveis e, freqüentemente, são descontroladas e desacertadas.³⁴

³²FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

³³ O movimento da nova defesa social surge como espécie atualizada da concepção penalista mais genérica, enunciada por Alessandro Baratta como ideologia da defesa social, originária do período das revoluções burguesas. Segundo o pensador italiano, na criminologia moderna, tanto a escola clássica como as escolas positivistas são uníssonas em apresentar um modelo integrado de ciência penal, em que a ciência jurídica está umbilicalmente atrelada à concepção do homem e da sociedade. E a despeito das noções divergentes acerca do homem e da sociedade, exibem como ponto de convergência a afirmação da defesa social.

³⁴ “ A crescente sensação de incerteza acaba se convertendo em uma demanda social sempre crescente e especificamente normativa por segurança, que reclama, além da proteção objetiva diante dos riscos, a sensação de confiança nessa proteção. Alcançar a segurança torna-se finalidade dominante da ordenação da vida social. Em linhas gerais, o binômio risco-segurança, isto é, a aversão ao risco e a aspiração à segurança, é responsável pela

Marta Rodrigues de Assis MACHADO³⁵ sintetiza:

É importante ressaltar que a percepção dos fenômenos da sociedade do risco e do Estado preventivo e a gama de pressão que exercem sobre o sistema penal emergem justamente ao lado de uma tendência cada vez mais progressiva de orientar o discurso dogmático-penal à realidade dos problemas. Identifica-se, assim, que as expectativas de regulação, aliadas ao recurso à explicação humana de todas as catástrofes atuais, levam a ampliação do sistema penal, pois se passa a exigir dele não uma função minimalista de tutela de alguns bens jurídicos, mas uma função promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária. Não obstante, isso acaba trazendo uma série de implicações ao sistema de intervenção penal, principalmente porque a pressão da demanda não atendida revela um déficit de eficiência dos seus métodos de tutela da segurança. Diante disso, a política criminal vê-se incumbida de converter a diversidade e a complexidade dos fenômenos sociais ligados aos novos riscos em uma formalização mais rigorosa e abstrata, conformada em linguagem jurídica.

CERVINI, levantando bandeira da descriminalização, demonstra que as características da tipificação de determinadas condutas são utilizadas pelo legislador para, aparentemente, solucionar um problema social e, freqüentemente, é obrigado a legislar pela pressão da opinião pública, ou de certos grupos que fazem com que ele controle um fenômeno indesejável, sem que disponha de meios eficazes para fazê-lo ou sem que esteja disposto a enfrentar os custos dessa ação.³⁶

A criminalização é utilizada para apaziguar a pressão da opinião pública e, freqüentemente, é aplaudida, porque é esta a imagem que prevalece na sociedade quanto ao funcionamento de um correto sistema penal.

É evidente que esta imagem do sistema penal pode ser induzida por setores interessados em promover os interesses e crenças de seus membros para pressionar o

reivindicação dos indivíduos em face do Estado, para que este ofereça proteção. De outro lado, um dos marcos definidores da sociedade do risco relaciona-se com a emergência de novos fatores de incerteza e imprevisibilidade, que reduzem inelutavelmente a capacidade dos sistemas institucionalizados e que, paradoxalmente, inspiram o surgimento de tentativas de controle e normalização dos riscos pelas mesmas instituições que se vêm por eles questionadas. Revela-se, assim, que o essencial é a manutenção de um domínio ao menos sintomático e simbólico do risco.” MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal, uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. pág. 85.

³⁵ Idem op. Cit. Pág. 92

³⁶ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

legislador. Estabelecem verdadeiras cruzadas na luta contra o crime (ou contra os criminosos). Campanhas que geram e generalizam um sentimento de insegurança na comunidade por meio da crescente difusão de determinados tipos de delitos que qualquer cidadão pode sofrer, predispondo a opinião pública para as mudanças legislativas de cunho repressivo e o aumento de outros tipos de serviços de controle dos setores marginais, apontados como responsáveis pela insegurança pública.

Para ZAFARONI, estas campanhas conseguem percorrer a determinados estímulos de comunicação complementares e convergentes e estabelecem a invenção da realidade, com distorção, por meio do aumento do espaço destinado à página policial, reiteração de notícias, estatísticas cumulativas sobre o estado de risco do cidadão, focalização de supostas áreas ecológicas de risco.

As profecias se auto-realizam, através da instigação pública por meio de meta-mensagens como: a impunidade é absoluta; os menores podem fazer qualquer coisa; os presos têm regalias, entram por uma porta e saem pela outra; só existem direitos humanos para os bandidos.³⁷

As campanhas da lei e da ordem são eficazes, produzem indignação moral, instigação à autodefesa, glorificação dos justiceiros, vigilantes, vingadores e os célebres esquadrões da morte e, sobretudo ignoram e desvalorizam valores fundamentais, fazendo do princípio da humanidade um simples adorno na Constituição Federal.

CERVINI nos lembra uma série de TV na qual um juiz abandona seu cargo, que o constrange formalmente, para buscar a realização prática de uma justiça

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1995.

substancialmente privada e um paradigmático filme em que o protagonista diz, em uma passagem, a um delinqüente antes de eliminá-lo: “você é a doença, eu sou o remédio”, “aqui termina a lei e apareço eu.”

Capítulo II

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O primeiro contato com a temática do presente trabalho, revela de plano, a necessidade de uma indagação, ainda que tímida, de como se situam, no plano constitucional, os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade.

Seria, então, o princípio da humanidade um direito fundamental? Este princípio, segundo o estudo de Maurício Antônio Ribeiro LOPES, “sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.”³⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, encontra, assim como o direito à vida, alguns obstáculos no campo conceitual. Aliás, em boa medida, as dificuldades são aquelas próprias dos princípios, normas que, como sabido, são extremamente abstratas, permitindo diversas considerações e enfoques dos mais variados.

A Constituição de 1988 optou por não incluir a dignidade de pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º, todavia, como se sabe, a opção constitucional brasileira, quanto á dignidade da pessoa humana, foi considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do artigo 1º.³⁹

São oportunas as considerações de Ingo Wolfgang SARLET:

³⁸ Princípios políticos do direito penal. São Paulo, RT, 1999, p.102

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio ou direito fundamental não deva ser hipostasiada, já que não se trata de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes, notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente, embora não exclusivamente, principiológico, compartilhamos do entendimento de que, muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que, como ainda teremos oportunidade de demonstrar, do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que, neste sentido, se trata de uma norma de direito fundamental) não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade da pessoa humana, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido.⁴⁰

Pérez LUNO guindo ancorado no magistério de Werner MAIHOFER, aponta o conteúdo dúplice do princípio da dignidade:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, é o reconhecimento de que todos detêm qualidades morais que exigem um respeito, definidoras que são de um ser único na espécie.⁴¹

Não se pode deixar de reconhecer, todavia, que o princípio da dignidade da pessoa humana está inserido no princípio da humanidade e, vez por outra se confundem.

Antes de iniciar a abordagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, como foi frisado no preâmbulo deste trabalho, está em “confusão” com o princípio da humanidade nele contido, e vice-versa, é necessário que se resgate, ainda que de forma “rasteira” a “proposta conceitual das regras e princípios” trazidos por Humberto ÁVILA⁴²:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

³⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

⁴⁰ Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, p. 39

⁴¹ Antônio E. Pérez Luño, **Decechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, São Paulo: 4ª Ed. Editora Malheiros. 2004. pág.70

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospetivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Em continuidade, diz o autor citado que: os princípios são normas imediatamente finalísticas, ou seja, estabelecem um fim a ser atingido, demonstrando que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles, ao mesmo tempo, são mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.

Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido.⁴³

A análise dos princípios importa, nesta apreciação, em ler a Constituição Federal, com atenção específica aos dispositivos relacionados ao princípio objeto de análise, relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais, tentar diminuir a vagueza dos fins por meio da análise das normas constitucionais que possam, de forma direta ou indireta, restringir o âmbito de sua aplicação do princípio.⁴⁴

Importa-se, outrossim, nos limites propostos no presente trabalho, fazer uma ligeira dissociação entre princípios e regras.

É necessário socorrer-se, mais uma vez, às lições de Humberto ÁVILA:

Os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Costuma-se afirmar que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva. Envolvem um problema de gosto. Sobre esta questão vem à tona o modo como os princípios são investigados. E, nesta matéria, é fácil encontrar dois modos opostos de investigação dos princípios jurídicos. De um lado, podem-se analisar os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos, sem, no entanto, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à realização destes valores e quais são os instrumentos metódicos essenciais à fundamentação controlável de sua aplicação. Nesta hipótese privilegia-se a proclamação da importância dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico.⁴⁵

Já foi acenado que esta modesta proposta é situar “humanidade” e “dignidade” em seus contornos constitucionais e, arriscar à moda de Ingo Wolfgang SARLET, na defesa de tais princípios como garantia fundamental. Não se delimita na análise crua dos proibitivos de penas desumanas ou cruéis, mas numa tentativa de reinterpretação e recolocação abstrata de tal princípio.

Com muita propriedade, Ingo Wolfgang SARLET⁴⁶ descreve na “Abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana” que, o aspecto de transcendental importância para compreender o papel cumprido (ou a ser cumprido) pelo princípio da dignidade da pessoa humana, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional.

Com efeito, não é demais lembrar que a Constituição de 1988, na esteira da evolução constitucional pátria desde a proclamação da República e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a idéia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Igualmente, de acordo com a expressa dicção do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta Magna, foi chancelada a existência de direitos não descritos decorrentes do regime dos princípios da nossa Constituição, assim como a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados. (...) Certo é que a tarefa, por vezes árdua, de identificar (e,

⁴³ Pág. 72

⁴⁴ Pág. 73

⁴⁵ Pág. 75

⁴⁶ Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, p. 98

acima de tudo, justificar esta opção) posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da nossa Lei Fundamental, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais. Assim, se com relação às normas de direitos fundamentais integrantes do Título II se admite que vigora uma presunção de que sejam normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material, no que diz com a identificação e fundamentação de direitos não escritos ou positivados em outras partes da Constituição, não se poderá dispensar um exame acurado no sentido de que sejam guindadas à condição de direitos fundamentais (compartilhando, de tal sorte, do regime reforçado do qual este goza na nossa ordem constitucional) apenas posições jurídicas implícita ou expressamente consagradas que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o status de direitos fundamentais, em sentido material e formal, ou mesmo apenas material, quando for este o caso.

Na mesma direção aponta o mencionado autor que, levando-se em conta que, de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e conteúdo polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa, com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode, ao menos de forma indireta, ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental.

Aplica-se aqui a concepção subjacente ao pensamento de Laurence TRIBE⁴⁷, no sentido de que a dignidade (assim como a Constituição) não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada.

⁴⁷ Citado por Ingo Wolfgang Sarlet em Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

Como se demonstrará no próximo item, tal preocupação não deve ser levada em conta quando se trata de conceituar e situar o princípio humanidade.

As premissas foram categoricamente estabelecidas por Ingo, e além do princípio da humanidade outros podem encontrar agasalho e força de garantia fundamental:

O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição. Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso de fundamentação das decisões judiciais e administrativas). Assim, o fato é que, e isto temos por certo, sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocadamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso⁴⁸

Sem prejuízos de outras decisões que poderiam ser colacionadas, o que importa, nesta análise, é a certeza de que, para além até mesmo da possibilidade de se recorrer a fundamento diverso, designadamente, a normas de direitos fundamentais específicas, como nos diversos incisos que enunciam o princípio da humanidade, do princípio da dignidade da pessoa humana, paralelamente à sua dimensão jurídico-objetiva, não apenas podem, mas de fato têm sido extraídos direitos subjetivos (e fundamentais) com vistas à sua proteção.

É o que, sinteticamente pretende-se trabalhar no próximo tópico e sustentar o princípio da humanidade como garantia fundamental.

⁴⁸ Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, p. 101

1.1. Princípio da humanidade

É da lavra de Luis Roberto BARROSO⁴⁹ que o intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica. Idealmente, ademais, deve o constituinte, na medida do possível, empregar as palavras com o mesmo sentido sempre que tenha que repeti-las em mais de uma passagem. De toda sorte, a eventual equivocidade do Texto deve ser remediada com a busca do espírito da norma e o recurso aos outros métodos de interpretação.

As garantias fundamentais não podem estar divorciadas dos princípios da dignidade e da humanidade e, na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isso não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

Onde então se situaria o princípio da humanidade? Seria apenas um princípio político do direito penal?

É sabido que este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana (defendido por Ingo como garantia fundamental) ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados, cuja não observância também atinge a dignidade do ser humano.

A idéia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas.

Em um Estado de Direito democrático, veda-se a criação e aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade da pessoa humana. Apresenta-se como diretriz garantidora da ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade.

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade.

Segundo ZAFFARONI⁵⁰, esse princípio determina a “inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito”

O princípio da humanidade, afirma Bustos RAMIREZ, recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, posto que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social.

Contudo, não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à justiça distributiva, responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica e, ainda que não se possa conseguir sem dor e nem dano, há que se obedecer aos limites de respeito à dignidade.

Não se pode subverter a hierarquia de valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal devem ser presididas pelo princípio da humanidade.

Nos atuais modelos jurídicos de Estado, máxime nos de contextura democrática, o princípio da humanidade da pena encontra ampla ressonância, em nível constitucional, com a proibição expressa da pena de morte, das penas de caráter perpétuo, das penas corporais, das penas desumanas, das penas degradantes e das penas exemplificadoras. Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de

⁵⁰ Manual de derecho penal – Parte General. Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 139

direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana.

Mais do que nunca, é preciso que se examine o princípio da humanidade como valor positivo, ou seja, como norma reitora de todo o processo de execução da pena. É óbvio que, neste enfoque, não se atribui à pena a finalidade única ou, mesmo, prioritária de ressocializar o condenado e de conduzi-lo a um subsequente reinserimento na vida social. Quem, na atualidade, sustenta que a execução da pena, em particular da pena privativa de liberdade é movida pela idéia exclusiva de ressocialização, é, no mínimo, um cínico.

Nos Estados democráticos de Direito não apenas se proíbem as penas e medidas desumanas ou degradantes que são incompatíveis com a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana (muito especialmente as penas corporais), mas também marcam uma paulatina redução do conteúdo aflitivo das sanções.

Nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa com ser social.

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado de Direito democrático (teoria constitucional eclética). Reveste-se tal orientação de capital importância, pois, não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Todavia, não há perigo maior que punir, injustamente.

Registra Maurício Antônio Ribeiro LOPES

Em razão do direito penal proteger os bens jurídicos mais importantes contra as formas mais graves de agressão, tem-se que, em geral, são eles garantidos já por terem encontrado reconhecimento constitucional. Não é fácil que um bem jurídico protegido pelo Direito Penal não tenha sido, ainda que indiretamente, reconhecido em nível constitucional. Não é possível tampouco que o Direito Penal outorgue proteção a bens jurídicos incompatíveis com os valores superiores tutelados na Constituição, ou com o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, pode-se dizer, que o fundamento primeiro do injusto material deita suas raízes na Constituição.⁵¹

Segundo o artigo 1º. da Constituição, a República constitui-se Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Rege-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º., II, Constituição Federal 1988). A prevalência dos direitos humanos, no entanto, não vincula apenas as relações exteriores, mas orienta todo ordenamento jurídico nacional.

Se, historicamente, as normas de direito penal e de processo penal não estiverem em plena harmonia com as Constituições democráticas, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, jamais figuraram instrumentos de referência à ciência penal.

A Constituição não esgota em seu texto a totalidade dos direitos humanos, notadamente pelo seu caráter histórico que possibilite sempre, e cada vez mais, a inclusão de novos e renovados direitos. Os estatutos constitucionais, no entanto, positivaram grande parte dos valores humanitários, fundando rol axiológico instrumentalizador de uma nova concepção jurídico-política voltada à satisfação dos direitos fundamentais.

Valores como a dignidade da pessoa humana assumem, juntamente com pluralismos e tolerância, vital importância no processo de construção do modelo jurídico de garantias.

⁵¹ Teoria constitucional do direito penal pág. 31

Se a Constituição de 1988 estabeleceu vínculos relativos à pena e ao seu modo de execução, partindo sistematicamente do princípio da legalidade (art.5º. XXXIX), igualmente elencou diretivas com grau e conteúdo diversos.

A primeira ordem de intervenção constitucional na esfera penalógica é de natureza limitativa quanto à espécie da sanção e o sujeito a ser sancionado: restringiu determinados tipos de penas (art. 5º., XLVII), limitou destinatários (art.5º., XLV); e taxou possibilidades de sanção (art. 5º., XLVII).

O constituinte disciplinou ainda a forma de cumprimento das penas. Ao regular sua individualização, impôs restrições no que diz respeito ao público dos estabelecimentos carcerários (art.5º., XLVIII), determinando, inclusive, diferenciações de gênero (art. 5º., L).

Impôs também normas de garantia aos presos, condenados ou provisórios assegurando direitos inalienáveis e indisponíveis aos quais o Estado não pode restringir, pois versam sobre a integridade física e moral daquele sujeito temporariamente limitado em sua liberdade de ir e vir (art. 5º., XLIX).

Outrossim, quando trata dos direitos políticos, a Constituição suspende a capacidade eleitoral do condenado enquanto durarem os efeitos da sanção penal (art. 15, III).

No entanto, o advento da carta de 1988 não rompeu com omissão do operador no que diz respeito à otimização dos direitos fundamentais.

Percebe FERRAJOLI⁵² a insuficiência da idéia de que basta um direito bom, dotado de mecanismos atuais e avançados de garantias, para poder conter o poder de colocar os direitos fundamentais a salvo dos desvios.

Se é verdade que o sistema jurídico por si só não pode garantir nada, não se pode afirmar que o jurista nada possa fazer para otimizar o modelo de garantias. É da essência da atividade dos operadores críticos a utilização dos mecanismos fornecidos pela Constituição e das lacunas e contradições entre esta e o ordenamento inferior, para otimizar normas, gerando práticas de defesa dos direitos fundamentais.

1.2. Referencial para a interpretação do princípio da humanidade

A proscrição das penas de morte, cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais são corolários do princípio da humanidade, mas não compõem um elenco taxativo. Qualquer categoria de humilhação, constrangimento por presunções precipitadas, ameaças punitivas de penas exemplificadoras que atinjam a dignidade da pessoa humana violam o preceito constitucional.

Em muitos casos, uma pena, constitucionalmente formal, pode tornar-se inadequada na realidade, sendo um desses casos evidentes aquele em que a pessoa sofre um grave castigo natural, isto é, quando sofre as conseqüências do fato em si mesma. É o princípio da humanidade que subjaz à escusa absolutória segundo a qual o juiz, na hipótese de homicídio culposo, pode deixar de aplicar a pena “se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção

⁵² Ferrajoli, ob.cit., p.985

penal se torne desnecessária.”⁵³ . Outro caso se apresenta quando a perspectiva de vida da pessoa diminuiu pelo fato de ter contraído uma doença ou porque as possibilidades de sobrevivência tornam-se reduzidas em virtude da prisão. Nessas circunstâncias concretas, a prisão, ou sua perpetuidade, começa a aproximar-se de uma pena de morte.⁵⁴

A resistência, pelos juizes, “quase por um ato de fé”, da aplicação da pena, em muitas hipóteses onde ocorrem circunstâncias atenuantes, além do mínimo legal, é mais uma demonstração de que o princípio da humanidade precisa germinar. Entretanto, o receio de nossa doutrina e jurisprudência de ultrapassar os patamares mínimos de escalas penais a conduz a não tratar adequadamente tais situações quando, a rigor, esses patamares mínimos não podem ter outro alcance senão o meramente indicativo, de vez que o princípio republicano deveria obrigar os juizes a ultrapassá-los quantas vezes fossem necessárias, naqueles casos cujas circunstâncias concretas indicassem que as penas, mesmo em seu patamar mínimo, lesam o princípio da humanidade.⁵⁵

O princípio da humanidade, no mesmo patamar dos demais princípios constitucionais, deve ser dotado de plena eficácia, ultrapassando a mera previsão formal.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁵⁴ Idem

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. A reinterpretação do princípio da humanidade na regulação penal, além de obstar a ânsia punitiva da sociedade capitalista, humanizando as penas e formas de sua execução, também produzirá reflexos nas denominações dos “delitos de menor potencial ofensivo”, de forma que tal classificação não seja dada apenas pelo *quantum* se convencionou atribuir a cada conduta, vez que, uma lesão corporal dolosa leve, uma importunação ofensiva ao pudor ou uma injúria real, podem acarretar, para a vítima, em sua dignidade como pessoa humana, dor equivalente às produzidas por crimes de maior gravidade.

Num estado democrático de direito, quando ocorre o cometimento de um crime, o Estado está legitimado a intervir, todavia, não tem legitimidade para atingir a dignidade do autor do delito, enquanto pessoa humana. A reação penal deve partir do referencial da dignidade da pessoa.⁵⁶

A enunciação da norma não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador. Segundo Jorge de Figueiredo DIAS:

Mas o reconhecer isto não fica resolvido o problema jurídico: importará sempre ainda escolher, de entre os diversos sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma valoração autônoma, aquele que deve constituir o fundamento da regulação ou da resolução do concreto problema jurídico-penal em causa. Assim se erige a autonomia da valoração dogmática jurídico-penal, pelo menos uma autonomia relativa, dentro das possibilidades que lhe são oferecidas pela pré-determinação não jurídica do substrato, em momento essencial do pensamento jurídico-penal. Quando porém, em seguida, se afronta a questão do critério de valoração, não é suficiente dizer que o legislador o escolhe em inteira liberdade e que o intérprete só terá de buscar a lei. A solução terá antes de se alcançar por uma via apontada para a descoberta de uma solução justa do caso concreto e simultaneamente adequada ao sistema jurídico-penal. O que supõe a penetração axiológica do problema jurídico-penal, a qual no âmbito da dogmática, tem de ser feita por apelo com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a valoração político-criminais imanentes ao sistema.⁵⁷

Maria Fernando PALMA⁵⁸ aborda com propriedade e clareza que as questões inevitáveis entre Constituição e Direito Penal:

De certo, formular as questões, com rigor, exige a adopção de um método que justifique perante o nosso destinatário a eleição das mesmas. Definir as questões, para ser um trabalho de ciência completo, não deverá ser pura expressão do poder de quem questiona. Mas tudo não será ainda uma atitude cientificamente adequada expor, numa primeira fase, uma questão a partir de uma experiência pessoal ou de uma convicção íntima? É na crença de que as questões inevitáveis,

⁵⁶ “Por tais razões tampouco podem ser desumanas ou degradantes as penas criminais. Basicamente são desumanas as penas que não guardam proporcionalidade com a gravidade do fato cometido e com responsabilidade do autor. A desproporcionalidade, de todo modo, só ofende a legitimidade constitucional à pena quando seja desproporcional em prejuízo do autor. A que beneficia o autor não está afetada em sua constitucionalidade. A questão depende, naturalmente, da concepção preventivo-especial da pena, pois esta deverá proporcionar-se com a tendência do autor à reincidência. Isto é o que querem dizer as disposições legais que requerem adequação da pena à personalidade do autor; ou à periculosidade do mesmo, ou às peculiaridades do delinqüente. As penas do Direito Penal são degradantes quando por seu conteúdo ou por sua forma de execução implicam alguma forma de lesão da dignidade da pessoa. Fundamentalmente converter-se-á em degradante a pena privativa de liberdade executada em condições que impeçam a auto-reflexão e o recolhimento em um mínimo de intimidade. A superlotação dos estabelecimentos penais, que caracteriza nosso tempo, priva, por geral, de legitimidade constitucional a pena de liberdade.”(LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, **Direito penal, estado e constituição**. IBCCrim, 1997, págs. 196,197).

⁵⁷ DIAS. Jorge de Figueiredo, **Direito penal questões fundamentais a doutrina do crime**. Coimbra Editora. 2004.

⁵⁸ Perspectivas constitucionais Vol II – Ed. Coimbra

neste domínio, surgem das relações de fundamentação recíproca e entre Direito Penal e Constituição, inspirada na jurisprudência constitucional e na leitura da doutrina penal, que suscitarei as questões que considero inevitáveis, e que são: 1ª Por que é legítimo que o Estado puna? 2ª A Constituição impõe limites ao Direito Penal ou até mesmo um determinado conteúdo? Esta questão subdivide-se em várias outras, como as de saber se há um conceito material de crime e se as finalidades da punição ou os critérios responsabilizadores são determinados pela Constituição. 3ª Há um dever constitucional de punir certas condutas? Há incriminações obrigatórias? 4ª O Direito Penal, enquanto pensamento e sistema, impõe algo à Constituição formal?

A primeira pergunta pode ter e tem tido, fundamentalmente, uma de duas respostas, tanto no pensamento jurídico como no pensamento social e político.

Segundo uma dessas respostas, a legitimidade do poder punitivo decorre da necessidade de realizar os fins do Estado, definidos democraticamente. Segundo uma outra, a legitimidade do poder punitivo decorre da necessidade estrita de assegurar a realização da liberdade individual e da autonomia de cada cidadão.

O conflito histórico entre estas duas respostas tem sido constante, é o conflito entre o princípio democrático e o liberalismo político. Também numa outra configuração cultural mais específica pode ser entendido como conflito entre “comunitarismo” e “liberalismo”, entendidos como duas tradições culturais, filosóficas e políticas.

Simplificadamente, tal conflito exprime-se pela contraposição entre justificação do poder pela obtenção de fins coletivos e sua justificação pela realização da liberdade individual. No primeiro caso, há instrumentalidade do poder (também do poder punitivo) à realização de objetivos sociais (incluindo ainda a promoção de bens jurídicos ou direitos). No segundo caso, há instrumentalidade do poder à proteção de liberdade de cada um.

Há, todavia, um compromisso entre estas duas respostas que consiste em inscrever na Constituição do Estado de direito democrático, como seu fim predominante, a máxima realização das liberdades individuais e do desenvolvimento

pessoal de cada um com o mínimo de restrição da liberdade geral, utilizando a perspectiva comunitária para atingir o bem último do liberalismo político e tornando fim coletivo a promoção da autonomia de cada membro da sociedade.

E este compromisso contém, obviamente, um princípio de solidariedade através da consagração do dever de o Estado promover a máxima realização do desenvolvimento pessoal, sendo a sua especificidade a própria utilização dos fins coletivos para obtenção da liberdade e autonomia individuais.

Como exemplo da assertiva, podemos citar os artigos 1º, 18º nº 2, e 27º nº 1, da Constituição portuguesa através do elenco dos direitos fundamentais que desenha.

A segunda pergunta consiste em saber quais os limites impostos pela Constituição ao Direito Penal.

Tais limites verificam-se quanto às fontes do Direito Penal e aos seus fins. No que se refere aos fins do Direito Penal, a Constituição impede que este ramo do Direito de destine a tutelar valores puramente morais ou a desempenhar fins estritamente educativos. A legitimidade do poder punitivo decorrente do Estado de direito democrático apela à utilização do Direito Penal para proteger os bens essenciais à existência da sociedade, definidos pela substancialidade valorativa e pela existência interindividual.

A despeito do proibitivo constitucional enfatizado no artigo 5º, inciso XLVII, al. “e” da Constituição Federal, de imposição de penas cruéis e da determinação expressa que a prática da tortura seja gravemente criminalizada, o princípio da humanidade é o mais ignorado pelo poder criminalizante. As agências judiciais podem impor em parte sua observância, mas há aspectos que, por dependerem somente das agências executivas, são de difícil controle.

Lembra o italiano BETTIOL que o princípio de humanização não implica enfraquecimento da função punitiva, quase como se fosse obrigatória uma gradual mitigação da execução penal até fazer desaparecer qualquer diferença entre a vida no cárcere e aquela fora do cárcere. Humanizar a pena significa não adotar modalidade de execução de modo a impedir o processo de regeneração do condenado; não quer efetivamente significar, ao contrário, abandono de qualquer critério de severidade e seriedade, sem as quais a pena retributiva cai no ridículo e a segurança social é gravemente comprometida.

Vê-se que a Constituição de 1988, a exemplo das anteriores, relacionou direitos e garantias. A atual fez questão de arrolar direitos individuais e direitos sociais. Em seguida, acrescentou que a especificação não excluía outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados.

A Constituição garante o direito à vida (art.5º). Não menciona, expressamente, o direito à integridade corporal. Todavia, o resguardo é o mesmo. A vida é preservada em atenção ao homem. Não se pode pensar o homem sem integridade anatômica e funcionamento fisiológico.

Parafraseando Ana MESSUTI,⁵⁹ quando fala de direito penal e direitos humanos, e excluirmos o substantivo, num caso particular, e no outro no plural, ficam frente a frente os dois adjetivos: “penal” e “humanos”. “Penal” de pena, “humanos” de homem, de seres humanos. Uma pena de um lado, e os seres humanos do outro. Entretanto, não se pode esquecer que ambos os adjetivos estão qualificando um substantivo: direito e direitos, respectivamente. Num sentido literal, o direito penal é o direito que

⁵⁹ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**; tradução Tadeu Antônio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

aplica penas aos seres humanos, e os direitos humanos são os direitos que possuem os seres humanos, principalmente de não sofrer penas. Também revela uma oposição o singular de “direito penal” e o plural de “direitos humanos”. O primeiro é o direito, único, manifestação do poder estatal, o segundo são os direitos, múltiplos, não só quanto ao seu número, mas também quanto aos seus titulares.

Entretanto, parece estranho referir-se às penas previstas pelo direito penal como violações dos direitos humanos. O direito penal está legitimado, sob determinadas condições jurídicas, políticas e institucionais, para estabelecer penas. Assim como esteve até não muito tempo atrás para estabelecer como pena os suplícios mais espantosos, que hoje não se vacilaria em qualificar como violações dos direitos humanos. FOCAULT, recorda que, na segunda metade do século XVIII, levanta-se de forma quase unânime o protesto contra os suplícios.

A “humanidade” se erige então como limite ao castigo. Entretanto, cabe perguntar: o que acontecia antes da reação contra os suplícios? Acaso os supliciados não teriam uma “humanidade” que deveria ser respeitada? Evidentemente o que mudou não foram as características físicas ou psíquicas dos supliciados. A mudança consistiu na alteração das concepções do homem e da sensibilidade diante dele como tal, ou seja, despojado de todos seus atributos sociais, culturais, econômicos etc. E, sobretudo, divinos. O termo “humanos” não se contrapõe a animais e sim a divinos. A secularização do poder foi acompanhada pela dessacralização do destinatário da pena e vítima do poder, que perdeu sua dimensão divina e se fragiliza. A reação aos suplícios obedece a uma nova visão da vítima do suplício, a quem anteriormente se atribuía a resistência dos deuses e semideuses. Seu corpo já não se “desdobra” para

receber a pena, expressão de um poder absoluto. Atenua-se, então, a violência que acompanha o sagrado.

A secularização não supõe somente o abandono de um fundamento religioso, mas o progressivo abandono de todos os fundamentos. O pensamento como fundamentação está ligado à idéia do ser como estrutura: o ser não é pensado em seu devir e sua finitude, mas como uma estrutura permanente, estável, eterna. Secularização significa reconhecimento da finitude. O discurso penal não refletiu este conhecimento. Ao contrário, sempre procedeu como se fosse proprietário do tempo, tanto do passado, ao pretender estabelecer o equilíbrio alterado pelo delito, como do futuro, ao desprezar a possível duração da vida do ser humano. Esta falta de consciência por parte do direito penal obedece à aplicação de uma filosofia racional e conceitual. Precisamente a filosofia que levou à aporia do direito penal: “aquilo que é mais racional na pena, ou seja, que compensa o crime, é, por sua vez, o mais irracional, ou seja, que faz desaparecer.”

Hoje, o pensamento penal não deixou de reconhecer e aceitar fundamentos objetivos ou de buscar novos fundamentos para justificar a pena. Talvez a hermenêutica o induza a interromper essa aceitação e busca. E a raciocinar de forma responsável ante os problemas que apresentam o “problema penal”. Mas antes de tudo, a dar urgentemente uma resposta a este espaço aberto entre as normas e a realidade, espaço que permite que o Estado se converta em delinqüente, e o delinqüente em vítima.

Passado mais de meio século de Auschwitz, assiste-se a guerra no Iraque, a guerra no Afeganistão e a expansão do terrorismo fundamentalista. O resto do mundo, absolutamente consciente dos fatos, nada faz. Ao contrário, novas armas estão sempre

sendo produzidas e distribuídas impunemente a partir das fábricas que agora trazem pelas mãos dos bandidos os campos de morte para as ruas de nossas cidades. E pensa-se somente em desarmar os homens de bem. Incautos, entregam-se as armas de defesa pessoal às nossas ditas autoridades, muitas vezes mostrando, orgulhosamente, ante as câmeras de televisão, quando não em busca de alguns tostões.

Neste contexto, breve, apesar de exposto de forma já um tanto extensa, observa-se a formação de FERRAJOLI, que preocupado com sua realidade mais humana que italiana lança as bases do garantismo. Em primeiro momento, voltado para responder as limitações da pena que se reconheceu ter fracassado em seu objetivo ressocializador.

Voltado, em um segundo instante, fruto dessa crítica laica que busca dessacralizar o instituto da pena para a construção do instituto do garantismo como princípio geral do Direito, em busca da construção de uma nova relação do Estado com o sujeito de uma nova cidadania.

Esse segundo momento interessa para os limites desta investigação, pois é a partir dele que percebe-se a sua existência em no Brasil.

Hoje, principalmente como efeito da CF/88 e de sua declaração de direitos e garantias, busca-se estender o garantismo enquanto princípio geral de direito.

No caso específico do direito penal, como extensão de direitos inclusive àqueles que realizaram a figura típica do ilícito, ou seja, até mesmo aos infratores das leis penais. Sem dúvida que é uma tentativa de levar o Estado a praticar o princípio da intervenção mínima, velho corolário liberal, obrigando-o, dessa maneira, a respeitar a

máxima constitucional de que todos são iguais em direitos e obrigações, inclusive o agente do ato proibido.

Quer dizer, em nome de uma restrição do autoritarismo estatal que, evidentemente, é um absurdo, ante uma sociedade que se diz democrática, encontra-se todo um discurso que busca responsabilizar o Estado e a sociedade privilegiada das mazelas da miséria e da exclusão de suas, hoje, quase maiorias.

Sem ter tempo para a maturação dessas idéias, vive-se agora sob o domínio de um discurso principiológico que, vazio, é tão ou mais perigoso do que aquele ditado pelo autoritarismo.

O garantismo em busca de proteção de direitos a todo o corpo social, bem como forma de limitação do poder interventor e desmesurado do poder do Estado, alia-se a dois sentimentos que expressam a nossa sociedade: a esperança e o seu contraponto, o medo.

A esperança inclui o medo do não cumprido; e o medo carrega em si uma semente de esperança, e a sugestão de uma superação, de uma possibilidade ditada pela esperança.

Em qualquer nível que não o trivial, do vulgar, corriqueiro ou do momentâneo, a esperança sempre representa uma inferência transcendental. Uma inferência, aliás, avalizada por presunções teológico-metafísico, no sentido mais estrito de toda presunção, e que envolvem, por isso mesmo, um investimento possivelmente injustificado.

Ter esperança é um ato de falar, de orar, de discursar, essencialmente comunicativo, que sempre presume um ouvinte, mesmo que esse ouvinte seja o próprio sujeito falante.

O garantismo é, portanto, uma busca pelo diálogo com o Estado que, acuado, não sabe como reagir à violência, bem como, é um diálogo com a sociedade, que comumente é responsabilizada pela origem da violência.

Ele é o que justifica os ouvintes, precisamente, o mínimo de compreensão sobre a necessidade de se construir uma sociedade onde todos tenham suas garantias e direitos humanamente respeitados.

Essa garantia proposta pelo garantismo é, por enquanto metafísica, porque implica, para a sua realização não ideal, uma organização racional, lógica e humana do mundo, do nosso mundo.

Lembrando essa organização racional proposta pelo garantismo, reporta-se a Descartes, de que é necessariamente obrigado a apostar na suposição de nossos sentidos e do nosso intelecto. Que não é como o simples passatempo de um ilusionista maligno, ao mesmo tempo em que ele também é obrigado a incluir em sua aposta, assim como todos nós, de forma ainda mais urgente, na crença em uma moralidade de justiça distributiva, e uma co-responsabilidade, com os limites do próprio Estado.

A esperança, proposta pelo garantismo, não tem sentido em uma ordem totalmente irracional ou submetida a uma ética arbitrária e absurda. Da forma como se estruturou o comportamento humano, a esperança só é operante em termos notórios, comuns ou vulgares, nos casos em que o prêmio e a punição são definidos por responsabilidades aleatórias e não controláveis.

E, assim, há de se convir que o garantismo somente pode ser perceptível ante uma realidade social verdadeiramente democrática.

Portanto, o garantismo, movimento surgido no seio de uma tradição europeia, conflitada pela sua própria experiência histórica, busca responder a essa crise de

paradigmas que assombrou o pensamento humano e social, e que, principalmente, tomou de assalto o discurso jurídico, fundamentalmente, tentando resgatar a relação do sujeito com o Estado, através do direito penal.

Resgatar, aqui, tem uma conotação de construção de uma outra sociedade, na qual seja possível acreditar que todos possam ser iguais, mas que, no caso do Brasil, ainda se encontra distante, pois não se pode afirmar garantismo político quando milhões não têm comida, não têm casa, não têm saúde e nem esgoto nas ruas, muito menos educação.

Sem o devido respeito aos valores dos direitos do homem, seja ele homem vítima ou homem-criminoso não é possível a construção de uma cidadania efetiva.

E esses direitos humanos não podem ser confundidos com aqueles consagrados na Constituição Brasileira, pois os direitos humanos pertencem ao homem, os da Constituição, são os denominados Direitos Fundamentais.

Direitos humanos, exatamente aqueles que alicerçam o Estado de Direito com o grande anseio do respeito aos seres humanos, que nem os fariseus negam existirem, mas têm sido reconhecidamente vilipendiados.

Direitos humanos que busquem, em oposição ao bem comum, como se a felicidade fosse alheia às necessidades atuais de uma sociedade desumanizada pelo materialismo desenfreado.

Direitos humanos que reproduzem a afirmação plena da garantia mínima que possa oferecer ao indivíduo, o de que possa contar, no mínimo com o direito à maior amplitude de defesa.

O art. 5º da Constituição Brasileira é o espaço em que esses direitos ditos fundamentais se transformam em norma, presente no universo do dever ser. São eles,

sem dúvida, a reserva política, a reserva moral e jurídica de uma sociedade democrática, como no Brasil, pois são os marcos na construção e na busca de um espaço social mais justo, já que ainda não se tem uma verdadeira sociedade democrática.

Falta aquilo que KANT denominou de virtudes universais, isto é, imperativos categóricos a todos, e que, assim, seriam a reserva ética dos homens.

E, qualquer realidade social que não experimenta uma presença sólida desses valores, passa ser uma realidade muito próxima da quebra do velho contrato social, que tanto assombrava a HOBBS.

Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal do terror e em normas asseguradoras da dignidade da pessoa humana.

Capítulo II

2. DOGMÁTICA PENAL

Etimologicamente a expressão “dogmática” vem de dogma, que significa uma interligação de conceitos. A dogmática jurídica é configurada por intermédio de um processo multifário, apresenta origem plural que impossibilita captar nela um corpo doutrinário homogêneo, trata-se de um conceito essencialmente complexo.⁶⁰

Vera Regina Pereira de ANDRADE enfatiza que “*no paradigma dogmático convergem, pois, uma matriz epistemológica (saber) e uma matriz política (poder) e diversos processos a ambas relativos.*”⁶¹

A dogmática penal tem seu marco no positivismo jurídico. O objeto de análise do direito penal era o direito positivo. Assim, os enunciados penais formavam uma *realidade autêntica*, ou seja, verdadeiros dogmas.

A primeira função da dogmática penal era a de conhecer o sentido dos preceitos penais, seguindo-se as pautas de uma elaboração sistemática.

No positivismo, a dogmática jurídico-penal era compreendida como uma gramática interpretativa do Direito Penal e, por muito tempo, constituiu o principal objeto de estudo da ciência penal.

No Brasil houve uma intensificação da separação científica em relação às correntes criminológicas e político-sociais que estavam surgindo em vários países.

⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica: um esforço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. pág. “Assim, na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo Vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. Trata-se de uma Ciência de dever-ser, normativa, sistemática, descritiva, avaliativa (axiologicamente neutra) e prática.

⁶¹ Idem pág. 25

Além das limitações próprias da dogmática, ocorreu no Brasil, um fato complicador, pois não se construiu a própria dogmática que refletisse a realidade social. Importamos nossa dogmática.

Segundo registra Nilo BATISTA:

O positivismo jurídico, eivado de uma desmedida concentração exclusiva nos aspectos dogmáticos do direito penal, se transmitiu de forma tão intensa na doutrina penal sul-americana que chegou a ponto de gerar expressões como Nelson Hungria, na conferência inaugural do 1º Congresso Nacional do Ministério Público, em São Paulo, em 1942, incitando os penalistas a não permitirem a interação da dogmática com outras ciências: o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer intromissão, façamos ressoar, em toque que rebate, nossos tambores e clarins. Na América do Sul, isso produziu décadas de atraso científico na análise crítica da dogmática, exceto por umas poucas vozes mais conectadas com a criminologia.⁶²

A ciência do direito penal não pode ser reduzida a uma mera técnica jurídica, integrada somente por elementos jurídico-positivos. Por mais importante que seja uma dogmática positiva, não pode ser considerada uma ciência, pois afasta o direito de sua realidade social, de suas necessidades, supervalorizando o pensamento lógico-sistemático.

Precisamente a necessidade da convivência entre norma e valores deu lugar a constantes polêmicas com o objetivo de aproximar o direito penal da realidade social.⁶³

A dialética entre o poder político e a sociedade, que se expressa através de fenômenos sociais e, até mesmo, de manifestações politizadas dos grupos sociais, vem exigindo uma atuação menos intervencionista, enquanto mais eficiente em alguns setores da criminalidade. A própria estruturação de uma sociedade plural e mais tolerante, influi no redimensionamento do direito penal. De forma que tanto a doutrina quanto os meios políticos de controle social têm procurado obviar essas vicissitudes do

⁶² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5ª edição., Rio de Janeiro: Revan, 1999,p.28

⁶³ BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003. pág. 9.

organismo social, procurando os caminhos de maximização das potencialidades do direito penal.

Como descreve Isaac Sabbá GUIMARÃES:

Não se pode conceber um Direito Penal num plano extremo do positivismo, erigido unicamente em função dos valores escolhidos pelo legislador, como se ele fosse dotado de uma razão clarividente e justa, capaz de determinar, por seu único arbítrio, a satisfação das necessidades e interesses de uma comunidade. Um Direito Penal cunhado desta forma, correria o risco de ceder sua função instrumental a uma função puramente simbólica. Ademais, o ajuste do Direito Penal ao tempo e a uma determinada sociedade pode pressupor uma atividade dinâmica e em constante mutação, impondo a necessidade de não só se criminalizar, mas também de se descriminalizar, para se alcançar maior eficácia⁶⁴

A Constituição é, assim, um vetor diretivo para a normatização geral⁶⁵. Maria da Conceição Ferreira da CUNHA registra que “*seria inconstitucional criar uma ordem de bens jurídico-penais de forma a inverter a ordem de valores constitucionais.*”⁶⁶ A estruturação do Estado de direito tem sua gênese na Constituição, que será, pois, o elemento orientador de todas aquelas relações conformes a legalidade. À norma Fundamental também vem aderir o Direito Penal, estabelecendo com ela uma ligação estreita, quase que indissociável. Afinal, as leis penais, como, aliás, todo o ordenamento legal, não podem a ela se contraporem. Assim, o conteúdo do Direito Penal, as regras punitivas, as proibições, o objeto do crime, enfim, os bens jurídicos sujeitos à proteção, mantêm-se atrelados às linhas gerais traçadas pela Constituição.

O tratamento mais humano para o delinqüente, que consubstancia o princípio da humanidade, não está restrito a uma interpretação proibitiva de penas cruéis, de morte ou degradantes apenas em seu sentido lexical. Como defendemos em capítulo anterior,

⁶⁴ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo**. Curitiba: Juruá Editor, 2001. pág 60.

⁶⁵ Idem. Pág. 41

⁶⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime – uma perspectiva da criminalização**. Porto: Universidade Católica Português Editora, 1995. p 128.

o princípio da humanidade está inserido no princípio geral da dignidade da pessoa humana e, como tal, deve ser interpretado.

A dogmática penal deve orientar-se, como dito, pelos valores e vetores constitucionais, assim o princípio da humanidade logo avulta um campo ontológico de difícil demarcação, já que a dignidade da pessoa humana pode subsumir-se à generalidade dos bens jurídicos de dignidade constitucional e infraconstitucional.

O princípio da humanidade resguarda (deveria resguardar) não apenas a integridade física, mas também moral e a dignidade dos cidadãos em conflito com a lei penal. Maria da Conceição Ferreira da CUNHA sintetiza:

Aceitando ser a dignidade da pessoa humana o princípio fundante e rector das actuais Constituições democráticas de cultura ocidental, é evidente que os valores mais intimamente ligados a esta dignidade são de principal importância. Desde logo a vida, como base de todos os valores, terá de assumir papel cimeiro. Mas também a liberdade, nas suas várias expressões, e a integridade física e moral.⁶⁷

O direito penal não pode ser reduzido a um instrumento condutor da moral na fase de execução da pena, o que equivale a dizer que o princípio da legalidade deve estar, também, em sintonia com o princípio da humanidade.

O que se deve entender por *poena legali* é que ela deve estar de acordo com as exigências materiais do princípio da legalidade, vale dizer, em consonância, entre outros, com o princípio da humanidade. Uma pena que não se ajusta ao humanitarismo, que não respeite a pessoa humana e sua necessidade social, uma pena que seja apenas *vindicta*, não pode revestir-se de carácter de pena legal; é antes de tudo, uma pena inconstitucional.

O legislador, mesmo orientando-se pelos ditames constitucionais, não encontrará resposta para tudo na Lei Fundamental. Tratando-se de norma de carácter orientador e

possuindo a qualidade fragmentária, a Constituição não pode servir como tábua de salvação ao legislador, ou seja, ela não determina que bens jurídicos devam ser abrangidos pela tutela penal.⁶⁸

A configuração social com seus valores não pode ser desenhada com a lógica puramente formal, por outro lado, é o que se pretende despertar nessa pesquisa, o clamor social pela segurança não pode ser a fonte única da re (elaboração) da norma penal.

A integração da criminologia e da política criminal pode transformar a dogmática em uma cartilha própria e emancipatória sem deixar de ser garantista.

Até o final do século XIX, a dogmática jurídico-penal era a única ciência que servia para a aplicação do direito penal e, por conseguinte, a única que o jurista podia e devia legitimamente cultivar. Posteriormente, contudo, reconheceu-se que a tarefa social de controle do crime não podia bastar-se com uma ciência puramente jurídica, normativa e dogmática.⁶⁹ Ainda segundo Jorge de Figueiredo DIAS:

A consecução daquela tarefa com esperança mínima de êxito dependia antes também, em alto grau, de uma definição das estratégias de controle social do fenômeno da criminalidade, cujas quotas aumentavam por todo o lado: era o domínio por excelência da política criminal. Como dependia do conhecimento empírico da criminalidade, dos seus níveis e das suas causas, que precisamente uma nova ciência então nascente pretendia abarcar e desenvolver: era o domínio por excelência da criminologia. Foi mérito de Von Liszt ter criado, na base das especiais relações intercedentes entre estes vários pensamentos do crime, relações que assim não se confundem com as anteriormente referidas dentro da enciclopédia das ciências criminais, o modelo tripartido do que chamou a ciência conjunta (total ou global) do direito penal.⁷⁰

⁶⁷ Op. Cit. Pág 317-318

⁶⁸ Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE salientam que “Para o poder, o crime constitui um dos tópicos mais gratificantes” e citando N. MORRIS/G. HAWKINS, concluem que “Os políticos confiam exageradamente na lei criminal e gostam de invocar as sanções criminais a propósito dos mais variados problemas sociais, que mais não seja para declinar o seu fervor moral como expediente de capitulação política sobre o medo e a insegurança e, por isso, de legitimação das formas mais agressivas de poder” . In Criminologia – O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena, p. 414.

⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, **Direito penal parte geral – questões fundamentais à doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pág. 18

A ciência conjunta era composta pela dogmática jurídico-penal, como um conjunto de princípios submissos ao ordenamento jurídico-penal e que deveriam ser explicitados dogmática e sistematicamente; pela criminologia, como ciência das causas dos crimes e da criminalidade; e pela política criminal, como um conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo a qual o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições a ela relacionadas.⁷¹

Assim, a função da dogmática jurídico-penal transformou-se profundamente. O jurista deixa de ser considerado um simples fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, para se tornar em alguém sobre o qual recai a indeclinável responsabilidade de procurar e encontrar, se bem que de modo jurídico-formalmente válido, a solução mais justa para cada um daqueles problemas.

A questão metodológica não perde sua função, especialmente quanto a saber, dizendo-o através de uma fórmula aproximativa, mas que ganhou foros de cidadania na mais recente metodologia, até onde o pensamento do problema se pode introduzir no (ou mesmo se sobrepor ao) pensamento do sistema, em geral dominante na dogmática jurídico-penal.

⁷⁰ Ob. Cit. Pág. 19

⁷¹ BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003. “A criminologia constitui o mais precioso legado da Escola Positivista Italiana. Em um dado momento histórico coincidente com o positivismo, o Direito penal começa a sofrer uma mudança de direcionamento. Se até então o estudo do direito se concretizava no estudo da norma, passa a ocupar-se do delinqüente. O homem criminoso se torna o centro da atenção da ciência penal. Assim os fatores que se costumam associar à criminalidade recebem redobrada atenção do jurista e começa a surgir com força a criminologia como a ciência que se ocupa dos fatores determinantes da criminalidade através das vertentes do fato delitivo, do delinqüente e inclusive da vítima. Trata-se, portanto, de uma ciência empírica, e não meramente normativa. A Criminologia que temos hoje em dia não é tal como aparece no século XIX sob o signo do positivismo sociológico, senão que ampliou consideravelmente seu rol de objetos específicos de estudo, todos eles

Com o surgimento da criminologia, os fatos delitivos que sofrem respostas penais passam a ser objeto de estudo. Entre outras coisas, a criminologia ocupa-se das razões pelas quais esta ou aquela conduta são consideradas desvios pelo sistema penal, e, quais são os fatores determinantes nesta seleção de fatos que recebem o rótulo de delito.

Surge, outrossim, nos anos 70, a criminologia crítica, que destaca em sua análise, o estudo do mecanismo do controle social exercido pelo Estado, o que permite situar a ideologia política dos que detêm o poder.

Estes últimos enfoques foram desenvolvidos principalmente no marco de uma determinada onda de estudo nesse campo, com o aparecimento dos trabalhos dos americanos Erikson, Garfinkel e Schur que estabelecem as bases da teoria do *labelling approach*, em que se identifica o processo de etiquetamento das pessoas com o estigma criminal. Isso se produz a partir de um processo de seleção de condutas em princípio neutras como as que se atribui o rótulo criminal que se produz no âmbito legislativo e se denominam criminalização primária. Em seguida, se passa à criminalização secundária levada a cabo pela escolha das pessoas nas quais se vai levar a efeito a identificação e o etiquetamento individual, concretado no âmbito do aparato judicial.⁷²

A política criminal, por sua vez, tem multiplicidade de sentido, porém, o que interessa, nos limites desta investigação, é que ela pode ser entendida como atividade do Estado ou atividade científica. A primeira concepção diz respeito à parte política geral do mesmo Estado. Para BUSATO, Paulo César. HUAPAYA *“precisamente com relação ao fenômeno delitivo ou aos comportamentos derivados o Estado estabelece os fins que se têm que seguir para neutralizá-los e posteriormente a isso emprega os meios adequados para a consecução desses fins”*⁷³.

Como atividade científica tem por objeto o Estado e direciona sua atividade política criminal em sentido amplo; isto é, a determinação dos fins que pretendem ser

tendo como núcleo central a criminalidade, de maneira a converter-se em um importante ponto de referência para a política criminal e para a própria dogmática jurídico-penal.”

⁷² BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003. pág. 14-15

alcançados, como empregar o recurso do direito penal e em que medida se submeter aos princípios limitadores que estabelece o direito positivo.

Concluem BUSATO, Paulo César. HUAPAYA que “os princípios limitadores reconhecidos dentro de um Estado Social e democrático de direito têm que ser acolhidos pela Política Criminal, se é que se pretende um sistema garantista a um arbitrário.”⁷⁴

Não obstante, os avanços e evolução da ciência penal não se tem, ainda, mecanismos de equilíbrio que possam evitar sua submissão de garantida do poder político. “As sucessivas demonstrações de que o pretense isolamento valorativo da dogmática provocou um desenvolvimento sistêmico de alto grau que, quando utilizado mediante uma política criminal desviada, resulta em conseqüências funestas”⁷⁵ vem se repetindo.

A ciências auxiliares do direito penal parecem ter caído nas mãos do inimigo, a seletividade criminal é propiciada pela política criminal que, por sua vez, fomenta a dogmática penal para que atenda, em nome de um pseudo-sistema, o clamor social. Assim, a criminalização primária e secundária têm sempre endereços certos dos emissários do poder.

Como conseqüência, a sistematização das sanções penais reduz o seu significado apenas na enunciação (formal) da vedação da crueldade, banimento e morte. Com o fenômeno da globalização, isso se torna ainda mais evidente e se pode verificar que o fator econômico impõe distinções entre as pessoas, independentemente de outros fatores. Os excluídos compõem uma massa de dispensáveis para a manutenção do

⁷³ idem

⁷⁴ Ibidem pág. 19

processo, são, sistemática e ontologicamente anulados, banidos em nome e a despeito da lei penal.

O princípio da humanidade não se compatibiliza, também, com o aprofundamento das diferenças e exclusões em nome do equilíbrio da ordem social. Uma dogmática penal que serve como instrumento de desigualdade social não é legítima e deve ser abandonada.

2.1. Dogmática penal em face do princípio da humanidade.

As perspectivas de consagração e efetivação dos Direitos do Homem devem pautar a reforma do sistema penal positivo, especialmente quanto ao processo de seleção dos bens jurídicos protegidos e a releitura do princípio da humanidade.

A norma constitucional do artigo 5º, XLVII, que enuncia o princípio da humanidade, não pode ser lida de forma restrita. Segundo ZAFFARONI e PIERANGELI⁷⁶ o dispositivo indica a racionalidade das penas, segundo o qual as penas cruéis estão proscritas do direito penal brasileiro. Todavia, há um sucedâneo que deve ser depreendido do princípio constitucional: a exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica conseqüência, não haja delitos que possam ter penas ou conseqüências penais perpétuas.

Por mais grave que seja um delito, sua conseqüência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve “pagar a sua culpa”, isto é, que num estado se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito

⁷⁵ Ibidem pág. 19

perca sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo “marcado”, “assinalado”, estigmatizado pela vida afora, reduzindo à condição de marginalizado perpétuo ou banido da sociedade.

Já não se pode conceber uma dogmática opressiva e, em sendo, não tem legitimidade e não pode ser observada pelos seus aplicadores.

Não é suficiente dizer que o legislador a escolhe em inteira liberdade e que o intérprete só terá de ir buscar a lei. A solução terá, antes, de se alcançar por uma via apontada para a descoberta de uma solução justa do caso concreto e simultaneamente adequada ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal. O que supõe a penetração axiológica do problema jurídico-penal, a qual, no âmbito da dogmática, tem de ser feita por apelo ou com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a valorações político-criminais co-naturais ao sistema. Por esta via, se rejeita-se o puro dedutivismo conceitualista (típico de uma jurisprudência dos conceitos, ainda que teleológica) que infelizmente não se pode dizer de todo ultrapassado na dogmática jurídico-penal. Mas por igual se rejeita a legitimidade para, a partir de estruturas ônticas ou lógico-materiais pré-jurídicas, extrair-se delas, por necessidade, a solução de problemas jurídico-penais práticos. Também nas questões de que trata a dogmática jurídico-penal, a atenção prioritária deve ser concedida a considerações de concreta justiça material no selo do sistema dirigido político-criminalmente (e nesta acepção ao pensamento do problema), não a ilações retiradas dos dados pré-jurídicos ou do sistema formal-legal'."

⁷⁶ ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, 5ª edição: Parte Geral. São Paulo: RT, 2004.

Aqui merece destaque o papel do poder judiciário. O penalista italiano LUIGI FERRAJOLI⁷⁷ ao alertar para o verdadeiro papel do judiciário, acena para o afastamento de qualquer hipótese de reprodução da retórica legitimante do poder penal:

O papel do Poder Judiciário é imenso, como um mecanismo impeditivo da invasão de um poder em outro, assumindo assim o principal papel, vez que constitucionalismo e garantismo significam submissão à lei. Nesse sentido, ambos geram um fenômeno relativamente novo, qual seja, o da limitação de poderes e da legalidade na atuação desse poder. É, digamos, a outra face do Estado de Direito, que vincula também o legislador, e assim faz crescer os vínculos e os limites legais. Neste ponto, todas as esferas de poder, público, privado, estatal, internacional, exigem um controle de jurisdicionalidade, com o objetivo de recompor as violações, seja através do controle de constitucionalidade ou, por exemplo, num recente fenômeno da história europeia, da punição à criminalidade de poder, como a corrupção, a concussão, etc., que são, de um lado, atreladas ao aumento das funções estatais, mas de outro são também elementos estruturais extremamente ligados à regulação capilar do exercício dos poderes públicos, ao menos no modelo de Estado de Direito.

E finaliza:

Assim o papel da jurisdição é, antes de tudo, destinado ao controle sobre a ilegalidade no exercício do poder. Não porque hoje há um poder mais corrupto do que no passado, mas porque, de um lado, aumentou a complexidade de organização do Estado e, de outro, também houve um aumento da estrutura garantista do Direito. E cada aumento de garantia, isto é, de limites e vínculos, comporta um aumento no papel da jurisdição. Naturalmente a legitimação do papel do Poder Judiciário se dá pela legitimação da norma, ou seja, a legitimação pelo Direito Penal, processo penal, processo civil, que fazem com que esse poder seja naturalmente um poder de recomposição e não de decisão.

Enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias readaptações legislativas, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, 'efetuar as correções das leis', utilizando-se para tal dos 'modernos mecanismos hermenêuticos', como a interpretação conforme a Constituição, a nulidade sem redução de texto e a declaração da inconstitucionalidade das leis incompatíveis com a Constituição.

⁷⁷ Entrevista concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14.12.1997, em Roma, constante do Boletim IBCCrim, ano 7, nº 77, sob o título A teoria do Garantismo e seus Reflexos no Direito e no Processo Penal, quando questionado: Qual pode ser o papel do Poder Judiciário?

Lênio STRECK⁷⁸ enfatiza que o Estado Democrático de Direito estabelece um novo modelo de Direito. Nele, a Constituição deve ser vista como instância garantidora das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade, além do que deve ser entendida "precisamente como zona más o menos segura de mediación, aparte de la habitual entre legalidad y legitimación, también – más radicalmente y vinculado a todo ello – entre legitimidad y justicia". A partir disso, há que se ter claro que "princípios valem, regras vigem", sendo a "violação de um princípio muito mais grave que a transgressão de uma norma", tudo porque – e não deveria haver qualquer novidade nisto – todas as normas constitucionais são vinculativas e têm eficácia, podendo-se dizer que hoje "não há normas programáticas". Qualquer norma infraconstitucional deve passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional ("validade como questão primária e vigência como questão secundária" – FERRAJOLI).

Nesse contexto, a crise que atravessa a dogmática jurídica aparece com mais especificidade no campo do Direito Penal, onde cada vez mais o longo braço da justiça penal atinge as camadas pobres da população. Nesse sentido, levando em conta os ditames constitucionais que apontam para a construção de uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e as desigualdades regionais, é fundamental que os crimes que colocam em xeque esses objetivos sejam punidos com mais rigor do que aqueles que tem índole meramente interindividual. Por isso, deve-se pugnar por um direito penal mínimo para condutas (bagatelares, de mera conduta, etc.) que não lesam à comunidade e os objetivos do Estado Democrático de Direito, e por um direito penal interventivo naquilo que diz respeito à criminalidade econômico-social, estes sim,

⁷⁸ Sobre a crise do Direito e da dogmática jurídica, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. "Uma exploração hermenêutica da construção do Direito"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

lesivos aos propalados objetivos desse novo modelo de Direito (como a igualdade, justiça social, etc.). Como bem assevera FERRAJOLI, "somente um direito penal reconduzido unicamente às funções de tutela de bens e direitos fundamentais pode, de fato, conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica!" É isto que podemos chamar de relegitimação do direito penal.

A tarefa mais urgente que na atualidade compete à dogmática penal, é a de reexaminar todos os problemas fundamentais da teoria do delito, fazendo-a à luz das mais recentes contribuições das ciências sociais, ou seja, da sociologia, da criminologia, e, sobretudo, da psicologia. Hoje, finalmente, não mais é possível continuar a tratar e resolver as principais questões da teoria geral do delito, e muito especialmente as relativas ao elemento subjetivo, baseando-se nos tradicionais critérios da psicologia empírica ou do senso comum.

2.2. Dogmática do inimigo

Se o aparelho conceitual da dogmática jurídico-penal deve ser determinado a partir de proposições político-criminais; e se desta forma, mas por outro lado, é a política criminal que pertence definir as fronteiras da punibilidade, não é legítimo que a política criminal possa e deva fazer apelo direto e imediato ao sistema social para estabelecimento de suas finalidades e proposições. Segundo Jorge de Figueiredo DIAS:

Exacto é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devem, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediato e positivado pela Constituição. Apenas desta maneira poderá de

resto a política criminal, como deve, conceder uma importância primária à protecção dos direitos, das liberdades e das garantias de toda e qualquer pessoa, incluído o delinqüente mais empedernido. Muito recentemente veio Jakobs repudiar esta proposição fundamental pretendendo, com pelo menos duvidosa razão, louvar-se num pensamento de Kant, sustenta ele que o direito penal do cidadão, aplicável a todos os que pertencem a uma comunidade legal, não deve valer para aqueles que se recusam a participar nela, tentando obter a aniquilação dessa comunidade (os terroristas) ou violando repetida e persistentemente as normas que os regem (os delinqüentes por tendência perigosos) Assim, nas palavras do A., ...o direito penal do cidadão é o de todos, o direito penal daqueles que se unem contra o inimigo; face ao inimigo há apenas coacção física, até chegar à guerra. Essa concepção é de todo inadmissível, logo por poder descambar em um direito penal do agente sob as formas mais agressivas que assumiu o Estado nacional-socialista alemão, mas, sobretudo e em definitivo, por contrária ao fundamento primário do Estado de direito e à concepção de pessoa que lhe dá fundamento. Na afirmação de Eser, “que os inimigos não sejam tidos como pessoas, é uma consideração que já conduziu muitas vezes à negação do Estado de Direito. Ou nas palavras paradigmáticas de Pedro Caeiro: ao sustentar que o inimigo não deve ser tratado como pessoa, Jakobs normativiza por completo aquele que é o arrimo último do Estado de Direito: a pessoa deixa de ser substantiva, dotada de realidade própria por força do nascimento, para passar a ser um atributo eventual, algo de semelhante à persona romana e ao subjectum medieval, pessoa é, então, não a pessoa humana, mas aquilo que se predica a cada indivíduo na cidade. Ora, foi precisamente este discurso que legitimou a escravatura e o holocausto. E, é evidentemente, uma ruptura civilizacional intolerável⁷⁹

O banimento, a crueldade, degradação e a pena de morte assumem novos significados e se consubstanciam na anulação ontológica e na exclusão social; são as novas armas contra os inimigos que colocaram em conflito com as normas de protecção do poder redesenhadas pela dogmática.⁸⁰

Segundo Eugênio Raúl ZAFFARONI,⁸¹ o âmbito do penal e o conceito de pena é definido por um ato de batismo legislativo. A decisão do horizonte de projecção do saber penal cabe aos homens que se divulgam para os votos. Assim, um fato do poder decide os rumos do direito penal.

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito penal parte geral – **questões fundamentais à doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pág. 35.

⁸⁰ Segundo Louk Hulsman: “ As regras de vida na prisão fazem prevalecer relações de passividade-agressividade e de dependência-dominação, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo; são regras que alimentam o desprezo pela pessoa e que são infantilizantes. O fato de que, durante o enclausuramento, as pulsões sexuais só possam se exprimir sob a forma de sucedâneos fantasiosos – masturbação ou homossexualidade, aumenta o isolamento interior. 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. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados” HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline. Penas perdidas. Pág. 63.

Para ZAFFARONI,⁸² apesar do discurso jurídico-internacional deslegitimar as guerras, as guerras existem e existem exércitos, fábricas de armamento convencional, programas caríssimos de sofisticado armamento, de igual forma, apesar da vedação Constitucional das penas cruéis, degradantes, de banimento e morte, existe a prisão e o sistema penitenciário e as enunciações normativas que ignoram a dignidade da pessoa humana.

O poder, valendo-se do sistema penal contra seus inimigos torna as penas extremamente violentas, seja na sua enunciação ou aplicação.

Ainda segundo ZAFFARONI,⁸³ os dados sociais demonstram, claramente, que em função do poder, o sistema penal torna-se ilegítimo, convertendo-se em um aparelho de terrorismo estatal. Nilo Batista⁸⁴ acena que vivemos numa conjuntura na qual o projeto econômico que produz massivamente marginalização social, requer crescentemente controle penal, cujo afazer ganha as características de uma luta, que é a mesma luta pelo direito fundador da dogmática, nesses tempos sombrios.

Os efeitos da globalização auxiliam na eleição dos inimigos, a dogmática tece sua teia de sofismas em atendimento não aos valores, mas aos clamores sociais. A secularização e banalização das penas encontram ressonância mesmo entre os inimigos em potencial, os que manifestam indiferença aos princípios humanitários poderão estar entre as vítimas futuras.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. pág. 185

⁸² Idem.

⁸³ Idem. Para Zaffaroni “se o exercício do poder fosse racional, não haveria espaço a guerra nem para o sistema penal.”

⁸⁴ Prefácio CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

O clamor social, alienado, despreza de tal forma o princípio da humanidade que não se resistiria a um plebiscito sobre pena de morte.⁸⁵ Enquanto as medidas estão refreadas (formalmente) pelo princípio da humanidade, as manifestações do poder são aplicadas em partículas esparsas em várias leis penais. Segundo René Ariel DOTTI:

No campo da administração da justiça penal, os seus operadores estão sofrendo a amarga experiência da inflação legislativa, responsável por um tipo de direito penal do terror que, ao contrário de seu modelo antigo, não se caracteriza pelas intervenções na consciência e na alma das pessoas, tendo à frente as bandeiras do preconceito ideológico e da intolerância religiosa. Ele se destaca, atualmente, em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema positivo. A primeira fomenta o justicamento social determinado pelos padrões sensacionalistas da mídia que subverte o princípio da presunção de inocência e alimenta a fogueira da suspeita que é a justiça das paixões, consagrando a responsabilidade objetiva; a segunda anarquiza os meios e métodos de controle da violência e da criminalidade, estimula o discurso político e revela a ausência de uma Política Criminal em nível de Governo federal.⁸⁶

Aponta Zafaroni que a dogmática jurídica “estabelece limites e constrói conceitos, possibilita uma aplicação do direito penal segura e previsível e subtrai essa aplicação da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação. O certo, porém, é que não bastam a previsibilidade das decisões nem a construção conceitual para prover segurança jurídica, sem prejuízo de que muitas vezes a dogmática nem sequer tenha permitido tal ⁸⁷ previsibilidade.”

Acena, também, que é inegável que existam usos relativamente perversos do método dogmático. Quando sua aplicação está estritamente limitada às leis clássicas, a restrição de dados para interpretar, reduzindo-os aos normativos (dever-ser), a refutação de dados do ser ou sua seleção arbitrária e a incorporação de dados do dever ser como se procedessem da realidade, numa confusão dos planos normativo e ôntico)

⁸⁵ O plebiscito do desarmamento só encontrou resposta negativa em virtude do clamor social de que devemos manter nossas armas para “matar” os bandidos

⁸⁶ DOTTI, René Ariel, **Revista síntese de direito penal e processual penal** – Nº 1 – Abr-Mai/2000

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 5ª edição, revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004. pág. 155.

permitem construções especulativas conceituais que possibilitam a imposição de penas a fatos que não são ações nem são lesivos; que todo resultado seja considerado previsível; que de todo comportamento se deduza insurgência quanto a um valor jurídico; que todo vulnerável seja tido como perigoso; que todo dissidente seja considerado inimigo do estado ou da sociedade; que toda lesão seja vista como censurável; ou ainda que toda censura alcance a máxima entidade.

Em relação a esta dogmática do inimigo, manifesta-se o autor:

Todas essas racionalizações (falsas aparências de racionalidade) foram historicamente construídas em forma de sistema. Prova disso é que, salvo uma minoria, os penalistas alemães restantes continuaram trabalhando com método dogmático sobre a legislação penal nacional-socialista, método também usado pelo fascismo, que se colocou a serviço da segurança nacional em nosso continente e que hoje, potencializando o estado de polícia, atende aos esforços de uma absolutização da chamada segurança cidadã com teorias de prevenção geral. Tais racionalizações autoritárias legitimam o poder punitivo, começando por legitimar toda a criminalização primária de maneira acrítica. Para cumprir essa função política, seu ponto de partida teórico é uma confusão nos planos normativo e fático: o requisito republicano, segundo o qual o legislador deve ser racional, transmuta-se na ficção de que o legislador é racional.⁸⁸

⁸⁸ Idem pág. 156.

Capítulo III

3. SOCIEDADE PUNITIVA

A sociedade punitiva evidencia um direito penal seletivo e elitista, a guerra contra o crime se transforma em guerra contra os pobres. Frutos dos efeitos devastadores da seletividade social, os clientes e destinatários e os passíveis de encarceramento estão entre os excluídos, são os delinqüentes, são os opositores aos “homens de bem”.

Sem lugar no espaço público, os delinqüentes não encontram nos aparelhos dos Estados mecanismos eficientes de garantia de direitos sociais básicos. As necessidades fundamentais do ser humano não são atendidas. Sem acesso à moradia, saúde, educação, trabalho e lazer, criados pelo próprio sistema, transformam-se em obstáculos. À semelhança de dejetos nas escalas de produção industrial, ainda não se desenvolveram sistemas ou métodos de reciclagem, o aprisionamento é a “solução” mais esperada e, aplicada.

Como se acena no primeiro capítulo, o clamor social, pragmatista, impulsiona os mecanismos do poder a despeito do princípio da humanização das penas, tanto nos enunciados penais quanto na execução das medidas impostas.

A vedação constitucional de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis se opõe, apenas formalmente, aos anseios da sociedade punitiva.

As sociedades primitivas são conservadoras e baseiam muitas vezes a sua continuidade na preservação da diversidade, enquanto que a sociedade atual transveste seu conservadorismo em democracia e, em nome do sufrágio universal, do

parlamento, da liberdade de expressão e da suposta defesa de direitos sociais, midiática, pela televisão e por sondagens, a continuidade do espetáculo da punição.

A penalidade na sociedade punitiva e neoliberal é paradoxal, pretende remediar com um estado mais policial e penitenciário e menos estado econômico e social, que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os Países do Primeiro e do Segundo Mundo. Ela ressalta a onipotência do Estado no domínio restrito da manutenção da ordem pública, simbolizada pela luta contra a delinquência de rua.

A cultura contemporânea globalizada adotou um paradigma absoluto de violência triunfante. A agressão é considerada boa e justa, sem que seja possível resistir-lhe. A força bruta faz a verdade, quando se sabe que a violência é ineficaz, sempre.⁸⁹ Luís

MIR sintetiza:

Se a guerra consegue ferir emocionalmente a vida de uma coletividade ou a relação entre as nações e os Estados de forma tão cruel, significa que essa sociedade ou essas nações e esses Estados têm como modelo o guerreiro, o predador? A guerra e a violência, assimiladas como organismos gestores das relações sociais, estão acima da cooperação, da solidariedade, da dignidade humana, que continuam presentes nas sociedades, nas nações e nos Estados, mas alquebradas pelas infinitas violências. O fato de que prevaleçam as violências nas relações condena essa sociedade à utopia da paz impossível e à realidade da dor e da morte.⁹⁰

A sociedade com anseios violentos, que ignora o princípio constitucional da humanidade das penas, objetiva manter os indivíduos num estado de mediocridade radical, de fusão compulsiva com os valores de coesão social, exige uma cultura de neutralização de qualquer crítica. Reflete um poder que mantém os indivíduos-objeto previsíveis, cujas necessidades não ultrapassem cotidianamente as grandes linhas demarcadas na superfície do Estado.

⁸⁹ MIR, Luís. Guerra civil: **estado e trauma**. São Paulo: Geração Editorial, 2004. pág. 296

⁹⁰ Idem. Pág. 298.

A pobreza é a arma mais extremada e eficiente do Estado. Mata lentamente, reduz suas vítimas a andrajos humanos e é extremamente barata.

Loic WACQUANT descreve:

A violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a escravidão interna se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apóia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre feras e doutores, os selvagens e os cultos, que tende a assimilar marginais, trabalhadores e criminosos, de modo de que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem⁹¹

Luís MIR aponta em sua pesquisa que até o início da década de 1970, pessoas de diferentes classes sociais conviviam no mesmo espaço das escolas públicas às áreas de lazer, porém uma “guetificação” das classes, gerou na classe média o medo dos pobres.

No Brasil, o maior número de vítimas da violência se encontra abaixo da linha da pobreza, e os grupos mais atingidos pelo desemprego e mais marginalizados pelo sistema de ensino concentram o maior número de vítimas da repressão arbitrária da polícia e do crime ordinário. Segundo o autor, o quadro é paradoxal, os que mais padecem enquanto vítimas da violência difusa e privatizada são também os mais apontados como seus agentes. A pobreza é determinante, ora da vitimização, ora da ação violenta.

A despeito do retorno à democracia constitucional, o Brasil nem sempre construiu um Estado de direito. As duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante, tanto sobre o funcionamento do Estado como sobre as mentalidades coletivas, o que

⁹¹ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. pág. 9

faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem como tolerância à “*bandidagem*”⁹²

Assim, a sociedade punitiva desenvolve o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, o que equivale a restabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres.

O anseio punitivo não é exclusivo de nossa sociedade ou do nosso sistema jurídico-penal, pois na sociedade mundial, o surgimento de novas situações tidas como arriscadas, as incertezas e seguranças criadas pelos riscos tecnológicos determinam uma crescente demanda social por segurança, que se revela normativa e substancialmente direcionada ao sistema penal desumano.⁹³

Loic WACQAUNT, analisando nosso sistema diz que, uma última razão, de simples bom senso, milita contra um recurso acrescido ao sistema carcerário para conter a escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil. Segundo o autor, é o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial de dejetos

⁹² Idem.

⁹³ O antropólogo Claude Lévi Strauss, em *Tristes Trópicos* apud Passeti e Roberto Baptista da Silva, fala dos costumes judiciários e penitenciários, contrapondo sociedades antropofágicas, que absorvem indivíduos detentores de grande força para neutraliza-los, e beneficiarem-se dela, a sociedade que adota a antropemia (do grego emein, vomitar), como a nossa, que, diante do mesmo problema, caminha no sentido inverso, matando-os temporária ou definitivamente isolados ou até mesmo expulsando-os. É a infantilização do culpado gerando resultados contrários ao que pretendia; é, ao mesmo tempo, o culpado tratado como um adulto a quem se recusa o consolo; é acreditar que na nossa sociedade, em nome do progresso espiritual, preferimos a mutilação física e moral a alguns semelhantes em vez de consumi-los.

sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica, dissuasão, neutralização ou reinserção:

O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, frequentemente inocentes, são empilhados, meses e anos em completa ilegalidade, até oito em selas concebidas para uma única pessoa, onde são reconhecidos pelo aspecto raquítico e tez amarelada, o que lhes vale a alcunha de amarelos) negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão de doenças como tuberculose e do vírus de HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre os detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, assassinatos em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada e das carências de supervisão” Mas o pior, além disso tudo, é a violência rotineira das autoridades, indo desde as brutalidades cotidianas à tortura institucionalizada e às matanças em massa por ocasião das rebeliões que explorem periodicamente como reação às condições de detenção desumanas, e que se desdobra numa impunidade praticamente total. Nessas condições, o aparelho carcerário só serve para agravar a instabilidade e a pobreza das famílias cujos membros ele seqüestra e para alimentar a criminalidade pelo desprezo escandaloso da lei, pela cultura da desconfiança dos outros e da recusa das autoridades que ele promove.⁹⁴

Vê-se que os anseios da sociedade punitiva são aplaudidos e antecipados até mesmo nas prisões cautelares, comumente verifica-se a tênue fundamentação ou argumentação para a prisão preventiva baseada no pressuposto da garantia da ordem pública. Ordem pública e clamor social passaram a ser sinônimos, a expressarem uma única preocupação, “o criminoso incomoda”, ainda que não represente perigo.

A inconstitucionalidade do clamor público, alarma social, comoção social, repercussão social, deriva dos princípios constitucionais da legalidade, da presunção de inocência, da proporcionalidade e da humanidade.⁹⁵ Todavia, a sociedade punitiva, talvez sem consciência disso, aplica o conceito Hegeliano, taxando a pena como a

⁹⁴ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. pág. 13

⁹⁵ “À vista dos grandes problemas que ameaçam a sociedade, no atual discurso político, o Direito Penal não vale tendencialmente como última, mas sim como a prima e, inclusive a sola ratio” (Alberto Silva Franco, *Globalização e Criminalidade dos Poderosos*. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo: RT, 2001, p. 270).

supressão do crime; o crime é a negação do direito, castigando-se o criminoso, restaura-se o direito.⁹⁶

Segundo Carlos Roberto BACILA, no exercício de sua atuação, a sociedade e o sistema penal atuam com regras paralelas, ao que denomina, meta-regras, que acabam selecionando as pessoas que serão efetivamente criminalizadas.⁹⁷

3.1. Descriminalização: um caminho para humanização

Os debates acerca da descriminalização têm encontrado um óbice, quase intransponível, que supera a simples análise das desinências negativas, ou seja, a conjugação globalizada do verbo discriminar.

Como um ciclo vicioso, a discriminação, a rotulação dos excluídos das pautas de produção e consumo levam a criminalização de condutas no afã da proteção dos poderes dos inseridos naquelas relações da aldeia global.

Pretende-se, neste capítulo, apontar os processos de criminalização de condutas e a falência prática das previsões sistemáticas das expressões “reeducação”, “reinserção social” ou “ressocialização” que se atribui à execução das penas e medidas penais privativas de liberdade.

⁹⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997, pp. 104

⁹⁷ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.Editora, 2005. pág. 194.

A etiquetagem, seletiva, pelo sistema penal (lei, polícia, justiça) atinge, principalmente àqueles que não tiveram acesso à educação, ainda que formal e, sempre estiveram fora da sociedade, marginalizados. A falácia dos meios de execução de penas, consiste paradoxalmente em reeducar, quem nunca teve acesso à educação e a ressocializar quem sempre esteve à margem da sociedade.

Ressocializar o delinqüente sem avaliar ao mesmo tempo o conjunto social no qual se pretende incorporá-lo significa, pura e simplesmente, aceitar a ordem social vigente como perfeita, sem questionar nenhuma de suas estruturas, nem sequer aquelas mais diretamente relacionadas com o delito cometido.

PARSONS ⁹⁸ põe em relevo a importância que as relações interativas entre o sujeito e a sociedade têm para o processo ressocializador. Para ele, deve-se buscar os fundamentos da realidade cumulativa do comportamento desviante.

Indicar-se-ão, de início, conceitos de globalização, descriminalização, despenalização, diversificação e a forma paradoxal do incentivo à criminalidade a partir de imputações teóricas de condutas criminosas e a discriminação disseminada pelos processos globalizantes.

Segundo Rômulo de Andrade MOREIRA,⁹⁹ “a globalização traduz uma idéia de internacionalização nas relações entre os povos, um inter-relacionamento entre os Estados nacionais de modo que se identifica, ao lado desta micro realidade, uma só região, um só mundo, ou, como dizem muitos, uma verdadeira ‘aldeia global’. Esta

⁹⁸ PARSONS, Talcot. La Estructura de la Acción Social,t.1.Madrid:Guadarrama, 1968,

⁹⁹ MOREIRA, **Rômulo de Andrade. Globalização e crime** . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2477>>. Acesso em: 03 ago. 2004.

única e internacional realidade se reflete inexoravelmente na economia, na política, nos negócios, no direito, etc. É claro que as soberanias dos Estados prevalecem (ao menos do ponto de vista formal), mas também é inegável que entre eles já há um elo de ligação fortíssimo, auxiliado principalmente pela massificação dos meios comunicação e da língua inglesa, além das facilidades dos meios de transporte.”

Assim como no século XVIII e início do século XIX, assistiu-se a uma revolução na indústria, na agricultura e nos transportes, a globalização representa hoje, pode-se dizer, uma nova revolução mundial.

Lizt Vieira (apud ABILI LÁZARO CASTRO LIMA, 2002) sintetiza a globalização e seus efeitos:

... o atual padrão mundial de acumulação e desenvolvimento, assentado no domínio das informações, do saber e das novas tecnologias – e não apenas do capital e do poder de coerção-, reduz a oferta de empregos produtivos e reforça tendências de exclusão social. Ao valorizar a competição que favorece o mais poderoso e/ou mais apto (e nesse sentido revalorizando a desigualdade em detrimento da solidariedade, da justiça e da equidade), a reestruturação em curso vem estimulando conflitos sociais, religiosos, nacionais, étnicos (Abreu, 1995), e transformando os trabalhadores em população descartável.¹⁰⁰

É inegável que, com os efeitos da globalização, houve um desmonte do Estado Social, erigiu-se, um “Estado Penal” e sobreveio uma violenta criminalização da pobreza. O crime, por outro lado, passa a servir como forma de solução de problemas.

Os excluídos das relações de produção e consumo pelos mecanismos da globalização passam a ter, no crime, a solução para sobrevivência ou alcance na igualdade consumista. Se não podem adquirir produtos, vêem nos crimes patrimoniais (cada vez mais seletivos e com penas maiores) a possibilidade do restabelecimento de

¹⁰⁰ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise de mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2002, pag. 133

certas igualdades. Assim, como subproduto da globalização a criminalidade passou a ser um bem social negativo e, se pesquisarem os fatores de sustentação e contribuição destes “bens sociais”, dar-se-á de encontro com o próprio poder.

O mundo globalizado enseja um quadro de exclusão social, segundo DUSSEL,¹⁰¹ e os excluídos são discriminados e suas condutas são incriminadas para a garantia do progresso e manutenção do poder.

É possível afirmar que no mundo globalizado a soberania é apenas e tão somente formal, vez que políticas públicas emancipatórias não são instituídas porque o governo não tem poder para tanto; se não tem poder, não se pode ter soberania, está instituído para manter a ação depredatória do capital internacional. Não é falaciosa, outrossim, há afirmação de que, sem prisão o capitalismo não sobrevive um só dia.

Da prisão fascista, GRAMSCI também meditou sobre a crise da noção de progresso, concluindo que não era a própria noção que havia sucumbido, mas seus portadores, os quais na luta com a natureza que a noção impõe, desencadearam forças tão ameaçadoras que eles mesmos se tornaram natureza: o fracasso era de seus portadores, os quais transformados em natureza, deviam ser controlados a fim de permitir o progresso.¹⁰²

Foi com MARX que se iniciou a observação do movimento dialético da modernidade, que leva a considerar vãos os esforços de uma evolução progressiva e

¹⁰¹ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**, Petrópolis, 2000, Vozes, p. 333

¹⁰² Gramsci, Cuadernos de la cárcel, n. 2.

de uma emancipação definitiva, porque tanto uma quanto a outra contêm e geram seus próprios contrapontos, resistências e reveses.

Como contraponto, ainda que como paliativo, é preciso e possível reconstruir o edifício social sobre a base da igualdade e dignidade humana, cujo processo deve passar pela descriminalização.

Antes, um esclarecimento: quando se trata de definir e precisar o conteúdo de descriminalização, não existe um inteiro acordo entre os autores. Quem de maneira muito apropriada cuidou dessa questão (in folha de São Paulo de 24.07.95, p. 3-2) foi Josué Machado, que procurou acentuar desde logo que nossos dicionários não registram a palavra descriminalizar.

Criminar, bem salientou o articulista, apoiando-se em Caldas AULETE, significa “imputar um crime a, considerar como criminoso”. Criminalizar, por sua vez, consiste em “resolver que constituiu de ora avante crime determinado ato só considerado infração ou delito até então. Tornar criminal”. Descriminar “é palavra formada pelo prefixo latino “des” mais “criminare” (acusar) e, convém repetir, significa absolver, tirar a culpa a, inocentar, absolver da acusação do crime.”

A abordagem deste trabalho não pretende usar o conceito de absolver certas condutas, e sim, exprimir o oposto a criminalizar, não o de criminar.

A palavra não está “dicionarizada”, mas é inegável “que deveria existir “descriminalizar”, como concluiu Josué MACHADO, com o sentido específico de “resolver que de agora em diante não mais constitui crime ato até então considerado como tal”..descriminalizar não existe por falha dos dicionários, mas deveria existir como

antônimo de criminalizar”. Em resumo, não é por causa de uma falha lexicográfica que vai se deixar de empregar a palavra correta.

Descriminalização é sinônimo de retirar, formalmente ou de fato, do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas. Pode ser formal ou em sentido estrito, ou seja, aquela que sinaliza o desejo de outorgar um reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, por exemplo o aborto consentido e o adultério. Pode ser ainda, substitutiva ou de fato. A substitutiva consiste nos casos em que as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais; a de fato quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido a competência para tal, permanece o conceito técnico-jurídico, eliminando-se somente a aplicação efetiva da penal.

Por despenalização entende-se o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal.

Quando se colocou em pauta no Brasil, por intermédio do então Ministro da Justiça e hoje do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, o assunto da descriminalização das drogas, a sua intenção efetiva, pode-se depreender de suas declarações, não se tratava de descriminalização e sim, despenalização (evitar, o máximo possível a pena de prisão). Os juizados especiais criminais representam, hoje, o programa mais eficaz de despenalização.

Diversificação significa a suspensão dos procedimentos criminais nos casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência. Implicará, em

certas situações, remeter o problema às partes diretamente envolvidas para que o resolvam com ou sem ajuda de um organismo externo. Outras vezes enfatiza-se mais a atuação de um organismo externo *ad hoc* que não pertence aos sistemas penais ordinários.

O autor norueguês Nils CHRISTIE leva a opção diversificadora até seus últimos extremos. Para este abolicionista, a punição significa um sofrimento que deve ser minimizado a todo custo por meios alternativos de resolução de conflitos. Toda sua obra busca reduzir o sofrimento, aumentando as respostas positivas e confiar basicamente nos seres humanos comuns (Christie, 1977; 1984; 1989). Para ele, a via mais eficaz para alcançar este objetivo é a descentralização do poder. O controle social não oficial necessita de que o poder esteja mais próximo do ser humano, com suas unidades autônomas atuando na base dessa forma alternativa de poder (Alves Costa, 1992:258 ss.).¹⁰³

Todas as sociedades contemporâneas, que institucionalizaram ou formalizaram o poder (estado), selecionaram um reduzido número de pessoas as quais se submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante chama-se criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal.¹⁰⁴

Pode-se afirmar que a sociedade se divide em criminosos e não criminosos e o que os diferenciam são apenas os rótulos oriundos dos processos de discriminação,

¹⁰³ ALVES COSTA, Sidney. **Abolicionismo penal: ontem, hoje e amanhã**. Livro de Estudos Jurídicos, n. 4, coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, III:30

baseados, na maioria das vezes, em estereótipos da pobreza e da miséria. Os que não são responsabilizados são isentos pelo poder.

Segundo Alessandro BARATA,¹⁰⁵ existe documentação concreta que demonstra, além de qualquer dúvida razoável, como o nosso sistema de escola pública se recusou a assumir a função de facilitar a mobilidade social e, em realidade, tornou-se instrumento de diferenciação de classe, em nível econômico e social, na sociedade americana.

A homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação os processos marginalizadores. Por isso, encontra-se no sistema penal, em face dos indivíduos provenientes dos estratos sociais mais fracos, os mesmos mecanismos de discriminação do sistema escolar.

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país de pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra negra.

¹⁰⁴ Aniyar de Castro, Lola, **El proceso de criminalización**, pp. 6 ss.; Baratta, Alessandro, *Criminología y dogmática penal*, p. 26 ss.

Criminalização primária é o direito penal abstrato, tem a ver com os conteúdos, mas também com os “não conteúdos” da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade.

As malhas dos tipos penais são, em geral, mais sutis nos casos dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de “colarinho branco”. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes.

Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato.¹⁰⁶ Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade, principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-las.

Têm sido colocadas em evidência as condições particularmente desfavoráveis em que se encontra, no processo, o acusado proveniente de grupos marginalizados, em face de acusados provenientes de estratos superiores da sociedade. A distância

¹⁰⁵ BARATTA, Alessandro, **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**/Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

¹⁰⁶ Idem pág. 176.

lingüística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos desfavorecem os indivíduos enfraquecidos economicamente pela globalização.

A seletividade não é feita segundo um critério exclusivo, também é condicionada pelo poder de outras agências: de comunicação social, políticas etc. A empresa criminalizante é sempre orientada pelos empresários morais (comunicadores, políticos). Em qualquer caso, a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado.

A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos meninos de rua, dos usuários de droga etc., não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuam as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhes retire a centralidade comunicativa.

Vêm-se, desde logo os efeitos penais da exclusão predatória da globalização que induzem o direcionamento e criam-se condições para a discriminação de certos grupos humanos, então identificados como responsáveis por todos os males (bodes expiatórios).

A vulnerabilidade não é só de classe, como também de sexo, etária, racial e preconceituosa. As mulheres são criminalizadas em menor número que os homens, porém são vitimizadas em medida igual e superior. Os homens jovens são os preferidos para a criminalização, mas a vitimização violenta é distribuída entre eles, os adolescentes, as crianças e os velhos; os dois primeiros grupos, por causa de sua

maior exposição a situações de risco, e os dois últimos, devido à sua indefensão física.¹⁰⁷

A globalização produz pobreza, e o sistema penal seleciona suas vítimas na pobreza e nas classes mais humildes. Estas, originariamente, possuem problemas familiares, financeiros e, ainda que se afastando o determinismo mesológico de Hilpolit Taine, estão mais propensas a delinquir. Além disso, há notícia de que noventa por cento dos presos não puderam arcar com honorários advocatícios. Assim, PAULO QUEIRÓZ¹⁰⁸

... Por último, representa um sistema perversamente e inevitavelmente seletivo, que recruta sua clientela entre as classes mais fragilizadas e vulneráveis; entre os miseráveis, enfim. Os cárceres de toda parte, e do Brasil, em especial, não desmentem semelhante constatação. E não se deve pensar que tal seja algo facilmente superável...

Tal seletividade, por certo, pode representar, nitidamente, um sistema de controle social, de modo a garantir, para a classe mais abastada, a *manutenção da ordem social* tal como está exposta atualmente, ou seja, o direito seria funcional, cumprindo a finalidade de proteger as pessoas de maiores posses. ,

O direito penal “discriminatório” passou a ser o guardião dos interesses capitalistas robustecido pela globalização, pois em nome desta, tortura-se, humilha-se, mata-se. É uma violência institucionalizada e “legitimada” por todos aqueles que compõem a classe mais abastada da sociedade e pretendem ver eternizada a sua dominação. Os exemplos mais concretos deste quadro são Vigário Geral, Carandiru, Candelária e, mais freqüentemente, a invasão das tropas de choque aos centros de recuperação de

¹⁰⁷ Direito **Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar – Rio de Janeiro: Revan, 2003.

menores infratores em São Paulo e a morte, em série de moradores de rua, em São Paulo e Belo Horizonte.

O Direito Penal age nas conseqüências e não nas causas do problema. No Brasil, v.g., vigora a “técnica legislativa casuística”. Acontece um crime que mobiliza a opinião pública e, demagogicamente, exasperam-se as penas ou criam-se novos delitos, há pois, uma prevenção terciária, desaconselhável e improdutiva.

Em nome do capitalismo, o Direito Penal passou a ser sua própria fonte de existência, a representar um ciclo vicioso que, para combater a criminalidade, aumenta e expande, cada vez mais, o gigantesco aparato repressivo.

A globalização veio a reforçar a teoria do etiquetamento ou “Labelling Approach”¹⁰⁹. É o Direito Penal que cria o crime, através de verdadeiros rótulos, a representar, portanto, o seu caráter constitutivo sancionador: Sobre isso, NILS CRISTIE:

... Atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a estes atos. A distância social tem uma importância particular. A distância aumenta a tendência de atribuir a certos atos o significado de crimes, e às pessoas o simples atributo de criminosos. Em outros ambientes – e a vida familiar é apenas um de muitos exemplos – as condições sociais são tais que criam resistências a identificar os atos como crimes e as pessoas como criminosas.¹¹⁰

Sofrendo as pressões dos processos globalizatórios, o Direito Penal passou a ser criador de delitos. Muitas vezes não há razões ontológicas para se punir determinada conduta. O poder de criar e sancionar é, decorrentemente, próprio do Direito Penal. No dizer de HOWARD S. BECKER, maior expoente desta teoria:

¹⁰⁸ QUEIRÓZ, Paulo. Do caráter Subsidiário, p. 30

¹⁰⁹ CRISTIE, Nils. A indústria do Controle do Crime, p. 30

¹¹⁰ Idem.

... os grupos sociais criam os desvios ao fazerem as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicarem essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como marginais e desviantes. Deste ponto de vista, o desvio não é qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma conseqüência da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um transgressor. O desviante é alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal.

Todas estas críticas revelam, paradoxalmente, que um processo emancipatório deve passar, necessariamente, pela descriminalização de incontáveis condutas, ampliando a liberdade e não a discriminação produzida pela globalização.

A descaracterização dos conceitos e significados de tempo, lugar, a insegurança e segregação trazidas pela globalização conduzem a uma escuridão diferenciada, existencial, e, obriga a parar, fechar os olhos e ver. Recuperar a lucidez, resgatar o afeto, face a pressão dos tempos e ao que perdeu-se “uma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos”.

Pretende-se, não obstante a limitação do formato deste tópico, na delimitação temática, acenar, a partir das obras de Zygmunt BAUMAN¹¹¹, para alguns efeitos e perspectivas do fenômeno histórico da globalização. Travar-se-á batalha para equilibrar o pessimismo imperante e euforia utópica das filosofias de “auto-ajuda”, tentando demonstrar, todavia, que não obstante a discriminação trazida pela globalização, é possível resgatar, ontologicamente o homem. Sendo esta, talvez, a única saída.

Se o processo de globalização tem algo de positivo, este consiste na possibilidade, “em meio às trevas” , de ressaltar, a partir dos sentimentos e percepção da realidade dos “incluídos”, parafraseando o poeta, “*que há vida lá fora!*”

¹¹¹ Modernidade Líquida – Globalização: as conseqüências humanas – Em busca da política. Zygmunt Bauman, nascido em 1925, é um sociólogo polonês, tendo iniciado sua carreira na Universidade de Varsóvia, onde ocupou a cátedra de sociologia geral. Teve artigos e livros censurados em 1968 e foi afastado da universidade. Logo em seguida emigrou da Polônia, reconstruindo sua carreira no Canadá, Estados Unidos e Austrália, até chegar a Grã-Bretanha, onde em 1971 se tornou professor titular de sociologia da Universidade de Leeds, cargo que ocupou por

Segundo nota do autor na obra *Globalização: As conseqüências humanas*,¹¹² “todas as palavras da moda tendem a um mesmo destino: quanto mais experiências pretendem explicar, mais opacas se tornam”. A cegueira ou as “trevas brancas” produzidas pela “modernidade”, as várias formas de se compreender e “sentir” o tempo/espço, o inevitável avanço tecnológico e o abandono dos “sólidos” inauguraram um período histórico, “cujo desenvolvimento poderá ser sua própria destruição”.

A denominação “globalização” “está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, ‘globalização’ é o que se deve fazer se quiser ser feliz; para outros, é a causa da infelicidade. Para todos, porém, ‘globalização’ é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Todos estão sendo ‘globalizados’, “cegados” e isso significa basicamente o mesmo para todos, estão todos nas “trevas”.

Se estão todos nesta “treva branca”, é preciso voltar a enxergar ou a perceber a realidade humana, segundo ela é, como para BAUMAN, citando *Cornelius CASTORIADIS*, é preciso o retorno ao questionamento. O problema da condição contemporânea moderna é que ela parou de questionar e o preço é pago na dura moeda do sofrimento humano. “Fazer as perguntas certas constitui, afinal, toda diferença entre sina e destino, entre andar à deriva e viajar”, completa-se, entre viver nas trevas e enxergar.

vingte anos. Atualmente é professor emérito de sociologia das universidades de Leeds e Varsóvia. As obras analisadas foram escritas nos anos de 1998, 1999 e 2000.

¹¹² Ob. Cit. Pág 7. A trilogia de Bauman busca através da análise das raízes e das conseqüências sociais do processo globalizador, formar um estudo das condições cambiantes da vida social e política, buscando trazer clareza à

3.2 O “moderno” espaço público.

Aponta, o autor em análise, que as redes e laços humanos eram sobretudo criados e exercitados nos espaços públicos, que para BAUMAN, é:

onde os problemas particulares se encontram de modo significativo – isto é, não apenas para extrair prazeres narcisísticos ou buscar alguma terapia através da exibição pública, mas para procurar coletivamente alavancas e poderosas o bastante para tirar os indivíduos da miséria sofrida em particular¹¹³.

A esfera pública pode ser caracterizada como uma zona de discurso, na qual idéias são conhecidas e debatidas e uma visão de bem comum pode ser expressa. O princípio básico da esfera pública seria legitimar a pressão social exercida sobre o poder do Estado, transcendendo a mesma relação de força. Teria como meta a transformação de interesses de indivíduos privados em um interesse público comum, e desta forma, universal.

BAUMAN salienta que, “esses espaços urbanos onde os ocupantes de diversas áreas residenciais podiam se encontrar face a face, travar batalhas ocasionais, abordar e desafiar uns aos outros, conversar, discutir, debater ou concordar, levantando seus problemas particulares em nível de questões públicas e tornando as questões públicas assuntos de interesses privados – essas ágoras “públicas/privadas” de que fala CASTORIADIS, estão rapidamente diminuindo em tempo e tamanho. As que restam tendem a ser cada vez mais seletivas – aumentando o poder das forças desintegradoras, em vez de reparar os danos causados por elas.” (p. 28)

Os espaços públicos – ágoras e fóruns nas suas variadas manifestações, lugares onde se estabelecem agendas, onde assuntos privados se tornam públicos, onde

condição humana atual. Tem como objeto de análise o fenômeno da globalização e seus desdobramentos no campo social, político e econômico.

opiniões são formadas, testadas e confirmadas, onde se passam julgamentos e vereditos – tais espaços seguiram a elite, soltando-se de suas âncoras locais; são os primeiros a se desterritorializar e mudar para bem além do alcance da capacidade comunicativa meramente *wetware* de qualquer localidade e seus habitantes. Longe de serem viveiros de comunidade, as populações locais são mais parecidas com feixes frouxos de extremidades soltas”. (p.31)

Na essência, porém, todos objetivam ter “algo com que se preocupar e não qualquer coisa, mas algo identificável e palpável, algo que possamos ao menos imaginar estar ao alcance e dentro do poder, algo ‘sobre o qual se possamos fazer algo’¹¹⁴”.

As ágoras, mesmo as modernas, com representação parlamentar, as câmaras, assembleias, senados...também perderam a essência, o significado, diante da cegueira das trevas brancas. Mas o *homem é um ser social* e outros espaços, ainda que virtuais, eclesiais, ou não devem e podem ser buscados. As criações dos jovens e adolescentes (talvez sem consciência disso!) das comunidades virtuais dão de mostras que novos espaços podem ser encontrados, não querendo dizer que são democráticos ou são ideais, vez que grande parcela da população ainda não tem acesso à “era digital”, mas são exemplos de que as formas tradicionais devem dar “lugar aos modernos espaços”.

As diferenças podem ser mantidas nas “ágoras virtuais”, a “tradução” está entrelaçada à vida cotidiana e é praticada a todo momento. A tradução é característica comum a todas as formas de vida, como parte e parcela da modalidade de ser-no-mundo da “sociedade informática”.

¹¹³ Em busca da política. p. 11

¹¹⁴ Pág. 51

As diferenças entre as trocas que têm lugar no ato do diálogo tendem a se localizar em diferentes níveis de generalidade, até as diferenças supostamente relacionadas à limitada comunicação entre “comunidades de sentido”, comumente referidas como “culturas diferentes”. Os leigos individualmente podem até se deparar com um texto de sentido estranho e impenetrável, não percebendo se sua incompreensão se deve à própria trajetória pessoal de vida, às diferenças nas práticas de classe ou gênero ou ao que os teóricos da tradução chamam de “distância cultural” entre os cenários étnicos, religiosos e lingüísticos.

Nessa capacidade comum de se alcançar uma efetiva comunicação, investe-se na possibilidade do universalismo. A universalidade não é inimiga da diferença, ela não requer “homogeneidade cultural”, nem precisa de “pureza cultural”. A busca pela universalidade não requer o sufocamento da polivalência cultural ou a pressão para se alcançar o consenso cultural. Universalidade significa a capacidade da espécie de se comunicar e alcançar entendimento mútuo.

A universalidade que ultrapassa os confins das comunidades soberanas é condição *sine qua non* para a república ultrapassar os confins dos Estados soberanos e é a única alternativa da república às forças cegas, elementares, erráticas, descontroladas, divisionistas e polarizantes da globalização.¹¹⁵

À semelhança dos personagens do romancista português no *Ensaio Sobre a Cegueira*¹¹⁶, vivemos numa relação contagiosa de globalização, norteando vida e conduta na rota do consumismo *extra-muros*, o “importado” passou a ser encontrado

¹¹⁵ p. 204.

¹¹⁶ SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. 2ª Ed. Lisboa: Editorial Caminho, 1995.

nas feiras livres e, mesmo sem a qualidade dos “importados” dos “incluídos”, permite a falsa idéia de emancipação, de igualdade.

Parafraseando o autor, o “bom” passou a ser o “novo”, até como critério dos homens que se divulgam para os votos, mesmo sabendo que na vitrine da globalização há “coisas boas e coisas novas”, porém nem sempre “coisas novas são boas ou as coisas boas são novas”. O que se busca, entretanto, nesta treva branca, que permite enxergar, sem, contudo, identificar, é a segurança na sobrevivência, individual.

A luta individual dos cegos da treva branca clama pela socialização das dificuldades e habilidades comuns e pela busca de um espaço onde possam ser partilhadas. BAUMAN fotografa este momento:

Há mais do que uma feliz coincidência entre a tendência a juntar os problemas da insegurança e incerteza endêmicas do estágio moderno final ou pós-moderno numa única e asoerbante preocupação com as garantias pessoais e as novas realidades políticas da nação-estado, particularmente a versão reduzida de soberania estatal na era da ‘globalização.’” A atenção localizada sobre um ‘ambiente seguro’ e tudo o que possa de fato ou supostamente implicar é exatamente o que as ‘forças do mercado’ querem dos governos.¹¹⁷

Ainda, “a boa vida” é a vida em movimento, mais precisamente o conforto de ter confiança na facilidade com que é possível mover-se, caso ficar não mais satisfaça. Liberdade veio a significar acima de tudo liberdade de opção, e a opção notoriamente adquiriu uma dimensão espacial. Para movimentar-se, com segurança, é preciso enxergar, ver, identificar, e isso não é mais possível na nova concepção espacial, pois a identificação, passará, obrigatoriamente, pela percepção do novo sujeito.

Em suas obras, pinceladas neste trabalho, Zygmunt BAUMAN, sem querer oferecer todas as respostas sobre o tema, mostra nesta detalhada história da globalização as raízes e as conseqüências deste processo, tentando dispersar um

¹¹⁷ Globalização: as conseqüências humanas. Pág. 128

pouco da névoa e da banalização que cercam o termo "globalização". Ele convida a refletir sobre os efeitos da globalização – premissa supostamente inquestionável a respeito do nosso modo de vida – na política, na economia, nas estruturas sociais e até em nossas percepções de tempo e espaço.

Com os recentes desenvolvimentos tecnológicos, principalmente Internet, a globalização parece ser o destino do mundo, mas ninguém, entretanto, parece estar no controle da situação. Apesar das ações humanas agora se darem em escala global, não se é capaz de ditar os acontecimentos; pode-se apenas observar fronteiras, instituições e princípios deslocando-se de forma veloz e imprevisível.

O fascínio da modernidade, em todos os setores da vida, produz a “treva branca da globalização”, além de produzir distanciamentos, isolamentos, como nos corredores de “*shopping centers*”, produz também meios sedutores que obscurecem a visão, cria tribos de consumidores misantropos que insistem em não enxergar o “outro”; mas, ultrapassados os momentos das “máscaras” modernas das “*personas*” que ecoam em “telefones celulares” nos reúnem-se nas “praças de alimentação”, para satisfazerem, ainda, seus “desejos”.

Capítulo V

4. PROFILAXIA DA (IN) SEGURANÇA PELO PODER PUNITIVO.

A partir da premissa de FOUCAULT de que o poder está umbilicalmente relacionado com um saber que o legitima, e que todo saber tem pretensões de poder, é possível afirmar que os discursos político-criminais autoritários sempre instrumentalizaram a difusão de um controle social repressivo.¹¹⁸ Christiane Russonano FREIRE¹¹⁹ destaca que é importante resgatar o surgimento, já na década de 60, dos movimentos de lei e ordem, que se identificam com a direita punitiva, compreendem o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho:

A análise das principais acepções dos movimentos de lei e ordem autoriza a hipótese de que tais iniciativas político-criminais se constituíram como prenúncio dos pendores punitivos que na atualidade assumem dimensões alarmantes. A aposta intransigente na ampliação e no aprofundamento da intervenção penal, já naquela época, aparece como instrumento eficaz, ao menos do ponto de vista simbólico, na redução das sensações cotidianas de perigo e insegurança. Os movimentos conservadores da década de 60 serão (re) atualizados pelas políticas de “tolerância zero”, implementadas como programa de segurança pública na cidade de Nova Iorque, ao longo da década de 90.¹²⁰

WACQUANT¹²¹ sustenta que a “tolerância zero” é o complemento policial indispensável do encarceramento em massa, e se otimiza por incessante perseguição aos pobres nos espaços públicos, penalizando os menores distúrbios, tais como embriaguez, a jogatina, o tráfico, a mendicância, os atentados aos bons costumes e todos os comportamentos taxados de anti-sociais:

¹¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*.

¹¹⁹ FREIRE, Christiane Russonano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. pág. 64-65.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

De Nova York, a doutrina da “tolerância zero”, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda (a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência) propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público, que assimila os delinqüentes (reais ou imaginários) sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros, o que facilita o amálgama com a imigração sempre rendoso eleitoralmente.¹²²

A insegurança social, por tênue e volátil que seja o seu conceito, passa a ser combatida, com a mais absoluta ignorância das garantias constitucionais. O princípio da humanidade passa a ser o vilão da história. A ordem é punir, e punir com rigor. Os argumentos de senso comum se multiplicam, os defensores da pena capital, de trabalho forçado, enfim, dos castigos cruéis permanecem de plantão para aplaudir qualquer nova iniciativa de limpeza social.

Todo e qualquer comportamento taxado de anti-social, ou qualquer ato de indisciplina que incomode alguns setores da sociedade, deve ser punido imediatamente por severa (e pública) ação policial. A boa organização policial é a que executa sumariamente, a fim de que se consiga coibir delitos futuros de maior gravidade, produzir sentimentos de proteção nos setores médios da população e restituir a autoridade e a credibilidade aos agentes estatais responsáveis pela segurança.

A recepção do direito penal como profilaxia das doenças sociais, ornamentado pela manchete da “tolerância zero” em vários países, revela um traço comum a todos eles, qual seja, a necessidade de edificação de um novo tipo de controle social, mais rígido e de maior amplitude, que age em duas direções complementares: de um lado, criminalizando importante parcela dos setores sociais subalternizados; e de outro, impondo estrita vigilância e submetendo às formas precárias de trabalho e sub-remuneração a outra parcela, de um mesmo grupo social.

¹²² Idem pág. 30

Christiane Russonano FREIRE arremata:

A alteração dos critérios de seletividade nos processos de encarceramento se constitui num dos símbolos mais significantes das novas políticas punitivas. O efeito simbólico, na percepção do público, produzido pelas políticas de “tolerância zero,” encontra seu triunfo exatamente no fato de centrar sua ação nos alvos mais perceptíveis e, portanto, mais vulneráveis da sociedade. Sendo assim, nada mais conveniente ou convincente do que voltar suas baterias contra figuras sociais como drogados e imigrantes. A tendência em criminalizar à precariedade desloca tudo o que é público para o penal reinstitucionalizando o direito penal pós-moderno na estratégia da purificação e do sacrifício. Os projetos de tolerância zero são os exemplos mais extremados dessa política, tendo em vista a criminalização dos pequenos delitos geralmente associados à pobreza.¹²³

Os efeitos das penas (que não deveriam ser cruéis ou degradantes) são sentidos antes mesmo da tutela jurisdicional penal, como se disse anteriormente, pelos próprios critérios da seletividade, do “vigiar” constante e violento por parte do Estado.

Luís MIR acena que o pensamento discursivo do Estado expressa uma violência fragmentada, compartimentalizada, a violência perde o seu caráter social, étnico e econômico e chega a assumir ares de coisa, criatura. A ambigüidade e o sofisma do conceito de violência estão sendo postos à prova, na fase atual da guerra civil, quando as polícias ainda agem sob a lógica da contenção social, mascarando o fato de que os conflitos sociais que afetavam e afetam a sociedade brasileira deveriam ser discutidos social, étnica e economicamente, não policialmente:

O clamor pela segurança pública está ovulando um prodígio estranho e esquizóide, para não dizer bizarro: cidadãos comuns clamam, fazendo coro ao Estado, por um incremento das forças repressivas e a conseqüente remilitarização da sociedade. A única saída para uma sociedade clara e marcadamente autoritária, dominada, elitizada e reprimida.; caracterizada, no cerne de seu processo histórico e social de formação, por um violento processo espoliativo, baseado no arbítrio e na escravatura.¹²⁴

As penas desumanas, vedadas constitucionalmente, são reclamadas pela sociedade em nome de uma segurança imaginária, hipotética e, impossível. A espetacularização da violência, recarregada incessantemente pela emissão de cenas

¹²³ FREIRE, Christiane Russonano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. Pág. 67.

¹²⁴ MIR, Luís. *Guerra civil: estado e trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004. pág. 127.

em tempo real, suscita sentimentos ambivalentes: o primeiro, que se utiliza da banalização e da vulgarização para produzir posturas de apatia, indiferença e embrutecimento; e o segundo, que provoca sensações e reações repletas de medo. Ambos são constitutivos e informadores de uma ordem social essencialmente autoritária, pois, embora com sinais trocados, darão amparo e legitimidade para uma intensificação das medidas punitivas.¹²⁵

MIR acena que a violência contemporânea é, entre nós, de uma continuidade histórica clara:

Desde os bandeirantes, que matavam os índios em troca de ouro aos capitães do mato, que seqüestravam os africanos fugidos das fazendas, o combate às etnias segregadas e confinadas tem sofrido constantes reformulações e rearticulações por parte dos sistemas de controle e massacre social. A partir dos anos 1980 a 1990, os grupos delituosos articulados, traficantes de droga, especialmente, tornaram o novo inimigo social e interno. O quartel deste inimigo é a favela negra e perigosa dos dias atuais.¹²⁶

Segurança pública passou a ser slogan de campanhas políticas, erradicar a violência, “limpando” os “espaços públicos” tornou-se meio de obtenção do poder. Com raras exceções, o legislador multiplicou por toda parte as incriminações e agravou as penas de prisão referentes aos crimes violentos, infrações aos costumes e comércio ou uso de drogas. A polícia reforçou os meios e as operações correspondentes a estes delitos; e as autoridades judiciárias reduziram posteriormente as possibilidades de liberdade provisória ou condicional para uma ampla gama de infrações. Sintetiza WACQUANT:

¹²⁵ FREIRE, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. Pág. 67

¹²⁶ MIR, Luís. *Guerra civil: estado e trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004. pág. 126

A abolição da pena de morte, nos países que ainda não a haviam expurgado de seus códigos penais, teve o efeito paradoxal de aumentar a duração média de detenção por intermédio das penas ditas humanitárias.¹²⁷

4.1. O conteúdo desumano das normas aflitivas.

Há um grande paradoxo entre a Constituição Cidadã de 1988, os instrumentos de Direitos Humanos ratificados pelo governo brasileiro, em que o sistema constitucional-penal deve ser democrático, conforme instituído pela República Federativa do Brasil, por encontrar adesão aos princípios da legalidade, isonomia, dignidade da pessoa humana, humanidade, boa-fé, *pro homine*, da superioridade ética do Estado e do saneamento genealógico¹²⁸ e nosso sistema penal.

Com muita propriedade acentua Juarez TAVARES¹²⁹ que o Direito Penal deve ser compreendido "no contexto de uma formação social, como matéria de prática social e política, como resultado de certo processo de elaboração legislativa, onde a estrutura jurídica se afirma em suas relações com as forças sociais hegemônicas, atuantes no Parlamento. Hoje, pode-se dizer que a norma incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro como pensava KELSEN, como forma exclusiva de imposição de deveres para a satisfação da ação própria de sancionar, mas o sucesso da interação dos interesses que se manifestam no processo de sua elaboração". E indica como critérios norteadores da atividade legiferante, os seguintes: a) A proteção da dignidade da pessoa humana; b) A proteção do bem jurídico; c) A necessidade da pena; d) A

¹²⁷ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. pág. 119.

¹²⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. **Derecho penal. Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2001.

¹²⁹ "Critérios de seleção de crimes e cominação das penas", em Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1992. p. 75.

intervenção mínima; e) A proporcionalidade; f) O compromisso com as categorias lógico-objetivas.

Segundo o pensamento de SILVA FRANCO¹³⁰, algumas diretivas se impõem para a tarefa de revisão do direito penal. Elas são relacionadas como idéias-força e comportam a seguinte síntese: a) A necessidade de adequação às normas da CF de 1988 e aos tratados e convênios internacionais; b) A dignidade da pessoa humana como limitação material ao exercício do poder punitivo do Estado; c) A lesão ou o perigo de lesão aos bens jurídicos socialmente relevantes; d) A obediência ao princípio de intervenção mínima; e) A adoção de normas técnicas de composição de tipos e de cominação de penas, com aptidão para assegurar maior certeza do direito; f) Fazer da Parte Especial "o centro do sistema penal, reduzindo, correlativamente, o peso da legislação especial, que assumiu proporções absurdas";¹³¹

O Brasil, a partir dos anos 90, sofreu uma incidência de duas tendências punitivas: uma que reside na incorporação na órbita da política criminal de novos padrões de conduta, ou na criminalização mais rigorosa dos já existentes; e a segunda, que consiste no endurecimento das normas ou das práticas condenatórias.

Assistiu-se assim, a incidência das tendências referidas, tanto no que se refere à ampliação das hipóteses de criminalização primária (criação de novos tipos penais, geralmente por meio de leis especiais)¹³², ao endurecimento das formas de execução

¹³⁰ "A reforma da Parte Especial do Código Penal - Propostas preliminares", em Revista Brasileira de Ciências Criminais, cit. nº 3, de 1993, pp. 70 e s.

¹³¹ DOTTE, René Ariel, **Revista síntese de direito penal e processual penal** – Nº 1 – Abr-Mai/2000

¹³² Idem. "Em trabalho apresentado para a XVII Conferência Nacional da OAB, 2 tive oportunidade de acentuar que atualmente "a legislação especial em matéria criminal, quer criminalizando condutas ou declarando-as equiparadas a tipos já previstos no CP, quer abordando aspectos relativos à caracterização dos delitos ou à aplicação ou extinção das penas, alcança o expressivo número de 109 diplomas, sendo 91 leis, 17 decretos-leis e 1 decreto. Quanto às leis extravagantes no campo das contravenções penais, o número chega a 10 diplomas, sendo 7 leis, 2 decretos-leis e 1 decreto. A soma global chega a 119 diplomas dispondo sobre crimes e contravenções, a parte das normas do CP".

da pena; como no que tange ao alargamento da criminalização secundária (incidência das agências penais).¹³³

A espetacularização da violência pela mídia, tornou-se o elemento infalível para a legitimação de enunciados punitivos que cada vez mais se distanciam dos texto constitucional.

A lei 8.072/90 marcou o início de uma escalada penalizadora, e passou a etiquetagem das condutas hediondas, elevou o patamar mínimo das penas, estabeleceu o regime carcerário integralmente fechado, aumentou o lapso temporal para percepção do livramento condicional impediu os direitos de indulto e comutação de penas e a concessão de liberdade provisória.

O processo de incremento punitivo envolve uma lógica seqüencial que alcança as diversas dimensões do sistema penal¹³⁴. Dentro desta continuidade, surgem as Leis 7.960/1989 (re) estrutura a prisão provisória), 7.716/1989, (define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor), 8.072/90, (define os crimes hediondos), 9.034/1995 (dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), 9.455/1997 (define os crimes de tortura e estabelece novas formas de inafiançabilidade e vedação de liberdade provisória), 8.038/1990 (estabelece modalidade de execução provisória de sentença condenatória), 10.792 (estabelece o Regime Disciplinar Diferenciado).

Conforme ressalta Christiane Russomano FREIRE:

Nesse número não estão incluídos os decretos e as portarias que se limitam à tarefa de simples regulamentação da lei.”

¹³³ CARVALHO, Salo. **Tântalo no divã (novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)** Revista brasileira de ciências criminais, a. 12, n. 50, São Paulo, RT, p. 987, set./out.2004

¹³⁴ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. Pág. 120.

Sob o abrigo da idéia de combate ao crime organizado, serão introduzidas normas supostamente mais eficazes de investigação, como a que prevê a quebra de segredos sobre dados pessoais (Lei 9.034/1995), a que faculta a interceptação de comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal (Lei 9.296/1996) e a que trata dos crimes de lavagem de capitais, reafirmando a quebra do sigilo dos dados pessoais (Lei 9.613/1998).¹³⁵

Segundo Salo de CARVALHO,¹³⁶ o avanço punitivo iniciado nos anos 90, obviamente, não contou com a ação exclusiva do poder Legislativo, pois ao excesso do legislador deve ser acrescido o terrível pecado judiciário, que tem se mostrado condescendente com os abusos do Legislativo, ao omitir-se da fiscalização de constitucionalidade das leis penais.

Com esta política, o aumento da população carcerária é inevitável, a falta de estrutura, gerenciamento e método, faz com que as penas, ainda que não sejam cruéis em abstrato, passem a ser cruéis e desumanas em concreto.

Os processos de execução das reprimendas para atender os reclamos sociais, bem como conter naturais movimentações dos encarcerados inaugura novas modalidades, regidas por portarias, esboçando um novo período de reafirmação do poder de punir.¹³⁷

¹³⁵ Idem, p. 121

¹³⁶ CARVALHO, Salo. **Tântalo no divã (novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)** Revista brasileira de ciências criminais, a. 12, n. 50, São Paulo, RT, p. 987, set./out.2004

¹³⁷ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. “No momento que o ideal de transformação e reabilitação dos sujeitos por meio da privação da liberdade está sendo substituído vigorosamente pela noção de contenção, neutralização e eliminação dos setores indesejáveis ou redundantes da sociedade, nada mais lógico do que um reincremento e enrijecimento dos dispositivos disciplinares. Assim, parece evidente que a disciplina carcerária está sendo progressivamente despida dos seus traços pedagógicos e moduladores em favor de uma funcionalidade instrumental de contenção e segurança. Dentro desta dinâmica é possível compreender o significado da edição da Lei. 10.792/2003, que, ao adotar o regime disciplinar diferenciado, inaugura uma forma inédita de execução de pena na história das prisões brasileiras.”

A prisão e o encarceramento, inflacionados pelo conteúdo das normas punitivas, estão passando gradativamente a substituir os castigos físicos, a tortura e o suplício como forma de punição e de penitência, mas têm mantido a crueldade.¹³⁸

Embora ainda isoladas, algumas vozes têm sido levantadas em relação à indiferença pelo princípio da humanidade, que deve refrear, no âmbito penal, o pretexto excludente erigido nos dias atuais. É recente, por esta razão oportuno lembrar, o pensamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Eros GRAU e Marco Aurélio de MELO,¹³⁹ com fundamento nos artigos 1º, inciso III e 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que a imposição de regime integralmente fechado aos condenados por crime hediondos fere os princípios constitucionais da individualização e humanização das penas.

O legislador não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar caso a caso a pena do condenado. O cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação aos preceitos constitucionais.

As normas penais, sobretudo as especiais devem passar pelo filtro da constitucionalização, em razão dos conteúdos aflitivos absurdamente desumanos.

¹³⁸ MORAES, Pedro Rodolfo de. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. pág. 104 “As práticas de imposição de dor não são, é verdade, necessariamente percebidas como cruéis por aqueles que delas se utilizam, ou são vistas como crueldades necessárias e/ou legítimas. O fato é que a prisão e encarceramento são considerados por seus defensores como a possibilidade de impor a justa medida da dor e como uma forma mais humana de punir, porquanto menos cruel”

¹³⁹ Hábeas Corpus 82.959-7 que possibilitou nova discussão acerca da Súmula 698 que entendia pela Constitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que impossibilita progressão de regime.

4.2. A proporcionalidade do princípio da humanidade

O desenvolvimento deste tópico, que tem a pretensão da sintetização do objeto da pesquisa, não pode avançar sem uma explicação conceitual. Não estamos a tratar, diretamente, do princípio constitucional da racionalidade ou da proporcionalidade e sim da argumentação proporcional do princípio da humanidade¹⁴⁰, que, como vimos descrevendo é (deveria ser) o balizador ou freio redutor dos anseios da sociedade punitiva.

Pretendemos demonstrar que a argumentação do princípio da razoabilidade e/ou da proporcionalidade pode fundamentar o princípio da humanidade. De forma especial quando se trata da eficácia interpretativa ou eficácia negativa, a primeira significa que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas e a segunda autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma.

Inicialmente faz-se necessário acenar para a localização do princípio da humanidade na Constituição Federal, se está no rol dos princípios fundamentais ou no dos princípios gerais, para tanto, nos valem da pesquisa de Luís Alberto BARROSO:

¹⁴⁰.“Saliente-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o da razoabilidade. Este, de origem anglo-saxônica, visa a evitar abusos e arbitrariedades na elaboração do direito, indicando aquilo que se considera, de acordo com valores do homem médio, aceitável no âmbito jurídico. Já o princípio da proporcionalidade, de origem alemã, atua na aplicação do direito, orientando na tarefa de identificar a interpretação que melhor preserva os direitos fundamentais, nos casos em que há conflitos. Assim, o princípio da proporcionalidade é adequado para estabelecer os limites dentro dos quais o intérprete deve se manter a fim de que as liberdades individuais não sejam excessivamente limitadas. O princípio da proporcionalidade, portanto, ganha cada vez mais espaço no Direito Constitucional, para que sejam preservados os direitos fundamentais consagrados nas legislações modernas.”

Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político. Também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Por fim, merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo das decisões políticas que conformam o Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais.¹⁴¹

Conclui-se, assim, que o princípio da humanidade não está em confronto e nem distante do princípio da dignidade da pessoa humana, é uma das formas de sua explicitação, enaltece a proteção jurídica da pessoa humana, esteja ou não esteja em conflito com a lei. Como todo princípio fundamental, cabe ao Estado não apenas reconhecê-lo, mas concretizá-lo no cotidiano dos seus cidadãos.¹⁴²

Segundo Karla Ingrid Pinto CUELLAR¹⁴³ o princípio da dignidade da pessoa humana é fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, sendo o que dá unidade e coerência ao conjunto desses direitos, conseqüentemente se consolida a força normativa de tais comandos, que se estendem em sua proteção juntamente com a dignidade humana:

Os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente porque são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá fundamento. Ao analisarmos o princípio da dignidade da pessoa humana, percebemos que sua análise está ligada ao do princípio da proporcionalidade, que desempenha duas funções no sistema normativo. Ora funciona como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos, visando a ampliação do controle jurisdicional sobre a atividade não vinculadas do Estado, sobre os atos administrativos que envolvam juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos, contendo o exercício abusivo das prerrogativas públicas; ora cumpre a missão de atuar como critério para solucionar conflitos de direitos fundamentais através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto

Luís Alberto BARROSO em feliz síntese:

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004. pág. 375.

¹⁴² "O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é fundamentá-los, e sim o de protegê-los" (Norberto Bobbio, A era dos direitos, p.25).

¹⁴³ CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. **Revista síntese de direito penal e processual penal** – Nº 37 – Abr-Maio/2006.

A doutrina, tanto lusitana quanto brasileira, que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa uma tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele, se extraem os requisitos da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; da necessidade ou exigibilidade, que impõem a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados e o da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.¹⁴⁴

A adequação, necessidade e proporcionalidade do princípio da humanidade acenam que o poder punitivo é ilegítimo se exercido sem objetivos emancipatórios. A existência de meios menos gravosos e a ponderação entre o ônus e benefícios não podem ser ignorados em qualquer sociedade que se pretenda democrática. Segundo Mereille Delmas MARTY:

A pena de prisão, ainda bastante resistente nos fatos, ela está, no entanto, amplamente ultrapassada no direito, pelo jogo de uma diversificação sempre crescente, que talvez se deva relacionar à corrente de individualização nascida no final do século XIX. Fundamentada com uma força e generosidade dificilmente refutáveis sobre a dignidade que toda pena deveria fornecer ao condenado, o respeito a si próprio que a pena deveria auxiliá-lo a recuperar. Descarta nitidamente o sofisma que pretende punir, sem auxiliar nem tratar o condenado, por respeito à sua dignidade: a sociedade passa indiferente ao que já existe de corrompido e decaído naqueles que a exploram ou atacam: que eles paguem e retornem às suas aventuras; trata-se de um encorajamento ao crime; um sistema feito para os rebeldes e fanfarrões do vício. Não é esta a dignidade que é preciso garantir. Mas a outra, a verdadeira dignidade, aquela que consiste em acreditar, em sua consciência, e bem no fundo, que se é igual às pessoas honestas; para recuperá-la, é preciso fazer renascer o sentimento de honestidade; é somente o regime da pena à qual o submetemos que pode ser eficaz para esta recuperação da idéia do bem e da confiança em si próprio. A idéia de liberdade, base da natureza e do ser como um todo, faz reluzir a esperança de uma recuperação final. E esta esperança também constitui um elo de união com a sociedade que pune mas não fecha. É por este caminho que a verdadeira dignidade vai renascer.¹⁴⁵

A tríade, que consubstancia o princípio da humanidade¹⁴⁶, deve se fazer presente nas fases legislativa, executiva e judicial:

¹⁴⁴ Idem pág. 229,

¹⁴⁵ MEIRELLE, Delmas Marty. **A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri SP: Manole, 2005. págs. 30-31

¹⁴⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. **Princípio da proporcionalidade no Direito penal**. Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 25.06.2004.

Assim, inicialmente, sua utilidade já é demonstrada na fase de criação das normas penais, funcionando como um limite a esta atividade estatal. De fato, neste primeiro momento, tido como proporcionalidade legislativa, é necessário observar quais os bens jurídicos que efetivamente devem ser objeto da tutela penal, que ofensas podem exigir a aplicação de uma pena, e em que medida as sanções devem ser abstratamente cominadas. Deste modo, o princípio da proporcionalidade se dirige ao legislador, a fim de que, no processo de tipificação de condutas delitivas, os valores constitucionais e sociais mais relevantes sejam preservados e que a liberdade só possa ser restringida na medida estritamente necessária para a defesa destes interesses. No entanto, para além da cominação abstrata das penas, importa ainda a observância da proporcionalidade no julgamento dos casos concretos, atendendo-se às peculiaridades de cada situação, à personalidade do infrator e, notadamente, ao grau de culpabilidade. Nesta fase, chamada de proporcionalidade judicial, o princípio em comento deve nortear a atividade do julgador, auxiliando na busca da justa medida e da pena que melhor atenda aos anseios do Estado democrático de direito. Por último, constata-se que a proporcionalidade também deve estar presente na execução da pena, no que se denomina de proporcionalidade executória, situação que, segundo Queiroz (2001, p. 28), corresponde "à individualização gradual da pena durante a execução penal segundo o mérito do condenado, progredindo de regime, obtendo livramento condicional, indulto ou eventualmente regredindo de regime."¹⁴⁷

A experiência tem demonstrado, contudo, um caminho inverso na observação do princípio da humanidade. Segundo Vera Malagutti BATISTA¹⁴⁸ o fim do século XX assiste ao declínio do poder político e à ascensão do poder econômico transnacionalizado. O Poder Político nacional é drasticamente reduzido e não dá conta da conflitividade gerada pela exclusão e desamparo da nova ordem econômica planetária. O homem foi abandonado, esquecido, o que interessa agora é o consumidor. As prisões, projetadas como fábricas de disciplina no século XVIII e XIX, hoje são fábricas de exclusão.

Os dejetos humanos do capitalismo não têm qualquer visibilidade ou proteção penal, contrario senso, são os destinatários dos discursos penalizadores.

A secularização das penas parece ter atingido o seu ápice, instalando-se uma nova irracionalidade. O princípio da humanidade é esquecido poder criminalizante, não é observado nas fases legislativa, judicial ou executória.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ BATISTA, Vera Malagutti. **O mesmo olha positivista**. Boletim do IBCCRIM, ano 8, nº. 95. São Paulo, outubro, 2000.

A festejada evolução, entre nós, sobretudo na reforma da Parte Geral do Código Penal, das penas alternativas, revela, na realidade, uma nova equação: “penas alternativas para os possíveis consumidores e cadeia para os consumidores falhos.”¹⁴⁹ Estes indícios demonstram que a ideologia reabilitadora do cárcere está sendo substituída por um paradigma explícito de contenção e neutralização da juventude pobre.

Como diz Zygmunt BAUMAN¹⁵⁰ a pobreza não é um exército de reserva de mão-de-obra, tornou-se uma pobreza sem destino, precisando ser isolada, neutralizada e destituída de poder. Sem poder, deixa de ser detentora de princípios, passou a ser incriminada e brutalizada. Loic WACQUANT¹⁵¹ frisa que o encarceramento reelabora sua missão histórica dirigindo-à regulação da miséria e ao armazenamento dos refugos do mercado.

Ainda que em superficial análise dos movimentos pendulares da história, parecidos que atingimos, novamente, com os contornos da modernidade e globalização, uma nova etapa das relações sociais, de produção e consumo, semelhantes à Baixa Idade Média.¹⁵²

Os detentores do poder nunca perdem de vista que os bens da vida não são suficientes para todos, é preciso proteger a propriedade daqueles que a têm; o

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.

¹⁵¹ WACCQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. Pág. 12.

¹⁵² “Todo sistema penal da Baixa Idade Média deixa claro que não havia escassez de força de trabalho, pelo menos nas cidades. Como o preço da mão-de-obra baixou, a valorização da vida humana tornou-se cada vez menor. A luta renhida pela sobrevivência moldou o sistema penal de tal forma que este se constituiu num dos meios de prevenção de grandes crescimentos populacionais. Von Heting corretamente aplica a idéia de seleção para o sistema penal, mostrando que o sistema agia como um tipo de terremoto artificial, destruindo aqueles que as classes altas consideram inadequados para a sociedade” RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª Edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. pág. 39

pragmatismo social evidencia a necessidade da punição seletiva e cruel, que exclua, afaste, mutile e aniquile a massa que lhes ofereça obstáculos. Em 1939 George RUSCHE¹⁵³ já advertia sobre a crueldade das punições brutais que não podem ser atribuídas à crueldade punitiva de uma época, agora abolida. E, sintetiza: a crueldade mesma é um fenômeno social que apenas pode ser entendido nos termos das relações sociais dominantes num dado período.

O pretexto da luta contra o crime, embora faça parte do jogo, não é suficiente para explicar as transformações dos sistemas penais; todo sistema de produção objetiva buscar formas punitivas que correspondam aos seus anseios. O uso, a rejeição e a intensidade de das penas são determinadas pelas forças econômicas e sociais.

O encarceramento da forma que se dá na modernidade não apresenta diferença substancial com as formas punitivas medievais. A “nova” concepção burguesa do trabalho, foi acompanhada pelo surgimento de uma concepção de tempo, o que tornou possível à época, a análise de proporcionalidade da pena. Hoje, as relações de produção e consumo e a mobilidade do capital expressam sentidos diversos de tempo e lugar. O rigor punitivo tem novas dimensões. As penas cruéis precisam ser re-conceituadas para que o mandamento constitucional do princípio da humanidade seja ultradimensionado.

Assim como há um ruptura no espaço marcada pelos muros da prisão, há também uma ruptura no tempo.¹⁵⁴ A pena de prisão se diferencia de todas as outras penas pela forma como combina estes dois elementos: o tempo e o espaço. Esta interseção entre

¹⁵³ RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª Edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. pág. 42.

¹⁵⁴ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antônio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pág. 33.

tempo e espaço marca o começo de uma duração distinta, qualitativamente diversa. E isto apesar da pena ser medida com a mesma unidade que se utiliza para medir o tempo social, o tempo comum.¹⁵⁵

A separação física não define por si só a pena de prisão. Ao referirmo-nos a uma pena deste tipo é lógico perguntar: por quanto? Porque o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena. Existe uma enorme diferença entre passar três dias na prisão e passar a vida toda: há uma vida de diferença. Ao construir a prisão, pretende-se imobilizar o tempo da pena. Separá-lo do tempo social que transcreve no espaço social que transcorre no espaço social. A prisão é uma construção no espaço para calcular de determinada maneira o tempo. O fluir do tempo se opõe à firmeza do espaço. O ordenamento jurídico, mediante a prisão, procura dominar o tempo. Pareceria que o tempo no qual transcorre a vida social normal fosse um tempo relativo, e que o tempo da pena, que transcorre na prisão, assumira um caráter absoluto. No espaço tudo está imóvel e claro na geometria da proporção; tudo transcorre e flui no ritmo do tempo.¹⁵⁶

Comparando, grosso modo, o desenvolvimento social da Idade Média, com o atual, temos que naquele período, conforme registra George RUSCHE:

A substituição da lavoura pela criação de gado e o surgimento do sistema de pastagem capitalista resultaram na pauperização de vasta extensão do país e coincidiram com um crescimento geral da população na Inglaterra”. Era perceptível por toda parte que a produção não estava no mesmo compasso do crescimento da população. Área pequena e população numerosa, mesmo das cidades maiores, não correspondiam à imigração de artesãos e comerciantes. As municipalidades dificultavam, sobretudo, a obtenção de cidadania para estrangeiros, tanto quanto as guildas fechavam as portas aos recém-chegados. Forçados a permanecer nas estradas, os últimos imigrantes tornaram-se errantes, vagabundos e mendigos; seus bandos foram uma verdadeira praga. Nenhuma política social consistente foi desenvolvida para resolver esta situação. Estas pessoas tinham como único recurso reunir-se aos bandos de mercenários que começavam a surgir.¹⁵⁷

A produção e as formas de distribuição de riquezas prosseguem, ao seu modo, dando surgimento aos novos vagabundos e despossuídos. Na Idade Média estavam fora da abrangência do fisco,¹⁵⁸ estigmatizados como “vilões”, habitantes das vilas,

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ Idem. Pág. 28

¹⁵⁸ *Penance* (indenização) “Na história da administração penal, várias épocas podem ser destacadas, durante as quais vigoraram sistemas de punição completamente diferentes. Indenização e fiança foram os métodos de punição preferidos na Idade Média. Eles foram sendo gradativamente substituídos por um duro sistema de punição corporal e capital que, por sua vez, abriu caminho para o aprisionamento, em torno do século XVII.” RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª Edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. pág. 42.

precisavam ser aniquilados e, de forma brutal. Os que tinham recursos para pagar estavam aptos a comprar a liberação da punição, delinqüentes que não tinham meios eram impotentes para porem-se a salvo do tratamento severo a que eram submetidos. De longe, o maior número de crimes era contra a propriedade, cometidos por aqueles que não tinham propriedade alguma.¹⁵⁹ Hoje, habitam as favelas, estão às margens da sociedade; são marginais. A eles a normas punitivas não alcançam com seus utópicos objetivos. Não é possível ressocializar que nunca “viveu” em sociedade. Restam-lhe as “modernas” formas de crueldade que obscurecem o princípio da humanidade. A visibilidade das “execuções” tem na mídia seu componente mais importante. A televisão como um novo panótico tem mais presença nos lares brasileiros que as geladeiras, e da sua telinha escorre lentamente todos os dias o veneno de um certo olhar sobre o crime e a pobreza.¹⁶⁰

A cobertura em tempo real das condições de encarceramento evidenciam o princípio de “*less eligibilit*” ainda relacionado ao mercado de trabalho.¹⁶¹ A desregulação social, ascensão do salariado precário sobre um fundo de desemprego de massa na Europa e de miséria laboriosa na América e retomada do Estado punitivo seguem juntos: a mão invisível do mercado de trabalho precarizado encontra seu complemento institucional no “punho de ferro” do Estado que se reorganiza de maneira a estrangular as desordens geradas pela difusão da insegurança social.¹⁶²

¹⁵⁹ RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª Edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. pág. 36.

¹⁶⁰ BATISTA, Vera Malagutti. **O mesmo olha positivista**. Boletim do IBCCRIM, ano 8, nº. 95. São Paulo, outubro, 2000.

¹⁶¹ O princípio da *less eligibility* pretende demonstrar que as condições de vida no cárcere e as oferecidas pelas instituições assistenciais devem ser inferiores às categorias mais baixas dos trabalhadores livres, de modo a constranger ao trabalho e salvaguardar os efeitos dissuasivos da pena.

¹⁶² WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. Pág. 147

George RUSCHE¹⁶³ descreve o “fenômeno social” na Idade Média:

Quanto mais empobrecidos ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para fins de dissuadi-los do crime. O castigo físico começou a crescer consideravelmente por todo o país, até que finalmente tornou-se não apenas suplementar, mas a forma regular de punição. Execução, mutilação e açoites não foram introduzidos através de uma mudança revolucionária repentina, mas gradualmente se converteram em regra no interior de uma situação que se transformava. Com o passar do tempo, a punição tornou-se mais severa, menos suave. Havia a teoria de que a punição devia ser suave em caso de dúvida, mas tais tendências humanistas não encontravam aprovação na prática. Ao contrário, travou-se uma guerra aberta entre a legislação e a ciência em matéria de punição

A indiferença com o princípio da humanidade se repete ao longo da história; a enunciação legislativa atende aos reclamos das relações sociais, a atuação judicial é reprodutora de uma absurda lógica formal, cujas premissas não abandonam a dogmática incutida num sistema de ensino “preparador” do combate dos processos de seleção para acesso à Ordem dos Advogados, ao Ministério Público e à Magistratura. A Constituição e seus princípios são relegados aos discursos acadêmicos. Neste contexto o princípio da humanidade é reduzido à uma enunciação formal e taxativa da proibição de penas: cruéis, de morte, de trabalhos forçados e de banimento. Nem o “princípio” e nem a “pena” têm atingido as agências num novo contexto sociológico. A pena não é uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais. Não se nega que a pena tenha fins específicos, mas nega-se que ela possa ser entendida tão somente a partir de seus fins.¹⁶⁴

¹⁶³ RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª Edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. pág. 36

¹⁶⁴ Idem. Pág. 19

O sistema penitenciário, ainda mantém a simbologia medieval do confinamento, as “grades”, as algemas¹⁶⁵ e os registros policiais estigmatizantes. O rótulo da folha de antecedentes é exibido com frequência nos meios de comunicação, são exigidos pelas empresas como forma de prova de “boa conduta social”. No processo penal, em pelo menos três vezes é reclamado: no inquérito, na cota introdutória da denúncia e na fase de diligências que antecedem as alegações finais, ocasião em que o Ministério Público sempre requer sua atualização, fazendo coro ao aforisma forense: “ao primário tudo, ao reincidente nada”.

Com a devida contextualização observa-se que a estigmatização, a rotulagem hodierna são reflexos da ignorância do princípio da humanidade marcante na Idade Média, assim como a busca de formas recrudescidas de punição como o Regime Disciplinar Diferenciado:¹⁶⁶

Mesmo os métodos de execução tornaram-se mais brutais. As autoridades estavam constantemente inventando novas maneiras de fazer com que a pena de morte fosse mais dolorosa. A substituição das diversas formas de mutilação pela pena de morte dificilmente pode ser vista como uma medida atenuante, já que a mutilação servia geralmente para identificar os criminosos, com o mesmo sentido dos modernos arquivos criminais. Entre as mutilações encontramos a perda das mãos, de todos os dedos ou das falanges, cortes ou extração de língua, olhos, danos aos ouvidos e castração. A par do sofrimento envolvido, era muito difícil para que qualquer punido desta maneira achar um emprego honesto novamente. Ele seria forçado a voltar para o caminho do crime e acabaria vítima de uma medida da lei mais dura. Muitas vezes a mutilação produzia um arremedo de homem, e freqüentemente provocava a morte da vítima. Quando a lei prescrevia somente a mutilação, entretanto, um desfecho fatal era registrado como natural. O exílio, uma forma comum de punição neste período, freqüentemente representava um destino muito pior do que se pode imaginar. Com o exílio, escapava-se da morte na cidade natal, mas muitas vezes, as galés esperavam o sentenciado onde ele deveria se refugiar¹⁶⁷

¹⁶⁵ Recentemente no Estado do Espírito Santo alguns presos foram mantidos, por alguns dias, acorrentados e presos a cadeados sob a alegação de falta de vagas no sistema prisional. O fato ensejou cobertura ampla da imprensa e manifestações de apoio por parte da sociedade na forma “rigorosa” de se fazer cumprir a “lei” penal.

¹⁶⁶ RDD – O Regime Disciplinar Diferenciado surgiu como resposta imediata a megarrebelião ocorrida no Estado de São Paulo, no início de 2001, que envolveu 25 unidades prisionais da Secretaria de Administração Penitenciária e quatro cadeias públicas, sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado. O fato se repetiu neste ano, atingindo 73 presídios paulistas e outras unidades em outros Estados. Os dois episódios têm em comum o desafio às ações governamentais que tentam desmontar a facção criminosa do PCC (Primeiro Comando da Capital).

¹⁶⁷ RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª Edição. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. pág. 38

Para Salo de CARVALHO:

... a Lei 10.792/2003, ao incorporar o RDD na (dês)ordem jurídica nacional e alterar a LEP, vinculando o ingresso do preso no regime disciplinar diferenciado quando apresentar alto risco a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, parágrafo 1º da LEP) ou quando recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, parágrafo 2º LEP), manifesta o assentimento dos Poderes Públicos com práticas arbitrárias regulamente toleradas nas penitenciárias nacionais.¹⁶⁸

O sistema penitenciário, não obstante ter seus próprios métodos de recrudescimento nas formas de execução, livres de quaisquer formas eficientes de fiscalização e adequação ao Texto Constitucional, ainda conta, por vezes com a anuência legislativa e judiciária no estabelecimento de penas cruéis. A promiscuidade e a ausência de espaços ou regulamentação para as visitas íntimas propicia a disseminação de doenças sexualmente transmissíveis que aliadas à ausência de assistência médica contribuem para a moderna forma de pena de morte.

Os que revoltam precisam ser contidos aos olhos vigilantes das câmaras de televisão, o discurso oficial prima pela necessidade emergencial da contenção daqueles sujeitos considerados de “exacerbada periculosidade”, o poder disciplinar no cárcere, paulatinamente se distancia do verniz reabilitador que no passado lhe proporcionava aparência humanizadora:¹⁶⁹

Se anteriormente a perspectiva correccionalista, inferida à norma executória, pressupunha um integrado sistema de controle disciplinar que, por meio de avaliações subjetivas e do binômio punições/recompensas, agregava sobrepenalidade à sanção penal, a atual hiperpotencialização do poder disciplinar, além de manter intactos tais dispositivos, aprofunda ainda mais o caráter de eliminação conferido às prisões nacionais. Escudado pelo alarmante caos que vige o sistema penitenciário, o regime disciplinar diferenciado oculta sua natureza de pena cruel que rememora, tragicamente, os suplícios medievais. As denominações de disciplina e segurança resguardam da discussão acerca da nova modalidade de punição sua dimensão mais significativa, que consiste em impor a uma determinada categoria de indivíduos uma carga de sofrimento desmedido, por

¹⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **Tântalo no divã (novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 12, n. 50, São Paulo: RT, p. 97, set-out. 2004.

¹⁶⁹ FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. pág.155

meio do isolamento individual de 360 dias, passível de reedição, podendo alcançar até o limite de um sexto da pena aplicada.¹⁷⁰

A veiculação, editada e reeditada das rebeliões contra as formas de penas cruéis, potencializam apenas um vetor da problemática: “o crime se organiza a partir do cárcere”, torna-se imperioso “vigiar e punir” com mais rigor os já vigiados e punidos. As penas cruéis assumem novas faces, são aplaudidas e requisitadas pela sociedade punitiva; movidas pelo clamor social passam a integrar a dogmática penal. Exemplo disso são a Lei dos Crimes Hediondos e suas “atualizações” e agora, o RDD, sem contar os projetos em andamento que visam o aumento substancial de penas, em resposta do (des) governo aos episódios (re) produzidos pela mídia.

Os anseios da sociedade pela pena de morte são atendidos por outros meios. Beccaria assinala que não é a intensidade da pena e sim sua extensão que tem efeito maior na alma humana. Na pena de morte, o castigo seria afastar para sempre o condenado da sociedade humana. A pena de prisão seria (deveria ser) uma expulsão imediata e limitada. Ao prolongar-se no tempo, potencializam-se os estigmas e as penas de prisão assumem o que se logra com a pena de morte, assumindo um único significado: o da exclusão social. Nesta linha não há argumentos que sustentem a constitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos, vez que desatende o princípio da humanidade.

A tendência atual do encarceramento, desvirtua seus fins, é desproporcional e desumana. A aposta na desestruturação física para compensar a incapacidade de controle, por meio da maximização da vulnerabilidade dos sujeitos encarcerados torna-se ilegítima. O isolamento celular prolongado, com os efeitos destrutivos sobre a saúde

¹⁷⁰ Idem.

física e mental dos sujeitos, adquire feição de castigo, reeditando a velha noção de pena como puro e simples exercício de vingança social.¹⁷¹

Tal concepção viola frontalmente o dispositivo 5º, inciso XLVII, alínea e, da Constituição Federal, que veda a aplicação de pena de natureza cruel, bem como o inciso XLIX, do mesmo dispositivo que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Mais que isso é importante ressaltar que a abolição do isolamento celular foi proposta na 68ª Assembléia Geral da ONU, que enunciou os princípios básicos para elaboração das regras mínimas para tratamento de reclusos, as quais foram adotadas na íntegra pelo Brasil. Segundo o princípio 7 º devem empreender-se esforços tendente a abolição ou restrição do regime de isolamento, como medida disciplinar ou castigo¹⁷²

O pragmatismo social, corroborado pelas campanhas do direito penal do inimigo fomentam a dogmática penal visando a anulação real e ontológica dos pobres e miseráveis. Assim, a legitimação do regime disciplinar diferenciado nas prisões brasileiras, como aposta na aniquilação dos sujeitos como seres humanos equivalem à edição da pena de morte social.¹⁷³ O isolamento celular de longa duração caracteriza-se como um dos instrumentos de tortura do corpo e da alma do condenado e manifestamente antagônico aos princípios da dignidade e da humanidade¹⁷⁴

A pena é integradora, ou melhor, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade. Se perder de vista este necessário significado de decorrência de um *malum actionis*, considerando, assim, a pena unicamente como um instrumento de política criminal, então, não mais será possível conseguir a já descrita neutralização do alarme social, nem, por conseguinte, a reconstituição do equilíbrio intra-psíquico individual e coletivo. Conseqüentemente, nem

¹⁷¹ Ibidem pág. 155.

¹⁷² Ibidem pág. 156.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ MANIFESTO, antiterror, 2003. Revista de estudos criminais, a. 4, n. 13, Porto Alegre, Edição Oficial do ITEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, p. 10, 2004.

o sentimento de justiça e nem a consciência jurídica-social, encontrarão a necessária satisfação e consolidação.¹⁷⁵

Ao enaltecer a política criminal, legitima-se uma gama incontável de atos arbitrários dos agentes prisionais que contraria, inclusive, o princípio da legalidade. A disciplina nos presídios passa a ser presidida por categorias abertas, gerando vários sentidos:

o primeiro que maximiza ainda mais o arbítrio administrativo, e o segundo que produz efeito na gestão da política penitenciária, em face da importância auferida à ordem, à disciplina e à segurança das prisões do estabelecimento prisional, não apenas reforça a ideologia defensivista, mas ressignifica o sentido da execução, voltada na contemporaneidade à contenção dos socialmente indesejáveis, dos corpos excedentes. Abdica-se, pois, vez por todas, do ilusório e romântico fim ressocializador pregado no Estado Social em prol da administração das massas inconvenientes.¹⁷⁶

Sem ser o único, o momento executório é onde mais se evidencia o descumprimento proibitivo das normas desumanas; a situação se agrava por desnudar o conformismo e apoio dos poderes legislativo e judiciário. Chegar-se-á, portanto, a estas inaceitáveis conseqüências se conceber-se a dogmática penal em base não mais ontológica, mas somente de política criminal, renunciando a idéia da retribuição para fundamentar a pena exclusivamente no objetivo de prevenção geral.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Existe, hoje, uma tendência cada vez mais acentuada na doutrina alemã e italiana, de abandonar os tradicionais esquemas dogmáticos, baseados no princípio fundamental de culpabilidade, ou seja, de responsabilidade ético-jurídica. Seja a teoria do crime, seja a da pena, são hoje reconstruídas por autores como ROXIN e JAKOBS, segundo significados pragmáticos, unicamente orientados e preocupados em soluções de política criminal. A justificação da pena no quadro da prevenção geral integradora – que aqui examinamos e criticamos – é, exatamente, um dos tantos frutos – o mais evidente, mas também o mais capcioso – desta nova concepção da dogmática criminal. Através da demonstração de sua inconsistência e de sua esterilidade justamente no plano dos efeitos práticos, acreditamos ter oferecido uma contribuição central na defesa da perspectiva dogmática tradicional. Élio MORSELLI, *Élio*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal – N° 3 – Ago-Set/2000

¹⁷⁶ CARVALHO, Salo de. **Tântalo no divã (novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 12, n. 50, São Paulo: RT, p. 97, set-out. 2004. pág. 104.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar no presente trabalho que os princípios constitucionais são imperativos¹⁷⁸ existem para realizar-se e estão (devem estar) à disposição do homem, garantindo-lhe a proteção à dignidade.

Nada obstante os anseios da sociedade punitiva, urge que se releia o princípio da humanidade como dirigente e efetivo apelo constitucional.

As românticas e utópicas concepções ressocializadoras da pena romperam-se com a realidade. Impõe-se uma nova racionalidade na enunciação, na aplicação e execução das penas à luz da proporcionalidade do princípio da humanidade.

A dogmática penal, por ser um discurso de violência simbólica deve ser permeada por uma teoria zetética, que explica como é o sentido do direito¹⁷⁹ de forma a estabelecer garantias mínimas na medida em que se enfrenta um contexto social e jurídico complexo, fortemente influenciado pela ditadura mercantilista, pelo simbólico do direito penal máximo e a exigência de um processo penal mercantilista.¹⁸⁰

A vedação (efetiva) de penas cruéis e desumanas, tendo no princípio da humanidade um parâmetro do potencial interventor do Estado pode ser um freio redutor aos excessos punitivos do poder estatal e instrumento a serviço do indivíduo, atuando ainda como filtro constitucional, pelo qual devem passar as normas penais.¹⁸¹

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pág. 14.

¹⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 edição. São Paulo: Atlas, 2003. pág. 286.

¹⁸⁰ JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004. pág. 24.

¹⁸¹ Idem.

A exposição da miséria e da violência nos meios de comunicação, ainda que incomode os telespectadores e consumidores, deve ser objeto catalisador da atuação dos princípios que integrados, garantam a dignidade da pessoa humana e não transforme os excluídos em produtos não recicláveis da sociedade globalizada.

A pena em qualquer teoria justificadora deve ter como norte o princípio da humanidade, não pode e não deve ser instrumento de opressão e exclusão, não apenas porque isso é desejável, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina.¹⁸²

Assim o princípio da humanidade deve ser o instrumento balizador do pragmatismo social tendente a punição dos miseráveis que apresenta como escudo uma dogmática opressiva. Como conclui Juarez CIRINO dos Santos: em sociedades com elevadas taxas de exclusão do mercado de trabalho e do sistema escolar, marcada pela pobreza e pela ignorância, como é o caso da sociedade brasileira, a freqüência do erro de proibição e a imprecisão de alguns critérios da dogmática reclamam atitudes democráticas na sua avaliação.¹⁸³

¹⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pág. 27. “Desse modo, o fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão a banalidade e a proximidade do mal, produzindo efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral, e no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e o retorno à idéia de valores. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana e na experiência civilizatória dos povos. A Constituição brasileira de 1988 insere-se nesse contexto histórico não apenas por influência externa, mas também por experiência própria. Nessa linha, o constituinte de 1988 consagrou como fundamento do Estado Brasileiro o homem e sua dignidade, como se observa do art. 1º, III da Carta, e do seu preâmbulo, ainda sem considerar o restante do texto constitucional”

¹⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. pág. 205.

Concluiu-se que o atual contexto sociológico exige atitude democrática que recepcione de forma efetiva e real o princípio humanitário das penas.¹⁸⁴

Verificou-se, a partir da crítica necessária a impropriedade do sistema penal vigente no que se refere à compreensão do ser humano em toda a sua complexidade e, por outro, sua brutalidade, como instrumento coativo, seletivo e arbitrário.¹⁸⁵

A dogmática penal brasileira, tal como se estrutura, indefinida em seu modelo híbrido, desencadeia um processo pelo qual se constrói a sobrevivência de uma organização social que ignora a complexidade do ser humano.

Na síntese de Juarez TAVARES¹⁸⁶, sem tal apreensão, a reconciliação das relações pessoais deformadas por um crime, por exemplo, resta prejudicada e acaba por alimentar um ciclo destrutivo de agressões.

Verificou-se, ainda, neste contexto, que o pragmatismo do clamor social deve ser refreado, com os instrumentos da proporcionalidade, pelo princípio da humanidade.

Humanidade e proporcionalidade requerem uma nova e integrada leitura, que abandone o modelo unilateral. Neste sentido enfatiza Claus ROXIN¹⁸⁷ que o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Estes são seus dois componentes: correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual.

¹⁸⁴ A pesquisa conduziu, outrossim, ao alerta necessário para a leitura “sociológica” e transdisciplinar do pragmatismo social punitivo re (iluminando) uma nova era para o direito penal, sobretudo à luz da psicanálise. Registramos, sem qualquer pretensão de profundidade, vez que o objeto não fora delimitado em nossa pretensão, recortes extraídos da palestra do Prof. Dirk Fabricius (Universidade de Frankfurt) na conferência de abertura das III Jornadas do Núcleo de Direito e Psicanálise da Universidade Federal do Paraná. Vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito e coordenado pelo Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

¹⁸⁵ FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Trad. Juarez Tavares. Curitiba: Juruá, 2006. pág. 8

¹⁸⁶ Prefaciando o artigo de FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Trad. Juarez Tavares. Curitiba: Juruá, 2006. pág. 9.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa, 1998. p. 76 e ss.

Depreendeu-se, assim, que a dogmática penal tem se afastado da Constituição que adotou o princípio da humanidade, que deve pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, buscando o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinqüiram, até porque uma das finalidades da pena é sua ressocialização.¹⁸⁸

A análise das obras de Loic WACCQUANT e Luiz MIR ofereceram especial contribuição na pesquisa, ao demonstrarem, em suas áreas de estudo que o princípio da proporcionalidade não atingiu, ainda, sua característica de dupla face, resultando num resguardo exagerado dos direitos fundamentais de proteção da sociedade e olvidando da proteção ser humano.

A criminalização da pobreza é perversa e não resiste aos argumentos mais simplistas, indicamos, neste sentido que a seletividade já não é mais sutil, mesmo as medidas despenalizadoras vêm travestidas de interesses outros, de forma a proteger os consumidores, reservando para os excluídos todas as espécies de penas desumanas do gênero cruéis. Neste sentido registrou Lenio Luiz STRECK:

relembre-se, ainda nesse sentido, que esse modelo híbrido brasileiro que se amplia continuamente em relação à criminalização de condutas violadoras de bens das mais variadas espécies caminha neste aspecto para um modelo bastante repressor, mas que adota soluções em termos de penalização em sentido totalmente oposto. Ou seja, ao mesmo tempo em que eleva à categoria de crime uma série de ações e omissões que atingem a coletividade, cria alternativas penais à de reclusão que sustentam normativamente depois do discurso da impunidade. Basta ver, para tanto, os benefícios trazidos pela Lei. 9.724, pela qual muito raramente algum crime do colarinho branco fica excluído da pena alternativa (geralmente, pagamento de cestas básicas)¹⁸⁹

Indicativos que devem ser ressaltados nesta conclusão, desconsiderando a os aspectos semânticos, são os questionamentos transportados da notas de FABRICIUS,

¹⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pág. 43.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**. in Processo civil aspectos relevantes. Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Ed. Método, 2005-2006. pág. 126.

Dirk¹⁹⁰ em relação ao tratamento desumano e degradante vedado pela ordem Constitucional, mas tolerado pela dogmática do inimigo, em favor da vontade geral disseminada pela mídia, principal fomentadora do *medo social*: “quantos minutos de tirada de liberdade já são uma privação? Quanta chantagem deve ser sustentada? Que perda de bens representa um dano? Quanta dor significa um mal-trato? Ainda mais críticas são as causas de justificação: de que ponto (agressão, perigo) eu posso partir e até onde ir?”

Os efeitos do clamor social na regulação e aplicação das leis penais estabelecem um paradoxo que enaltece o caráter híbrido da dogmática penal brasileira. De um lado os reclamos para o rigor punitivo e de outro os favores inexplicáveis a alguns setores, parafraseando Rousseau: não há limites à vontade geral.¹⁹¹

Como já registrado, embora não fosse objeto da presente investigação e, sem qualquer pretensão de aprofundamento, foi resultante, inevitável, pela considerações de FABRICIUS, Dirk¹⁹² o retorno¹⁹³ a interseção com a psicanálise para se compreender o desejo coletivo de repressão e punição, ainda que em desacordo com os princípios humanitários¹⁹⁴:

¹⁹⁰ FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Trad. Juarez Tavares. Curitiba: Juruá, 2006. pág. 31

¹⁹¹ Exemplo disso é a Lei 10.684 (REFIS), na desclassificação de crimes como abuso de autoridade, sonegação de tributos, invasão de domicílio noturna, atentado ao pudor mediante fraude, entre outros; para crimes de menor potencial ofensivo (Lei 10.259/2003) ou ainda, na permanência no sistema do art. 107, VIII, do Código Penal, que possibilita a extinção da punibilidade do crime de estupro quando vítima casar com terceira pessoa. Outro exemplo é o artigo 94 da Lei 10.741/2003 que classifica na categoria de menor potencial ofensivo todos os crimes nela definidos, desde que a pena não ultrapasse, abstratamente 4 anos, o que faz com que crimes como “deixar de prestar assistência a idoso, submetendo a condições desumanas”, com sujeição deste ao trabalho escravo e disso resultando lesão corporal grave, sejam levados aos Juizados Especiais Criminais, ficando autores sujeitos à possibilidade de transação penal.

¹⁹² Ob. Cit. Pág. 31.

¹⁹³ Ou seria um começo?

¹⁹⁴ “O esforço pela harmonia social desenvolve a formação de teimosia e vontade de poder que reclama, por sua vez, o desejo da punição. O programa de obediência apresenta uma região comum a moral/regras justas, que é o que se salienta, enquanto que os mandamentos que autorizam as lesões na forma de justificativas, permanecem latentes

A psicanálise demonstra que a aceitação de sentimentos maus no pensamento contribui para que as ações más daí resultantes possam ser omitidas e encontrem formas socialmente assimiláveis de regulação. Os sentimentos, como instrumentos de medição, ajudam a mapear a paisagem social e podem ser ajustados na sua expressão livre, assim como os instrumentos de medição são aferidos tanto no diálogo interno como na comunicação com os outros. A passagem para o comportamento criminoso não está no afloramento desses sentimentos, mas na maneira em que eles determinam suas ações.

Concluiu-se, ainda, na exteriorização do pensamento do autor em estudo que a pena e suas formas de enunciação dogmática, movidas pelo clamor do senso comum torna-se um estímulo aversivo.¹⁹⁵ E, como tal, é ineficaz quando não se reforça o comportamento alternativo. As teorias sociais do aprendizado mostraram, além do mais, que o comportamento punitivo é imitado, quer dizer, que a educação violenta estimula o comportamento violento posterior.:

a psicanálise reconheceu desde cedo que o processo punitivo entre seres humanos é humilhante e degradante. Humilhação no direito penal comumente ligada a rebaixamento, desencadeia o ciclo. O risco de novos delito aumenta. Caim, preterido por Deus-Pai, encheu-se de cólera e matou seu irmão Abel". As pesquisas das neurociências sobre estresse mostraram, de modo definitivo, que tais estímulos aversivos, quando impostos de modo incisivo, prejudicam o aprendizado e a saúde.¹⁹⁶

O pragmatismo social direciona a dogmática penal, ignorando a essência do direito, o ser humano, impulsionando sanções desumanas. A psicanálise é unânime, inclusive as correntes que esboçam uma imagem pessimista do ser humano, ao afirmar que o tratamento humilhante-degradante não estimula de maneira alguma a força do ego, mas que, pelo contrário, a diminui. Em compasso com essas conclusões, a

´supra-legais´. Além disso, ainda pertencem ao programa de obediência e repressão da agressão contra os seus autores e a aceitação complacente da violência e da limitação de liberdade, quando obediência não é a própria causa da violência e restrição da liberdade. Oferecem-se, então, válvulas a essa agressão, a síndrome do ciclista: corcunda para cima e pedal para baixo" FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Trad. Juarez Tavares. Curitiba: Juruá, 2006. pág. 31

¹⁹⁵ Idem. Pág. 37

¹⁹⁶ Ibidem. Pág. 38

psicologia cognitiva do juízo moral chega ao mesmo resultado: a pena vai de encontro à melhoria da capacidade de juízo moral.¹⁹⁷

A sociedade punitiva, amedrontada, clama por segurança, invocando o direito à proteção como garantia fundamental, de outro lado, como se extrai das conclusões em apreço, com a contribuição da psicanálise e idéias abolicionistas acenam para o fim das penas:

Ainda que em algumas áreas da criminalidade possa haver efeitos de dissuasão por terror, isso não pode legitimar a pena como fenômeno em um Estado democrático de direito, se ele, como pretende, pressupõe um cidadão emancipado. A difusão do terror caminha em sentido contrário ao do amadurecimento e aumenta a disposição para a obediência. Essa, por sua vez, se apresenta com excessiva constância como um fator essencial para levar os seres humanos ao crime, como os experimentos de Milgram demonstraram exemplarmente, assim, como os crimes de guerra, mas não só nessas ocasiões excepcionais. Pode-se afirmar, de modo resumido, que todas as teorias preventivas dos fins da pena que estabelecem uma relação empírica entre punição e comportamento futuro do apenado não encontraram qualquer confirmação através da ciência empírica. Conclui-se portanto, que a pena não é só apenas inútil para o desenvolvimento desses cidadãos, mas é precisamente destrutiva. Isso quer dizer que nós precisamos de culpabilidade, enquanto que a pena deve ser, pedaço por pedaço, excluída da nossa vida social, como a prática pedagógica já faz com avanços em muitos Estados. Nós não podemos esquecer que a transformação copernicana também precisou de duzentos anos até que se incorporasse ao conhecimento comum.¹⁹⁸

A compreensão acima citada, naturalmente, não tem as atenções populares das manchetes dos defensores do rigor punitivo. O senso comum adota o slogan comum: “eles começaram”, “eles merecem”. A degradação dos grupos de *vítimas* através do repúdio de sua humanidade teve, tem e poderá ter severas conseqüências.

Os excluídos que vivem em conflito com a lei se tornam a forma viva mais baixa e com menos direitos de ser comparada a outros seres humanos, menos capacidade de sentir e menos qualificada para a compaixão e simpatia.¹⁹⁹ “São selvagens, amarelos,

¹⁹⁷ FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Trad. Juarez Tavares. Curitiba: Juruá, 2006. pág. 38.

¹⁹⁸ Idem. Pág. 39.

¹⁹⁹ JOCK, Young. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pág. 167.

pretos, mulatos, vermes, animais, monstros de duas pernas. A violência é única linguagem que eles entendem”²⁰⁰

As penas desumanas, cruéis e degradantes assumem novas formas, aqueles que passam pelo “sistema” são estigmatizados.²⁰¹ Eles estão além da redenção. São forjados como monstros, não podem mudar. “Nenhum tempo de condenação pode redimir sua depravação. O melhor seria permanecerem na prisão, ou em outra instituição, para sempre, ou no caso dos pedófilos, serem quimicamente castrados”.²⁰²

A sociedade punitiva tem nos meios de comunicação um aliado implacável, eles perseguem o desviante muito à frente da polícia, acusando-a frequentemente de lidar inadequadamente com o caso. O sistema penal fica assim na defensiva pronto a digerir as mensagens que lhe são dirigidas.

O público, por sua vez, sempre se interessou por crimes, nunca se viu como nos dias atuais as livrarias, bancas de revistas e cinemas tão repletos de “mercadorias” sobre crimes que enfatizam a idéia e a presença contemporânea do mal.

Recentes acontecimentos no Brasil, sobretudo no Estado de São Paulo demonstram que o sistema de justiça criminal isolado não consegue manter a coesão social. Se quisermos entender como a sociedade desmorona, temos que compreender como ela se mantém²⁰³ e nenhuma sociedade se mantém, se ignora as conquistas históricas de valorização humana.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Neste sentido é de consulta obrigatória: BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

²⁰² JOCK, Young. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pág. 170.

²⁰³ Idem. Pág. 217.

A proporcionalidade do princípio da humanidade surge como uma necessidade de se estabelecer um balizamento prático entre os princípios constitucionais em matéria penal. Com a idéia de proporcionalidade procura-se resolver (não solucionar definitivamente) o conflito de princípios por meio de uma solução de compromisso por meio da qual um deles será privilegiado no caso concreto²⁰⁴, mas sempre procurando minimizar os efeitos ofensivos ao princípio perdedor. Este em todo caso deve ter seu núcleo essencial respeitado.

O núcleo essencial do princípio da humanidade não se resume na vedação das penas cruéis. O núcleo é o homem.

²⁰⁴ DANTAS, Davi Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**; 2 ed. Paulo: Madras, 2005. Pág. 273.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES COSTA, Sidney. **Abolicionismo penal: ontem, hoje e amanhã**. Livro de Estudos Jurídicos, n. 4, coordenação de James Tubenclak e Ricardo Silva de Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica: um esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

AZEVEDO, Jackosn Chaves de. **Reforma e contra reforma penal no Brasil: uma ilusão que sobrevive**. Florianópolis – SC: OAB/SC, 1999.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Em busca da política**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2000.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 4. ed., 1999.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

BATISTA, Vera Malagutti. **O mesmo olhar positivista**. Boletim do IBCCRIM, ano 8, nº. 95. São Paulo, outubro, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As conseqüências humanas**. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, Ed. 1999.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flôrio de Angelis. São Paulo: EDIPRO, 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Prisão perpétua e o princípio de humanidade.**

Disponível em: www.cec crim.hpg.ig.com.br.

_____. **Falência da pena de prisão. Causas alternativas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Trad. Alfredo Fait, 4ª ed. Brasília DF: Editora UNB, 1997.

BRZEZINSKI, Francisco Irineu. **A vida numa penitenciária.** Curitiba: Jurá, 1996.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRUNO, Aníbal, **Direito penal – parte geral – tomo II, 3ª edição,** Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Tântalo no divã (**novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro**). Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 12, n. 50, São Paulo: RT, p. 97, set-out. 2004.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CHERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. **Revista síntese de direito penal e processual penal – Nº 37 – Abr-Maio/2006.**

DANTAS, Davi Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo; teoria e casos práticos.** 2 ed. São Paulo: Madras, 2005.

DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem.** Trad. Tamara D. Barile. Brasília: Instituto Tancredo Neves; Bonn, Alemanha: Fundação Friederich Naumann. 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal parte geral – questões fundamentais a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia – o homem delinqüente e a sociedade criminógena,** Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DÍAZ, Julio Alberto. **Responsabilidade Coletiva.** Belo Horizonte: Editora Del Rey 1998.

DOTTI, René Ariel, **Revista síntese de direito penal e processual penal – Nº 1 – Abr-Mai/2000**

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão,** Petrópolis: Vozes, 2000.

Élio MORSELLI, Élio. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal – Nº 3 – Ago-Set/2000.

FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Trad. Juarez Tavares. Curitiba: Juruá, 2006.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de direito penal**. São Paulo: Editora Ícone, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – parte geral**. 13ª edição revista e atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991.

FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo. O caso RDD (regime disciplinar diferenciado)**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo**. Curitiba: Juruá Editor, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997

HERKENHOFF, João Batista. **Crime: tratamento sem prisão**. Porto Alegre RS: Livraria do Advogado, 1995.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas: O sistema penal em questão**. 2ª edição., Niterói: Luam, 1997.

JAKOBS, Günter. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luiz Calegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JOCK, Young. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

JUNIOR. Aury Lopes. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6ª edição, 4ª tiragem, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Princípio da proporcionalidade no Direito penal.**

Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 25.06.2004.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico.** Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2002..

LEITE, Rosimeire Ventura. **Princípio da proporcionalidade no Direito penal.**

Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 25.06.2004.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal: projeções contemporâneas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Princípios políticos do direito penal.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Teoria Constitucional do Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito Penal, Estado e Constituição.** São Paulo: IBCCRIM, 1997.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime.** São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal, uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MANIFESTO, antiterror, 2003. Revista de estudos criminais, a. 4, n. 13, Porto Alegre, Edição Oficial do ITEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, p. 10, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal – volume I**. Campinas: Editora Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal – volume II**. Campinas: Editora Bookseller 1997.

MARTEAU, Juan Félix. **A condição estratégica das normas**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

MEIRELLE, Delmas Marty. **A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri SP: Manole, 2005.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antônio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MIR, Luís. **Guerra civil: estado e trauma**. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

MORAES, Pedro Rodolfo de. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso: método apac**. São Paulo: Paulinas, 2001.

_____. **Ninguém é irrecuperável: apac, a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989.

PASSETTI, Edson. DIAS DA SILVA, Roberto Baptista. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

PENTEADO, Jaques de Camargo, coordenador. **Justiça penal – críticas e sugestões, o crime organizado**. Volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. coordenador, **Justiça penal – críticas e sugestões, 10 anos da constituição e a justiça penal**. Volume 6, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

PIERANGELLI, José Henrique. **Escritos jurídicos penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

PRADO, Luiz Regis, **Curso de direito penal brasileiro, Volume 1, Parte geral. 2ª edição revista, atualizada e ampliada**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal – introdução crítica**. São Paulo: Editora Saraiva 2001.

_____. **Do caráter subsidiário do direito penal. Lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMALHO, José Ricardo. **O mundo do crime: a ordem pelo avesso**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Parte geral do código penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa, 1998.

RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. pág. 39

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. 2ª Ed. Lisboa: Editorial Caminho, 1995.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, José Geraldo. **A lei de tortura interpretada – comentários à lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997**. LED - Leme SP: Editora de Direito Ltda, 1997

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SINHRETTO, Jacqueline. **Os justiçadores e sua justiça: linchamentos, costumes e conflito**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Capitalismo e revolução burguesa no Brasil**. Rio de Janeiro: Graphia, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado de Direito e do controle de constitucionalidade**. In. **A sociedade, a violência e o Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**. *in* **Processo civil aspectos relevantes**. Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Ed. Método, 2005-2006. págs. 123-146.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5ª ed. S. Paulo: Saraiva, 1994.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Editora Del Rey, Belo Horizonte, MG: 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro /**. Rio de Janeiro: Revan, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raul et all. **Direito criminal**. Coord. José Henrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral. 5ª edição, revista e atualizada**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2001.