

DANIEL VIÉGAS SOARES BARROSO

SAINDO DE UM ESTADO DE POLÍCIA PARA O ESTADO DE DIREITO

Monografia apresentada à Comissão Julgadora do Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC, em convênio com a Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia.

Orientador: Prof. Dimitri Dimoulis

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

SAINDO DE UM ESTADO DE POLÍCIA PARA O ESTADO DE DIREITO,
monografia apresentada por Daniel Viégas Soares Barroso à Banca de Monografia
Jurídica, composta por:

Prof. _____

NOTA: _____

Prof. _____

NOTA: _____

Prof. _____

NOTA: _____

Curitiba, _____ de _____ de 2008.

AGRADECIMENTOS

Agradeço o Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC, por me ter proporcionado o conhecimento necessário para a elaboração deste trabalho, através dos ensinamentos de todos os professores, muitos dos quais estão presentes nesta obra.

Fico agradecido em especial ao professor Juarez Cirino, que sempre me recebeu de forma atenciosa e paciente, ouvindo minhas dúvidas e sugestões.

Merece ainda menção significativa o professor Dimitri Dimoulis, o qual me estendeu “a sua preciosa mão” para elaboração desta monografia, compartilhando seus preciosos ensinamentos através de e-mails, os quais engrandeceram demais esta obra. Obrigado pelos incentivos e críticas, sempre voltados para o meu aprimoramento, e também por ter aceitado tal convite, já que dispendeu seu valioso tempo me orientando, enfim, sou grato por ter me ouvido.

“Devemos nos preparar para estabelecer os alicerces de um espaço verdadeiramente humano, de um espaço que possa unir os homens para e por seu trabalho, mas não para em seguida dividi-los em classes, em exploradores e explorados; um espaço matéria-inerte que seja trabalhada pelo homem mas não se volte contra ele; um espaço Natureza social aberta à contemplação direta dos seres humanos, e não um fetiche; um espaço instrumento de reprodução da vida, e não uma mercadoria trabalhada por outra mercadoria, o homem fetichizado”. (Milton Santos)

RESUMO

Para construir um Estado de direito, é necessário que sejam respeitados os direitos fundamentais de todos. A teoria garantista visa propiciar um estado de coisas, onde se preocupa em fomentar os princípios para que a estrutura normativa do sistema criminal não fique “engessado” em meio a concepções fascistas, dando a oxigenação devida ao ordenamento jurídico, claro que respeitando a legalidade, a fim de preservar a segurança jurídica. Os princípios reitores para se chegar a um Estado mais social são o da legalidade, o da secularização, que impõe o respeito às convicções pessoais de um cidadão, além de garantir a condenação de uma pessoa, não pelo o que ela é, mas sim pelo o que ela fez, e o da proporcionalidade, usado como mecanismo de controle da constitucionalidade de uma norma, onde aquele, como princípio geral de direito, não permitirá que o legislador infrinja o conteúdo volitivo da Constituição e nem os direitos fundamentais. É por meio de um direito penal mínimo, interessado em tutelar somente a vida, a liberdade e o corpo, é que se chegará a um Estado menos arbitrário, que não prescinde igualmente de políticas sociais, que façam o ex-presidiário se livrar das amarras do sistema jurídico. A adoção de políticas criminais concomitantes com políticas sociais, somada à certeza das punições é que diminuirão a diferença de criminalização entre classes não consumidoras e as mais abastadas, e também por meio disso desaparecerá aquela premissa que quem esta mais propenso a cometer crimes são as pessoas de menor renda e que o problema das favelas é o tráfico e não o que o originou, qual seja, a política capitalista de exclusão e marginalização de uma classe detentora do poder à outra oprimida e refém de dita política. Somente um Estado de direito que vivencie um direito penal mínimo conseguirá diminuir a incidência de um capitalismo agressivo, trazendo as bases da igualdade, olhando o detento ou o ex-condenado como o próximo ou semelhante a si mesmo, conseguirá vencer as bases capitalistas e talvez abolir o cárcere (como queria o professor Alessandro Baratta), pois não será mais preciso produzir bodes expiatórios como o medo, a pobreza e o tráfico, restando assim vencido o atual sistema, para dar espaço a um novo.

Palavras-chaves: Estado de Direito. Garantismo. Princípios.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO	1
1 O QUE É O GARANTISMO?	3
2 PRINCÍPIOS GARANTISTAS	24
2.1 Princípio da Secularização	24
2.2 Princípio da Legalidade	28
2.3 Princípio do in dúbio pro reo	37
2.3 Princípio da Humanidade	39
2.4 Princípios da Ofensividade e da Insignificância	44
2.5 Princípio da Presunção de Inocência	51
2.6 Princípio da Proporcionalidade	59
2.7 Princípio da Culpabilidade	66

3 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA	70
3.1 Artigo 59 do Código Penal	70
3.1.1 Antecedentes Criminais	70
3.1.2 Personalidade	75
3.1.3 Conduta Social	78
3.2 Artigo 61, I, do Código Penal – A reincidência como circunstância agravante	82
4 PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	85
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

O presente estudo demonstra, através da aplicação de um Direito criminal mínimo, a consecução de um Estado de Direito e, conseqüentemente, de um Estado Social.

Para tanto, é primeiramente apresentada a teoria garantista em suas linhas gerais, enfatizando a efetivação da proteção aos direitos fundamentais de todas as pessoas e a necessidade de afastar velhas premissas, como a de que lei vigente é sinônimo de lei válida, vez que em um ordenamento jurídico só tem lugar para leis válidas.

São de vital importância para esta teoria os princípios da legalidade e da secularização. O primeiro, porque é ele que traz a segurança jurídica; o segundo, pois é através dele que se forma um Estado laico, onde direito não interfere na moral, servindo de base para a inconstitucionalidade de alguns preceitos legais, como a tipificação do aborto, algumas das circunstâncias judiciais enumeradas no artigo 59 do Código Penal para a fixação da pena-base, a tipificação da mendicância e da vadiagem na Lei das Contravenções Penais, dentre outros exemplos expostos neste trabalho, já que dito princípio detém natureza metajurídica.

A dogmática garantista vai em sentido oposto ao do direito penal do inimigo e de autor, não admitindo que alguém venha a ser condenado pelo rótulo de perigoso, ou, em outras palavras, pelo o que é. Repudia igualmente que uma pessoa seja colocada na prisão como forma de contenção, caso da prisão preventiva. Defende um Estado Liberal que dê maior liberdade ao cidadão e um Estado Social que garanta a qualquer um a proteção dos seus direitos fundamentais.

São apresentados outros princípios e a sua função no modelo garantista, como o *in dubio pro reo*, de inverter a lógica civilista, aplicada no processo penal, no que tange ao ônus da prova; o da humanidade, propondo a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado; o da insignificância junto ao da secularização, defendendo a legalização do aborto, enfim, demonstrando a possibilidade de coexistência dos princípios sem com isso infringir regras válidas.

Noutro capítulo tecem-se críticas ao sistema criminal, mais especificamente o momento de aplicação da pena pelo juiz, quando valora negativamente os antecedentes, a personalidade e a reincidência do agente, porquanto clara demonstração da culpabilidade de autor, sem falar na conduta social que fere o princípio da secularização.

Por último, questionam-se alguns aspectos relativos à prisão, desde a consecução de uma lei, passando pela custódia preventiva, a decorrente de condenação recorrível, a fase de execução da pena privativa de liberdade, até se chegar ao direito de resistência do encarcerado. Relatam-se as condições da prisão e sua contradição com o discurso oficial proposto pelo Estado (ressocialização).

Espera-se com este trabalho, que adota como referencial teórico as principais idéias explanadas no curso de pós-graduação *lato sensu*, apresentar alternativas para desconstituir o direito criminal como é usado hoje, uma das “armas” do sistema capitalista para excluir e explorar pessoas.

1 O QUE É O GARANTISMO?

A teoria garantista preceitua a maior valoração dos princípios no direito penal, em antítese com o *dogmatismo* da lei, pois os princípios estão em níveis iguais, não há uma hierarquia de princípios, uns complementam os outros, orientando-se por uma interpretação não excludente. Já as regras apresentam antinomias e falhas e há hierarquização entre elas.

É de suma importância visualizar o benefício que traz ao ordenamento jurídico a inclusão dos princípios, porque é somente através deles que se terá argumentação e a discussão em um processo, pois, tendo valores como objeto é que se chegará à justificação, persuasão e acordo.¹

Para se chegar às conclusões acima expostas, há de ficar assentado que o sistema jurídico brasileiro é composto de regras e de princípios, sendo que princípios (ambos categorias de normas), são mais abstratos que as regras e que há diferenciação entre um e outro.

A distinção é que as regras exigem e proíbem em caráter definitivo, enquanto os princípios não proíbem em termos definitivos (maior abstração), os mesmos são normas jurídicas impositivas, ou seja, impõem valores (justiça) condicionados a situações fáticas e jurídicas; já as regras, prescrevem uma ação afirmativa ou negativa de forma imperativa.²

Dessa forma, em caso, de uma regra afirmar uma coisa em caráter absoluto e vier outra a ser publicada dissoante daquela; será retirada do ordenamento jurídico. Portanto, regras são antinômicas (se excluem) e os princípios não; eles coabitam no

¹ SOARES, Luiz Eduardo. *Hermenêutica e Ciências Humanas. In A qualidade do tempo: para além das aparências históricas.* GAUER, Ruth M. Chittó (Org). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.64.

² CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.1145.

mundo jurídico sempre limitados por outros princípios, essa ponderação de um princípio frente ao outro serve para obter a maior efetividade de todos princípios jurídicos, eles coexistem.³ Por isso, quando há conflitos entre princípios, não há a invalidação de um frente ao outro, mas sim um juízo de preponderância em face do caso analisado.

Então, dependendo do caso, a preponderância de um princípio sobre o outro poderá não ser a mesma, o que demonstra que a ponderação não pode ser absoluta.⁴

Agora a análise de conflito entre regras e princípios, importantíssima lição do professor ROSA (2003:p.67) “no caso possível de colisão entre regras e princípios, os princípios que informam as regras devem ser avivados, fazendo-se, posteriormente a ponderação dos respectivos pesos diante do caso concreto.”

Vê-se que quando há uma antinomia entre regras e princípios, terá que se perceber qual o princípio que originou a norma (regras), sabendo-se qual é, poder-se-á ponderar qual deve ter prevalência sobre o outro em um caso concreto. Logo, em verdade o que aqui ocorre é um conflito entre princípios, mas de uma maneira mascarada.

Entretanto, há autores que pensam de forma diferente sobre a teoria dos princípios, defendendo a tese de que, na aplicação das normas-regras também se faz um juízo de ponderação, semelhantemente, o que ocorre com os princípios, discordando da tese de Robert Alexy do “tudo ou nada”. E nos conflitos entre princípios, regras e princípios e regras entre si, se terá postura diferente da adotada nas páginas anteriores, como será demonstrado.

³ CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.1167 e 1171.

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é o garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003, p. 66.

Primeiramente deve-se diferenciar juízo de fato e de direito. O primeiro trata de hipóteses fáticas, onde se pergunta se o fato ocorreu, sem adentrar na seara jurídica; no segundo, já não se faz a pergunta no mundo fático e sim no jurídico, onde se busca saber se naquela hipótese levantada a situação é ou não lícita.⁵

Para melhor explicitar quão mínima é a distância dogmática, entre regra e princípio, faz-se necessário um exemplo, utilizando-se do art.121 do Código Penal. Afirmativamente, tem-se que A matou B, e o agente terá uma reprimenda penal (pena). Se o agente realizou dita conduta sem justificações e exculpações, haverá a subsunção deste fato à norma (premissa maior)

Quando em premissa menor (mundo fático), diz- que A matou B, é uma coisa que realizou-se no mundo real, no entanto, no universo processual, poderá ter outro sentido. Com efeito, fazendo-se aqui um juízo do verbo “matar”, poderá surgir a consequência dita acima (pena), ou outras, dependendo se a subsunção do fato em concreto se encaixar ou não em hipóteses justificantes ou exculpantes.⁶

Mas nesses casos, o sentido legal expresso nesse *caput*, não será o mesmo, quando o art. 121 for conjugado com outros fundamentos legais, apesar de dizer expressamente que A matou B. Faz-ser á aqui um juízo jurídico: se o caso em concreto amoldar-se, somente ao *caput*, ou a ele e a outros dispositivos legais, sendo que aqui, adotando-se segunda interpretação, não excluirá a primeira do ordenamento, já que não vigora a regra do “tudo ou nada” de Robert Alexy”, mas sim uma subsunção ao caso em concreto, havendo a classificação e interpretação respectivamente a uma “classe”.

⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subcretária de edições técnicas, ano 40, n.160, out.-dez.2003, p. 52.

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subcretária de edições técnicas, ano 40, n.160, out.-dez.2003, p. 52.

Nos dizeres de Lopes (2003, p.51):

Na maioria das vezes a dificuldade não está em saber a regra, mas saber se o fato sujeita-se a uma regra e não a outra. Isso acontece da mesma forma quer se trate de aplicar uma regra ou um princípio. Dizer que um fato se submete a um princípio significa dizer que se submete a uma espécie de norma e para submeter-se a uma espécie de norma é preciso tipificá-lo.

Classificar é o ato de agregar uma conduta a uma classe, a qual está submetida a uma regra. E a interpretação detém uma ótica de “fora para dentro”, afirmando que a classe mostra o fato, que inclui o sujeito.⁷

A regra do “tudo ou nada” revela-se falha, quando utilizada como fundamento para alegar a supremacia dos princípios frente às regras, mostrando-se verdadeiramente uma falácia jurídica, aprofundando-se um pouco mais o debate para que não pare dúvida sobre a tida “regra falsa”.

Uma regra pode ser até então válida, mas podem surgir eventos (premissa menor), que não estão previstos na classe, esta contida na regra, sendo afastada nesse caso concreto, mas não do ordenamento jurídico. Com os princípios se dá o mesmo raciocínio: é um fato que vai demonstrar se é válido usá-lo na hipótese em concreto ou não, idêntico pensamento adotado para as regras, pois é a aplicação dos mesmos (princípios e regras) que irão especificá-los.⁸

Pode-se perceber que as regras coabitam no mundo jurídico, de igual forma como os princípios, pode-se até fundamentar em prol dos princípios, afirmando que elas coexistem, porque as regras nada mais são, que princípios revestidos de roupagem com menor abstração. Explicitando, os princípios teriam originado as

⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subcretária de edições técnicas, ano 40, n.160, out.-dez.2003, p. 53.

⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subcretária de edições técnicas, ano 40, n.160, out.-dez.2003, p. 54-55.

regras, conforme já demonstrado neste trabalho, em linhas anteriores. O que ocorre de semelhante entre um (princípio) e outro (regras), é que em ambos faz-se a subsunção dos mesmos frente à premissa menor (fatos), vendo qual princípio ou qual regra deverá ser aplicado no caso concreto, ou até podendo aplicar-se concomitantemente as regras e princípios.

*As regras de distribuição*⁹ são assim chamadas porque dá a cada um o que é seu, no devido cabimento de uma situação específica, criando-se assim âmbitos de juízo. Para exemplificar, a subsunção de um princípio e da harmonia com outra regra, impõe-se o “princípio da isonomia”, nos casos do artigo, 37, *caput* e 145, parágrafo único, todos presente na Carta Magna.

No âmbito da contribuição para a melhoria do Estado, a pessoa que recebe mais, contribui com mais, é a chamada capacidade econômica do agente. No entanto, para benefícios sociais, quanto menor a capacidade econômica do agente, mais recebe.¹⁰

Ora, o “princípio” de que todos são iguais perante a lei gera efeitos diversos em situações diferentes, então houve a subsunção deste em um caso concreto, onde vigoram leis que manejam o “princípio”, fazendo-o amoldar-se a uma situação fática, sem perder o seu fim (objetivo): a isonomia, justificando assim sua aplicação.

A diferença entre regras e princípios segue sendo a maior abstração anterior a interpretação e a aplicação destes, pois princípios prescrevem normas de comportamento, mas não ligadas estritamente a uma situação específica, como por

⁹ Lopes, ao falar de princípios, os denomina “regras de distribuição”, devido à posição do autor de que os princípios referidos nesta parte do trabalho não o são, e o certo seria denominá-los regras de distribuição. Para tornar mais didático o presente trabalho, não se fará a distinção, já que doravante a idéia principal é mostrar a semelhança entre regras e princípios, pelo que colocará apenas aspas no signo princípio.

¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subcretária de edições técnicas, ano 40, n.160, out.-dez.2003, p. 61.

exemplo: princípio democrático, da dignidade da pessoa humana. Enquanto nas regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que passando por sua especificação. Lembrando que está distinção perde a sua importância, quando um depende do outro. No exemplo do processo legislativo, com o princípio da supremacia do interesse público.¹¹

Essa distinção merece cuidados, pois os princípios também detêm conseqüências jurídicas, ou seja, preceituam fim e dependendo de sua interpretação, podem ser entendidos como regras. Enfocando o princípio da igualdade, no tocante, à proibição de discriminação quanto ao sexo e raça, trazida para pessoas que prestam concurso público: neste caso, há uma hipótese determinada e conseqüências determinadas (menos abstração, nessa hipótese seria uma regra); agora, caso se veja somente sua finalidade, será um princípio (maior abstração, sem hipótese de incidência determinada).¹²

Para Ávila, não se aplica sempre aos princípios a “regra” de que, quando colidentes, far-se-á a ponderação de um frente ao outro, sendo que um incidirá com maior intensidade, embora os dois continuem sendo válidos. Segundo ele, essa lição só poderá ser efetivada quando os princípios prescreverem fins divergentes, pois quando estes se direcionarem para o mesmo fim, ainda que se utilizando de meios diferentes, haverá, a exclusão de um frente a outro, só sendo cabível no caso concreto a aplicação de um. O que fora negado, só não se aplicará neste caso, sendo ainda válido no âmbito jurídico. Semelhante tratamento pode ser aplicado nos

¹¹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 14 - 15. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

¹² GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi dei teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 120 *apud* ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, p. 15. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

conflitos entre regras, quando uma aponta uma exceção, já que nesse caso ambas ultrapassam o objeto, mantendo-se válidas.¹³

E aquela premissa que os princípios devem ser aplicados na máxima medida, assim como estipulado por Canotilho, também não é um dogma no mundo jurídico, pois eles não se relacionam de igual modo, tendo fins diversos e meios diferentes.

Quando um princípio preceitua um fim, e este leve à consecução de outro objetivo emanado por princípio diverso, não se aplicará a *máxima medida*, só o *estritamente necessário*, para alcançar o fim do segundo princípio.¹⁴ Quando um fim de um princípio excluir o fim de outro princípio, devem ser utilizados ambos, sendo que o choque entre ambos só será resolvido, se retirar algum.¹⁵

Esta última hipótese é semelhante ao trato das regras, residindo à diferença, como dito anteriormente, mas agora em outras palavras, no fato de que a interpretação das regras depende de menor intensidade da aplicação de um ato provindo da instituição, enquanto aos princípios depende de maior, já que não prescrevem a conduta a ser seguida, mas somente estabelecem fins normativos de alta importância.¹⁶

¹³ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 16. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem. 2. ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1983, pág. 170-1; BOBBIO, Norberto. Teoria dell'ordinamento giuridico. Torino, Giappichelli, 1960, pág. 94 apud ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 16. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

¹⁵ PENSKY, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregein. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 109 apud ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 17. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 17. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

A diferença, pois, está no elo da previsão emanada pela norma e a consecução dos fins. Regras seriam normas que prescrevem condutas e princípios, fins. Tendo ambos como núcleo de interesse a *conduta*, só que para os princípios a conduta é objeto para alcançar um fim, já as regras têm a conduta, mas sem ligá-la a um fim.¹⁷

As regras estabelecem fins indiretamente, detendo maior especificação dos destinatários e maior grau de determinação. Devido a isso, dependem menos de correlações com outras normas e atos institucionais para afirmar uma conduta. Com os princípios ocorre exatamente o inverso.¹⁸

Depois dessa elucidação sobre princípios e regras, é mister esclarecer o nexo entre princípios, valores e justiça. Que dos princípios emanam valores concorda-se, agora que os mesmos representam a justiça já não se pode afirmar, discordando assim do pensamento de Canotilho.

Introduzindo esta idéia, existirem muitos ideais de justiça que se colidem. Quando admitida, é válido conferir a relativização dos valores que a produzem¹⁹. Essa questão dos valores é relativa, pois numa época um determinado valor é válido, sendo transmitido ao direito positivo e, nesta aplicação, afirma-se a “justiça”. Só que anos depois aqueles valores são rompidos ou transmutados por questões sociais, como por exemplo: movimento feminista, diretas já, movimento operário, etc.

¹⁷ PENSKY, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. In: *Juristen Zeitung*, 3 (1989): 107 *apud* ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 21. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 21. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

¹⁹ KELSEN, Hans. *O Problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.17.

Então os valores que “preenchem” a justiça são relativos, pois esvaem-se no tempo, formando, uma justiça relativa.

De acordo com Kelsen, o objeto (valor) muda constantemente, não gerando conhecimento sobre o mesmo.²⁰ Para o autor, só pode ser cognoscível ao homem a justiça relativa, sendo sinônimo de ordem justa.²¹ Pois a justiça absoluta emana dos reinos do céu, só cabendo a Deus, uma autoridade transcendente, já que muitos filósofos, como Sócrates e Platão, tentaram compreender o objeto (justiça), só que não chegaram a um veredicto. Sendo assim, irracional para a natureza humana a dita pretensão.²² Conclui, afirmando a justiça como o direito do que deve ser,²³ portanto, inatingível, porquanto projeção do ideal.

Também não é posição absoluta a solução apontada por Alexandre Moraes da Rosa referente à ponderação, quando colidirem princípios e regras: vê-se qual princípio originou a regra, passando-se depois à fase de aplicação do princípio que tem “peso” maior diante de um caso em concreto, utilizando-se a simbologia da balança.

A crítica impõe-se por tudo que já se demonstrou no presente trabalho em relação à justiça e valores. Essa idéia de ponderação torna-se um perigo para a segurança jurídica, já que valores não são absolutos e a idéia de justiça é ainda incompreensível. Além do que, não cabe ao magistrado elaborar juízo de valor, sob pena de ferir a tripartição dos poderes, incumbindo somente ao legislador tal tarefa, sob o respaldo da manutenção do Estado de Direito, o qual impõe a “ditadura da lei”,

²⁰ KELSEN. Hans. *A Ilusão da Justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 421.

²¹ KELSEN. Hans. *A Ilusão da Justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 509.

²² KELSEN. Hans. *O Problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.64- 65.

²³ KELSEN. Hans. *A Ilusão da Justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 431.

excluindo, portanto, a balança (pesos e medidas).²⁴ Só é permitido ao juiz versar sobre valores quando a Constituição fizer menção expressa!²⁵ Somente pode o julgador modificar a vontade legislativa, quando houver incompatibilidade entre lei e Constituição.²⁶

Na realidade o que se faz não é um sopesamento entre valores, mas sim, a já citada subsunção ao caso concreto, aliando todas as normas referentes e relevantes e levantando um processo em relação aos fatos. Como no exemplo de Turista, em relação às condições para adentrar em outro país, terá que se aperceber se este não perdeu seus documentos, se não os tinha (visto ou passaporte), se tem o visto, se é falso, tudo deverá ser averiguado.²⁷ Dentro desse processo, correlacionam-se as causas e os efeitos da subsunção; dependendo desta, as conseqüências variarão, de acordo com o curso dos acontecimentos.

Não se pode falar em ponderação dos princípios, veja o caso de uma manifestação de estudantes. Neste caso, não se colocará na balança o direito de ir e vir frente ao direito de reunião, mas sim, verificar-se-á se a norma utiliza-se do meio necessário e adequado para se chegar a um fim, respeitando a Constituição. Esta seria a liberdade de ir e vir e o meio seria a proibição de reuniões em determinados horários e localidades. Não se questionará qual direito fundamental fora suprimido de quem queria reunir-se, e sim, se essa decisão de proibir o direito de reunião é constitucional ou não.²⁸

²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 188 - 190.

²⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 228.

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229.

²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 189.

²⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 194.

Outra forma para cristalizar a não ponderação dos princípios, é a interpretação sistemática do ordenamento, merecendo citação hipótese avançada por Dimoulis. Suponha-se uma norma que permita a guardas de prisões desnudar os presos três vezes ao dia; o fundamento para essa norma seria a segurança do presídio, evitando rebeliões. Esse direito à segurança teria “amparo” nos arts. 5º e 6º da Constituição Federal, porém esse fim restaria inconstitucional, pois constrangeria os presos, sem falar na humilhação dos mesmos, ferindo a dignidade da pessoa humana. Veja-se, não fora posto na balança os princípios da segurança e o da dignidade, em vez disso fez-se uma interpretação sistemática, relacionando os meios com os fins (proporcionalidade). Vendo-se que este meio é inconstitucional, pois fere a necessidade, já que há outros modos de se chegar à segurança sem ferir a “intimidade” do preso, como o detector de metais; apesar de tal meio ter um embasamento constitucional, feriria outros mandamentos expressos na Constituição, quais sejam, os arts. 1º, III e 5º, XLIX.²⁹

O fim perseguido pela norma deve ser especificado ao máximo, para evitar arbitrariedades pelo Estado, no caso deste desviar a função para qual a norma fora criada. É preciso evitar termos genéricos: interesse público, dignidade da pessoa humana, segurança pública etc.³⁰

Tem-se que atentar se há a necessidade (necessário) de aquela norma ser imposta naquele espaço de tempo. Tal averiguação é vital para o exercício do controle de constitucionalidade, por estar relacionada a mudanças sociais.³¹

²⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 202-203.

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 203.

³¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 216.

Fechando o raciocínio sobre a ponderação de valores, não há como fazê-lo, até porque a Carta Magna não enumerou quais são os hierarquicamente superiores a outros, muito pelo contrário, colocou a segurança, liberdade, igualdade e propriedade nos incisos do art. 5º, demonstrando que tais valores são parelhos e merecem igual atenção por parte do legislador. Até a vida em Estado de guerra sofre suas limitações.³²

Saindo desta explanação sobre princípios e regras para traçar as linhas gerais do garantismo, este representa a tutela contra a irracionalidade do poder, este sendo público ou privado; como mecanismo para isto há a defesa completa de todos os direitos fundamentais (liberdades e direitos sociais) do indivíduo mais fragilizado (no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o réu e no momento da execução o condenado).³³

O Estado, no anseio de dar uma resposta à sociedade, não poderá eliminar as garantias fundamentais do acusado, em outras palavras, a individualidade do denunciado não poderá ser suprimida pela necessidade coletiva, deverão ser respeitados princípios consagrados pela nossa Carta Magna. Conclui-se que os direitos fundamentais são *intocáveis* no modelo garantista.

Estas garantias consistem na possibilidade dos cidadãos frente ao poder público, requisitarem que o mesmo proteja seus direitos e que também o Estado proporcione de maneira adequada os meios processuais para reivindicá-los.³⁴

O modelo garantista tem por base os princípios da *legalidade* e da *secularização*, como salienta Carvalho (2002, p.21; p.9):

³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 226.

³³ FERRAJOLI, Luigi. *La pena in una società democratica*, in *Questione Giustizia* (3-4). Milano: Franco Angeli, 1996, p. 592, *apud* CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 20.

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 396.

Como categoria lapidar, o princípio da legalidade (penal) intenta estabelecer uma previsibilidade mínima ao cidadão no uso e gozo de seus direitos pela exigência de *lex praevia* e pública, condicionando e limitando o poder na interferência ilegítima.

[...] o processo de secularização [...] operou, de imediato uma minimização na intervenção do direito penal [balizando] uma política criminal de intervenção mínima, ou seja, somente serão passíveis de criminalização aqueles atos que empreenderem efetiva lesão de bens jurídicos de terceiros, tendo em vista a imunização do “ser”.

A doutrina garantista nada mais é que a negação do positivismo dogmático, como fica claro pela distinção entre as categorias *legalidade* (vigência) e *legitimidade* (validade) no modelo garantista, onde estes termos não são sinônimos, mas sim opostos.

Enquanto para o dogmatismo norma válida é aquela vigente, para o garantismo vigência diz respeito à forma dos atos normativos e validade traduz a idéia de compatibilidade das normas com os valores materiais contidos na Constituição Federal. Caindo por terra, portanto, aquela velha premissa, que a noção de validade das normas está adstrita às formas preestabelecidas, sendo hoje também fundamental sua harmonia com os direitos e garantias (nos planos material e formal) da Carta Magna.

A importância dessa separação de conceitos entre vigência e validade é para CARVALHO (2002: p.23) cristalina “A ruptura entre os significados de vigência e validade transpõe ao intérprete o dever de apenas estar submetido às leis (constitucionalmente) válidas, tanto no plano formal como substancial.”

A norma *vigente* é então aquela que está sanada de vícios formais, por exemplo; foi promulgada pelo órgão competente; enquanto que a norma *válida* não contém vícios materiais, ou seja, não está em contradição com norma superior (Constituição Federal). Desse pensamento se extrai que há uma divisão de legitimidade: uma jurídico-formal, que diz respeito à vigência, acobertada pelo

princípio da legalidade e a outra é a legitimidade jurídico-substancial, que pertine aos conteúdos prescritos pelas normas superiores, que tem a função judicial de tutelar os direitos fundamentais. Observa-se que a segunda não poderá existir sem a primeira.³⁵

Lei válida não é somente aquela que preencha as formalidades legais, mas também aquela que seja condizente com a defesa dos direitos e garantias materiais expressas na nossa Constituição Federal. Para o modelo garantista não basta que a norma seja vigente, ou seja, que preencha as formalidades legais, ela terá que ser também válida e para isto há que respeitar *materialmente* os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Concluindo, defende-se a teoria que aponta três categorias imputáveis às normas: vigência, validade e eficácia, esta última relacionada à observância das premissas acima expostas, pensamento compartilhado pelo professor Alexandre Morais da Rosa.³⁶

Para o garantismo é vital a separação entre *direito* e *moral*, dicotomia que requer para o seu perfeito entendimento que se tenha uma breve noção de pacto social, conforme concebido por John Locke. Na visão do eminente filósofo quando ocorre a passagem do estado natural para o estado civil, são conservadas as características do estado primitivo, porém dentro de uma certa manutenção, pois somente o que há de bom no estado natural é conservado. O indivíduo ao efetuar o pacto social para adentrar em uma sociedade civil, não doa todos os seus direitos, permanecendo inalienáveis a liberdade de pensamento, locomoção, consciência e o respeito à vida. Ora, tais direitos são resguardados exatamente porque constituem o pressuposto para a formação de um estado civil, onde o indivíduo pactua para que

³⁵ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 78-80 e 156.

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é o garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003, p. 47-48.

seus direitos fundamentais não sejam abalados, o que já evidencia a impossibilidade de tal organização estatal ser dotada de poderes ilimitados, como LOCKE (1963, p.86) bem pontua:

O poder absoluto arbitrário ou o governo sem leis fixas estabelecidas não se pode harmonizar com os fins da sociedade e do governo pelo qual os homens abandonassem a liberdade do estado de natureza para sob ele viverem, se não fosse para preservar-lhes a vida, a liberdade e a propriedade, e para garantir-lhes, por meio de regras estabelecidas de direito e de propriedade, a paz e a tranquilidade. Não é possível supor que pretendessem, se assim pudessem fazê-lo, conceder a qualquer um ou a mais de um poder arbitrário sobre as pessoas e as propriedades, para que pusessem nas mãos do magistrado uma força destinada a executar arbitrariamente a vontade dele.

Uma visão mais contemporânea sobre os termos do pacto social de Locke reitera a vedação a um Estado arbitrário e que desrespeite a maneira de ser da pessoa humana, pois isto não foi objeto de delegação dos pactuantes, CARVALHO (2003, p.34):

Em não sendo pactuada a liberdade de pensamento (foro íntimo das convicções, paixões e emoções) permanece o ser como núcleo inviolável [...]. A consciência permanece liberta mesmo se direcionada ao ilícito.

Como se percebe, o poder de o Estado adentrar na esfera do cidadão restou limitado, surgindo neste momento a *tolerância*, identificada como secularização, que nada mais é que a ruptura entre moral e direito³⁷. O princípio da secularização e o pacto social serão melhor analisados no capítulo referente aos princípios garantistas.

Nesta sociedade concebida por Locke é onde o garantismo encontrará a harmonia que necessita para colocar em prática suas premissas. Para Ferrajoli, a separação entre direito e moral resulta em que o Estado não poderá coagir o cidadão a ser bom, deste modo não deverá aplicar diretrizes morais sobre como deve ser o seu comportamento perante uma sociedade, o Estado deverá somente

³⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 35.

tutelar a segurança dos indivíduos, evitando assim que os mesmos lesionem terceiros. Conclui-se que uma pessoa integrada em uma sociedade tem o direito de escolher entre ser boa ou má pessoa, nesta última hipótese ocorrerá uma sanção.³⁸ Logo, o indivíduo terá liberdade em seu “ser”, podendo escolher em ser ou não ser sancionado pelo Estado.

Dentro desta liberdade do “ser”, em que o Estado não poderá adentrar na moralidade e na personalidade de um indivíduo, tem-se que estas premissas deverão ser aplicadas no processo judicial, o qual não deverá versar sobre a personalidade da pessoa que esta sendo acusada. Quantas vezes não se depara com esta questão? O autor mesmo, estagiando na Defensoria Pública, junto à 1ª vara criminal residual de Campo Grande – MS, deparou inúmeras vezes com denúncias em que o Ministério Público, alegava que o denunciado possuía “personalidade tendenciosa a cometer crimes”.

O Estado não deve adentrar na seara íntima do acusado e no modelo antigarantista, além de invadir o *ser*, o faz de modo ineficaz.

A respeito deste tema nota Paganella Boschi que definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer. Para o juiz é tormentoso o momento da aplicação da pena, mais precisamente quando é analisada a personalidade do agente, pois o magistrado não detém conhecimento na área de psicologia nem de antropologia. Mas também porque ele igualmente é possuidor de uma personalidade e julga de acordo com ela. Por isso são vistas tantas sentenças *pobres*, com terminações vazias tais como: personalidade agressiva, boa, má e tendenciosa a praticar delitos.³⁹

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.178-179.

³⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 207.

Pois bem, como pode ser observado no modelo antigarantista, o juiz não é apto para versar sobre personalidade. Se o juiz que é imparcial na lide, não está apto para valorar questões relativas à personalidade do acusado, imagine o Ministério Público, que é parte e parte acusatória.

Assim, o Estado representado pelo juiz no processo, não deve dar veredictos morais e nem indagar sobre a alma do imputado, mas tão somente adequar o comportamento fático do acusado a um tipo legal descrito em lei, no ensinamento de FERRAJOLI (2002:p.179) “um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é”. Pelo fato de o Estado não poder interferir na personalidade do cidadão, as penas não poderão ter um caráter pedagógico, ou seja, o Estado não pode coagir o condenado a mudar sua personalidade através de uma pena, esta não será apta para reeducar a sua personalidade.⁴⁰

O modelo garantista é fundado em um direito penal mínimo, em contraposição ao direito penal máximo. Para entender melhor a minimização do direito penal, deve-se entender a dupla finalidade da pena mínima: a prevenção dos delitos, tutelando nesse momento o ofendido e a tutela do acusado contra reações públicas (linchamentos e noticiários vexatórios), vinganças do poder público e a exaltação da polícia na fase inquisitória. Esta última função é o requisito essencial para a elaboração do Sistema Garantista, aqui se aplicando a teoria da defesa do mais fraco sobre o mais forte.⁴¹

Em suma, FERRAJOLI (2002, p.271) explica a finalidade da minimização do direito penal:

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 179.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267-277.

[...] o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, dentro do objetivo geral da máxima tutela dos direitos de uns e de outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade.

Pode-se perceber que a pena é justificável, quando o condenado “é poupado de punições informais, imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais.”⁴² Terá de ser o acusado preservado de qualquer arbitrariedade, ver respeitado seu direito como ser humano, conseqüentemente não poderá ocorrer a vingança pelo poder público, donde o juiz não poderá deixar de ser imparcial e, quando o condenado cumprir sua pena, que não seja estigmatizado pela sociedade, pois senão ferirá o princípio da dignidade humana.⁴³

O direito penal mínimo, não é somente a tutela máxima de direitos e garantias frente ao despotismo estatal ou arbitrariedade, mas também a aplicabilidade de um ideal de racionalidade e certeza.

Preceitua FERRAJOLLI (2002, p.85) quanto a esta certeza:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.

Partindo dessa premissa, não se deverá dar maior valor do que merece à fase inquisitorial, onde não há o contraditório e a ampla defesa, portanto confissões na fase inquisitorial deverão ser dadas como indícios, mas não como certeza, pois prova é somente aquela advinda do contraditório, e caso haja minimamente uma dúvida da certeza, há de se invocar o *in dubio pro reo* .

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 272.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 267 – 277.

Caso não avivado.o *in dubio pro reo* e se a utilização de depoimentos colhidos exclusivamente em delegacias for amparo a uma condenação, pode-se dizer que esta será a maior demonstração de um direito máximo ou de um Estado de Polícia.

A certeza do direito penal mínimo é amparada pelo princípio do *in dubio pro reo*, em que inexistindo provas (certas), não poderá o acusado ser condenado com base em meros indícios. A prova deverá ser clara e certa para amparar uma condenação, deste modo está amparada a garantia do denunciado, que deverá ver provada sua culpabilidade e não sua inocência, deste modo fica assegurada a defesa do mais fraco, frente ao mais forte (Estado), esta é a lógica do sistema garantista, “enquanto preenchidos os requisitos da certeza da condenação não é lícito deixar de punir e observando a ausência dos requisitos não é lícito punir”.⁴⁴

Portanto, para que haja a manutenção do sistema garantista e a eficácia do direito penal mínimo, terão que ser respeitadas certas proposições pelo aplicador da lei, como a inocência do imputado até a sentença definitiva, o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza sobre a verdade fática, o ônus da prova a cargo da acusação, a analogia *in bonam partem* e a interpretação restritiva dos pressupostos típicos penais e extensiva das circunstâncias atenuantes.⁴⁵

O direito penal mínimo é a antítese do direito penal máximo, como já foi dito alhures, como também do *utilitarismo processual*, este preconiza um processo mais célere, onde não há o respeito às garantias individuais do imputado, pois o que interessa no utilitarismo é a rapidez da resposta que o Estado dará à sociedade, penalizando assim o imputado sem nenhuma garantia. Em suma, o utilitarismo

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83 – 86.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3.ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.

combate o crime a qualquer custo, suprimindo inclusive os direitos inerentes à pessoa humana no caso em tela o acusado.⁴⁶

O direito penal mínimo não se coaduna com o *Direito Penal do Inimigo*, onde o Estado atua verdadeiramente como polícia, exercendo seu poder repressivo antes mesmo de o suspeito manifestar sua conduta, como nos atos preparatórios, por exemplo, pelo simples fato de considerá-lo perigoso.⁴⁷

A idéia central de direito penal do inimigo pode assim ser resumida: o Estado com um discurso vazio, respaldado no medo e na necessidade sem fim de neutralizar o inimigo e gerar segurança à sociedade,⁴⁸ lhe dá medidas de contenção e invocam o utilitarismo processual, como se verá neste trabalho.

A finalidade do direito material e processual penal não é outra senão conter as pulsões de um Estado de Polícia, através de garantias penais e processuais asseguradas ao acusado, sob pena de perder a essência que lhes justifica a existência. Se não for assim, abrirá espaço para a anulação de um Estado democrático de direito.⁴⁹

Ainda dentro dessa minimização do direito penal, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o estado de direito liberal e o estado de direito social, para se chegar ao raciocínio de como é formada uma democracia garantista.

Um estado de direito liberal ocorre, quando a Constituição se limita a assegurar os direitos de liberdade (direitos individuais), se preocupando apenas em não piorar as condições de vida dos cidadãos; já o estado de direito social visa

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 48.

⁴⁷ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.37.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p.152.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 173.

também a uma incorporação dos direitos sociais em uma Constituição, logo o estado social visa a melhores condições de vida ao cidadão.⁵⁰

A democracia garantista deve ser composta por um *estado liberal mínimo*, ou seja, aquele que dê maior liberdade do que o estado liberal tradicional e por um *estado social máximo*, que é aquele que tem o condão de suprir as necessidades sociais ao máximo.⁵¹

Dentro deste contexto, um Estado de Direito deve reduzir a generalidade e abstração das leis e tutelar não só direitos e liberdades individuais, mas também os direitos sociais,⁵² estes enumerados no artigo 6º da Constituição Federal.⁵³

⁵⁰ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 160.

⁵¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 161.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Colombia, 2001, p. 89.

⁵³ “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

2 PRINCÍPIOS GARANTISTAS

Este capítulo versa sobre os princípios integrantes da teoria garantista, já que esta é baseada na aplicação dos mesmos. Sem estes não há o garantismo, conseqüentemente, não ocorrerá a efetividade de direitos e garantias fundamentais à defesa de um indivíduo.

2.1 Princípio da Secularização

Embora já abordado no Capítulo anterior, é agora aprofundado, por constituir um dos alicerces da doutrina garantista.

De onde advém esse signo secularização? Tudo começa no século XV, quando ocorre a cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização). Essa separação não ocorreu apenas por ideais filosóficos iluministas, mas também pelo fato de o homem europeu ter descoberto o *Novo Mundo*.⁵⁴

A descoberta das Índias Ocidentais leva o homem europeu ao seu estado primitivo, ao entrar em contato com uma sociedade que conhece o sentido de autoridade, porém sem uma estruturação social, onde não ocorre a divisão de classes, fazendo com que o homem *invasor* perceba um novo dever ser que rege uma sociedade. O choque cultural aliado ao politeísmo tornam-se uma descoberta de outra maneira de se viver em sociedade, sem a condição de se servir à doação total ao "Um", portanto o homem se depara com uma liberdade de pensar que não se encontrava na Europa. Ora, o homem em seu estado natural detém liberdade de consciência e não pactuou esta prerrogativa em troca de um Estado Civil. Essa

⁵⁴ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 05.

concepção captada pelo homem europeu, de que ele vivia em uma sociedade oposta à natural, levou-o a pensar que este modelo de sociedade era artificial, logo passível de vir a ser modificada; nesse momento surge o racionalismo e a capacidade crítica do homem é revelada.⁵⁵

Desta descoberta do homem europeu surge o direito penal moderno, traçado pela secularização em antagonismo com a forma inquisitiva a qual reinava na época medieval.⁵⁶ No modelo preconizado pela Inquisição, bastaria a percepção do julgador para que houvesse uma investigação, partindo da desconfiança do Juiz-acusador realizava torturas para retirar do indiciado a confissão, que era a rainha das provas. Importante observar a colocação de CARVALHO (2003: p.20-21) quanto à característica da sentença no modelo inquisitivo: “[...] é potestativa e plena, e, na maioria das vezes, não admite recurso, pois, se sua legitimidade é divina, não pode haver contradita, ou seja, o ato é insuscetível de erro.”

Naquela época, na Europa distante, vigorava a idéia de que quem detinha o poder (juiz), sempre era do bem e detinha a verdade perante Deus. Portanto, o juiz-inquisitor tinha total liberdade em busca dessa “verdade”; deste modo, estaria autorizado a qualquer arbitrariedade para alcançá-la. Sendo que a tortura fazia bem, pelo discurso da salvação contra Satanás, enquanto tudo e todos que fossem obstáculos a estas premissas seriam considerados do mal ou inimigos.⁵⁷

Como se observa, ao acusado não era assegurado o princípio do contraditório, o que hoje seria um absurdo, já que prova apta a condenar, é apenas aquela produzida sob o contraditório. É o mesmo que considerar que somente a confissão prestada na delegacia seja suficiente por si só para embasar uma

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 25.

⁵⁶ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 07.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 41.

condenação e que advogados e defensores públicos que pregam a validade das garantias estampadas em nossa Constituição sejam considerados inimigos do Estado democrático.

Na inquisição as pessoas eram condenadas por suas opções pessoais, ou seja, o direito intervinha na moral.

Quando o homem do velho continente se deparou com condições adversas do seu estado natural, pensou que teria que haver uma mudança naquelas condições artificiais em que vivia, e por esta mudança caracterizou-se a secularização tendo seu fundamento na teoria do *pacto social* e a definição de *tolerância* concebida por Locke.

A idéia da importância de pacto social para a separação do direito e da moral foi explanada no capítulo anterior, restando complementar quanto à tolerância. Pois bem, Locke acreditava que o Estado (magistrado) deveria cuidar do bem estar dos cidadãos e que aquele não deveria interferir na crença dos mesmos, portanto o ilustre filósofo preceituava a liberdade religiosa⁵⁸ e que por isso o Estado deveria ser tolerante com relação a assuntos religiosos, não devendo assim coagir ninguém a seguir determinado culto a Deus. Quando Locke faz tal afirmativa ele separa as funções do Estado e da Igreja, rompendo os vínculos entre direito e moral,⁵⁹ já que até então pelo sistema inquisitivo, o homem cometia delito por ter uma crença oposta àquela que o Estado impunha, (há uma fusão entre direito (delito) e moral (crença religiosa)).

Foi nesse momento, em que o homem europeu descobriu novas maneiras de constituir uma sociedade, somado às idéias iluministas de Locke principalmente no que diz respeito a constituição de uma sociedade (pacto social) e a liberdade

⁵⁸ LOCKE, John. *Carta a Respeito da Tolerância*. Trad. E. Jacy Monteiro . São Paulo: IBRASA, 1964 (Clássicos da Democracia), p. 08-12.

⁵⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.35.

religiosa (tolerância), que as pessoas passaram a não mais ser julgadas por juízos eclesiásticos e sim por tribunais seculares.

Só para não deixar passar em branco essa dicotomia entre direito e moral, outros autores além de Ferrajoli a abordam porém com outra ótica: na visão de Zaffaroni e Pierangeli, quando não ocorre um vínculo entre direito e moral chama-se *direito penal de culpabilidade (calcado no livre arbítrio)* e quando há denomina-se *direito penal de periculosidade (baseado no determinismo)*.⁶⁰

Vale ressaltar que direito penal de periculosidade se coaduna com as premissas de um direito penal do inimigo.⁶¹

Uma breve análise destes conceitos: *direito penal de culpabilidade* é quando o individuo responde, porque poderia agir de outra maneira, a censura de sua conduta nada mais é que a culpabilidade. Aqui o homem escolhe ser sua conduta passível de reprimenda ou não. No *direito penal de periculosidade*, não há escolha, o individuo está predeterminado a um delito, o homem responde ao grau de inclinação que o Estado supõe ter o indivíduo para determinado tipo penal.⁶²

A secularização é formadora de um Estado que não está sofrendo nenhuma determinação do clero e respeitando a individualidade do cidadão, sendo que deste princípio derivam vários outros (sub) princípios. O objeto que disciplina a democracia e a República é a Carta Magna e é por isso que o princípio objeto deste capítulo se caracteriza por ser implícito ou metajurídico, porque a partir dele se forma um Estado democrático e a maior expressão disso é a Constituição Federal, nítido é seu caráter implícito.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.112 -113.

⁶¹ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.80.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.113.

O Estado democrático moderno não pode adentrar na psique de um acusado, não pode julgar uma pessoa pelo seu modo de viver (conduta social), nem pela sua personalidade e também pelos antecedentes criminais. Até porque esta é a função dos direitos fundamentais.⁶³

Pode-se notar sua influência no corpo da Constituição Federal, quando trata da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X); do resguardo da liberdade de pensamento (art. 5º, IV); da liberdade de consciência e crença religiosa (art.5º, VI); da liberdade de convicção filosófica ou política (art.5º, VIII); e da garantia de livre manifestação do pensar (art.5º, IX).⁶⁴

Exemplo de ofensa ao princípio acima citado:

Penal. Processual Penal. Jurisdição. Interrogatório. Ato privativo do juiz. Inadmissibilidade. Sistema acusatório. Limites democráticos ao livre convencimento. Pena. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Personalidade. Inaceitável no sentido persecutório. Em respeito ao princípio da secularização. Valorização negativa dos antecedentes. Inconstitucional.

[...]

-A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: 'o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade - cada um a tem como entende'.

-Outrossim, o gravame por valoração dos antecedentes é resquício do injusto modelo penal de periculosidade e representa *bis in idem* inadmissível em processo penal garantista e democrático: condena-se novamente o cidadão-réu em virtude de fato pretérito, do qual já prestou contas.

-Lições de Luigi Ferrajoli, Modesto Saavedra, Perfecto Ibáñez e Eugênio Raul Zaffaroni.

-Apelo parcialmente procedente. Unânime.⁶⁵

2.2 Princípio da Legalidade

É sempre bom lembrar que os direitos fundamentais colocados no cerne do ordenamento jurídico, não podem mais prevalecer naquela concepção de que a lei é que confere validade a eles (legalidade formal), mas sim, a de que são os direitos

⁶³ CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.408.

⁶⁴ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.17.

⁶⁵ Apelação Crime Nº 70004496725, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 07/08/2002, DJ 2445, 19/9/2002.

fundamentais que validam (ou não) a lei (legalidade substancial). De acordo com esta nova visão, SCHIMIDT (2001: p.274.) alega que não basta “a mera obediência do Estado à lei, mas sim, uma obediência aos valores constitucionais.”

Para Ferrajoli, o princípio da legalidade se divide em duas vertentes, a da *mera legalidade* e da *estrita legalidade*. A primeira diz respeito tão somente à lei, sem se preocupar com o modo pelo qual as leis estejam formuladas, importando apenas que a lei esteja vigente;⁶⁶ a segunda se preocupa com a formação da lei, sendo que esta terá que garantir princípios substanciais, como a materialidade da ação, a lesividade do resultado, a culpabilidade, bem como os processuais, tais como o da presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa.⁶⁷

Quando a legalidade visar somente à “lei”, ou seja, a partir do momento em que completa o seu ciclo de formação, se preocupando só com o procedimento de sua exteriorização, estamos diante da *mera legalidade*. Esta é dirigida aos juízes, pois estes aplicarão a “lei” na sua forma já exteriorizada, não se atendo se a lei revela uma coincidência entre a realidade jurídica e a fática; essa é a velha legalidade formal. Já a *estrita legalidade* se preocupa com o processo de formação da lei, isto é, com a sua validade substancial, tendo assim o legislador como destinatário. Para a *estrita legalidade* a lei tem que ser válida, atendendo às formalidades legais e, sobretudo, que o seu conteúdo esteja acobertado por garantias constitucionais.

Este princípio detém algumas garantias peculiares que merecem abordagem. A primeira delas é concernente ao *costume* como ensejador de crimes e penas.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 305 - 306.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 306.

O costume é caracterizado pela repetição constante de certos atos, de caráter geral e uniforme, seguido da convicção de sua obrigatoriedade, como se lei fosse. O que se quer aqui destacar, é que a lei não pode ter mais eficácia que a realidade, tomando-se por exemplo o art. 229 do CP, o qual preceitua que manter “casa de prostituição” seja crime. Sobre esta conduta não há reprovabilidade alguma por parte da sociedade, pois casas de prostituição podem ser vistas em todo canto do país funcionando regularmente, inclusive com alvará concedido pelas respectivas prefeituras. Sua existência e necessidade estão enraizadas na cultura popular, não se podendo considerar o exemplo em questão um injusto penal, no máximo uma imoralidade. O mesmo pode ser aplicado quanto à contravenção do jogo do bicho, típico da cultura popular brasileira.⁶⁸

Sem falar no adultério art. 240 do CP, que a *modernidade* (Lei nº 11.106/2005) já revogou, melhor assim, pois só desta forma a intimidade do casal foi respeitada, porque o processo criminal é uma exposição; além do que, dita conduta já se encontrava muito bem resguardada (sancionada) pelo Direito de Família.⁶⁹

O costume não poderá criar crimes nem penas, pois esta proibição está estampada na nossa Carta Magna (art. 5º, XXXIX), mas poderá desconsiderar condutas típicas, pois o direito penal não pode parar no tempo e combater condutas que a sociedade não recrimina mais. Pelo exposto, a Constituição Federal veda a interferência dos costumes na criação de crimes e penas, mas não coíbe a interferência dos mesmos quanto à descriminalização e despenalização.⁷⁰

⁶⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 92.

⁶⁹ ALMEIDA, Gevan de. *O crime nosso de cada dia: Entendendo como o Brasil trata o crime e o criminoso*. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.114.

⁷⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 93.

Outra garantia é a *proibição da analogia para a criação de crimes ou para agravar penas*. A analogia consiste em uma técnica de integração legislativa, mediante a qual se regula uma situação semelhante àquela estampada em uma lei. O uso da analogia só será proibido nos casos incriminadores ou que agravem a pena (analogia *in malam partem*), porque afronta o princípio da reserva legal (Constituição Federal, art. 5º, XXXIX).

Poderá ser usada em casos semelhantes àqueles previstos em lei, em que havendo uma situação passível de aplicação ao acusado, irá se analisar se aquela tem previsão legal semelhante; em caso positivo, poderá ser utilizada, desde que seja benéfica a quem foi acusado.

Do citado acima, está-se diante da analogia *in bonam partem*, sendo esta amparada pelo princípio da equidade. Exemplificando: presente o aborto sentimental previsto no art. 128, II, do Código Penal, o qual descreve que, se a gravidez resultar de estupro, poderá a gestante licitamente realizar o aborto. E se a gravidez resultar de atentado violento ao pudor? Entende-se que deverá ser aplicada igualmente a regra do art. 128, II, pois apesar de o legislador não mencionar “atentado violento ao pudor”, regulou hipótese semelhante, porque há de atentar para o motivo pelo qual o legislador permitiu o aborto na hipótese delineada no art. 128, II, o qual é o mesmo no caso de a gravidez derivar de atentado violento ao pudor – gravidez indesejada, resultante de uma violência sexual -, aplicando-se, assim, a analogia *in bonam partem* amparada na equidade, conforme ensina GRECO (2005: p.47), pois trata “situações iguais, ou pelo menos muito parecidas, de forma igual, não permitindo que a falha do legislador nos leve a soluções absurdas ou desiguais.”

Nesse mesmo sentido, tome-se por exemplo o crime de estelionato, na modalidade de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos (CP, art. 171,

§2º, VI), quando o emitente paga o valor do cheque antes do recebimento da denúncia. Por força de interpretação da Súmula nº 554 do STF, tal conduta do denunciado será premiada com o trancamento da ação penal. Nada impede, então, que idêntico entendimento seja adotado – graças à analogia *in bonam partem* - em casos semelhantes, como ocorre no delito de *furto*, quando o agente devolver a coisa subtraída ao proprietário antes do recebimento da inicial acusatória, pois em ambos os casos a vítima teve seu bem jurídico diminuído por um certo tempo.⁷¹

Para incidir esta técnica de integração, terá que se entender que a Súmula 554/76 não fora revogada pelo direito positivo, art. 16 do Código penal, introduzido pela reforma de 1984 e que trata do *arrependimento posterior*.

Entende-se que referidas Súmula tem aplicabilidade, pois o assunto nela versado não diz respeito ao arrependimento posterior, mas sim, trata-se de falta de justa causa para inaugurar a ação penal.⁷² Dita premissa se extrai do mesmo raciocínio que a doutrina e a jurisprudência vêm-se utilizando para o uso do princípio da insignificância, como adiante se verá, em tópico específico.

Melhor ilustrando a interpretação inteligente da Súmula 554/76:

Denúncia. Rejeição. Cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, pago antes do recebimento da denúncia. Excluída a justa causa para a ação penal. Inteligência da Súmula 554 do STF, interpretada a contrario sensu. Apelo improvido.⁷³

Estelionato. Autoria. Pagamento do débito. Apenamento. Prescrição. O pagamento do valor do cheque anterior ao recebimento da denúncia implica falta de justa causa até para a deflagração da ação penal, nos termos da Súmula 554 do STF [...].⁷⁴

⁷¹ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 81.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁷³ Apelação Crime Nº 70004989885, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Foerster, julgado em 21/11/2002, DJ 2611, 26/05/2003.

⁷⁴ Apelação Crime Nº 70008360687, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, julgado em 20/05/2004, DJ 2893, 07/07/2004.

Há casos inclusive, que já está sendo aplicada a Súmula 554/76, quando o crime for somente estelionato na sua forma simples (Código Penal, art.171, *caput*):

Estelionato. No estelionato, o bem jurídico tutelado é especialmente a proteção ao patrimônio. No crime de emissão de cheque sem fundos (art. 171, inc. VI, do CP), o pagamento antes da denúncia extingue a punibilidade visto que a Súmula 554 do STF exige que a reparação do dano ocorra antes do recebimento da denúncia. Tem-se, porém, que é possível ampliar a aplicação da mesma circunstância à hipótese do art. 171, *caput* do Código Penal. Apelo provido.⁷⁵

Pode-se ir mais longe nesse pensamento; invés de se adotar um lapso temporal para a entrega da *res furtiva*, (antes da denúncia), deve-se estender o benefício do trancamento da ação penal, em qualquer momento do processo até o trânsito em julgado.

Para ampliar essa hipótese, deveria adotar para o furto posição semelhante ao Código Tributário Nacional, no capítulo relacionado a extinção da obrigação tributária em seu art. 156, I, o qual preceitua que o pagamento extingue a dívida.

Se uma pessoa não paga um tributo e deve para um órgão público, não vai preso! E se pagar à dívida, ela está liquidada sem mais conseqüências. Por que se, pode utilizar essa metodologia quando uma pessoa detém crédito não pertencente a ela e sim à administração, e quando alguém furta uma bicicleta e depois, independente do tempo que isso levar, a devolve, não pode a máquina judiciária adotar igual postura?

No primeiro caso, como conseqüências, só medidas administrativas, sem nenhum tipo de dor física (pena prisão). Já no segundo tem todo o mecanismo de dor, desde a prisão preventiva, passando pela angústia da família, até se chegar ao cárcere.

⁷⁵ Apelação Crime Nº 70008518037, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, julgado em 20/10/2004, DJ 3040, 14/02/2005.

Se em ambos os casos o (crédito e o produto do furto), são patrimônios alheios à pessoa que os detém, o mais sensato e menos desigual, seria adotar posturas iguais, para causas iguais, as quais seriam o detrimento do patrimônio alheio em favor de outrem.

Contudo, o réu deve escolher qual a pena ele o quer, a privativa de liberdade ou a pena pecuniária. Pois imagine quando a pessoa não tiver condições de pagar, nesse caso, o sistema judiciário contribuirá para a formação de mais miséria, já que a pessoa condenada desviará seu ganho do sustento familiar, para o Estado e indiretamente para um cidadão rico ou pobre, talvez criminoso!⁷⁶ Um Estado social e liberal deve garantir o sustento de qualquer ser humano e lhe dar total liberdade de escolhas e pensamentos.

Outra solução, seria deslocar o tipo furto para o Direito Administrativo ou Tributário, pois é menos estigmatizante e faria com quem descumpra o mandamento da norma, ser mais aceito socialmente.⁷⁷ Quem não paga o IPTU, não é considerado ladrão e também não tem uma rejeição do empregador pelo o que ele é.

Um Estado Social e menos burguês aparecerá desta forma, em que a máquina criminal realmente só se preocupe com o que realmente é importante: corpo, liberdade e vida.

Não menos importante é a garantia da *irretroatividade da lei penal*, vedando que alguém possa ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao fato delituoso, retroagindo a lei penal somente quando vier a beneficiar o acusado (CF, art. 5º, inc.XL). A irretroatividade da lei está

⁷⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p.72.

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico, vol.1) p. 202 -203.

entrelaçada com a idéia de segurança jurídica, demonstrada através do perigo que representa a promulgação de uma lei contaminada pela comoção que a prática do delito produziu. O estrago que o efeito retroativo dessa lei causaria ao cidadão que delinqüiu, seria inimaginável, talvez suprimindo seus direitos constitucionais até então adquiridos.

Vale ressaltar que somente por meio de lei (em sentido formal) uma conduta poderá ser passível de reprimenda, porquanto o princípio da legalidade só dá guarida às leis, jamais às medidas provisórias, vez que: primeiro, antes de serem aprovadas, as medidas provisórias não são leis; segundo, porque “é ato normativo do Executivo com força de lei, de vigência condicionada”.⁷⁸ Logo, ferem a legalidade, pois esta preceitua “lei” e não ato com “força de lei”. Admitir-se o contrário, equivalência cancelar que o direito penal não estaria vinculado à democracia, pois seria fundado “numa atuação imediatista como única forma de controle social, o que é por demais contrário à salvaguarda das liberdades diante do Estado.”⁷⁹

Anote-se que a medida provisória (ver em especial o disposto no art. 62, §1º, b, da Constituição Federal) sucedeu historicamente os decretos-leis, dos quais merecem menção o Decreto-lei nº 6.259/44 (dispõe sobre o serviço de loterias e dá outras providências), em especial o art. 58 que trata da proibição do jogo do bicho e a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41), ambos considerados inconstitucionais pela doutrina garantista, exatamente pelo exposto neste capítulo.

A última garantia é a *proibição de indeterminação* da lei penal, a qual exige que a norma seja a mais precisa possível quanto à descrição das proibições e comandos, isto apesar de a norma penal comportar interpretações em diferentes

⁷⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 96.

⁷⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 96.

sentidos - porque é impossível interpretar de forma imparcial (neutra) e tentar ser neutro seria cansativo e levaria à monotonia. Logo, há de trazer minimamente uma determinação do seu alcance, quer quando veda determinado comportamento, quer quando ordena certa conduta.⁸⁰

A Carta Magna em seu artigo 5º, LV, preceitua a defesa dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tanto nos processos judiciais como nos administrativos. Pois bem, vejamos alguns exemplos de violação à legalidade e, conseqüentemente, à Constituição:

Execução Penal. Agravo. Acusatoriedade. Participação de defesa técnica imprescindibilidade de intimação defensiva dos laudos que avaliam o cidadão condenado. Respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

-A determinação constitucional de jurisdicionalidade acusatória no processo de execução penal impõe estrutura dialética ao procedimento de aferição de requisito subjetivo, fundamentador de decisão que altera o título executivo. Urgente filtragem à luz da Carta Maior, das regras executórias, como forma de implementar sistema adequado à garantia dos elementares direitos fundamentais inerentes ao núcleo liberal do Estado, assegurando ao cidadão-condenado as regras democráticas que lhe garantem dignidade.

-A legitimidade de toda atividade jurisdicional penal, como leciona o professor Geraldo Prado, está condicionada a efetiva segurança dos direitos e garantias fundamentais, que se dá, exclusivamente, num ambiente marcado pela vigência do sistema acusatório.

-No processo de execução – conjunto de atos com função garantidora de liberdade e verdade –, devem ser afiançadas àquele que figura no pólo da relação todas as garantias processuais democráticas: ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, publicidade, igualdade de partes, etc.

-Tais valores fundantes do processo penal democrático são afirmados, unicamente, se houver a fiscalização dos atos do Estado por parte de advogado/defensor. A defesa técnica é indisponível: traduz-se em condição de paridade de armas que afasta o procedimento do pré-moderno modelo inquisitório. (Lição de Aury Lopes Jr.)

-Nulo o *decisum* que nega benefício ao condenado, com fundamento em laudos técnicos (C.O.C. e C.T.C.) dos quais à defesa não se oportunizou cientificação e exame. Decisão Unânime.⁸¹

Interrogatório sem Defensor. Nulidade do processo. O interrogatório do réu sem defensor presente conduz a nulidade processual, vez violados os princípios da ampla defesa e contraditório, seja o ato, pela perspectiva defensiva, meio de prova ou de defesa. Nulidade declarada.⁸²

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC-Lumen Júris, 2007, p. 23.

⁸¹ Agravo Nº 70004106308, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 26/06/2002, DJ 2438, 10/09/2002.

⁸² Apelação Crime Nº 70009899006, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, julgado em 01/12/2004, DJ 3084, 18/04/2005.

E mais: graças à política criminal garantista a Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça foi revogada, porquanto ofendia os princípios da legalidade e o *ne bis in idem*, pois o Código Penal proclama em seu art. 157 §2º, I, o signo arma e não brinquedo. O legislador ofendia o *ne bis in idem*; só o uso do brinquedo já caracterizava a grave ameaça, e o *fraco* já respondia por roubo, mas o político no anseio de vingança ainda fazia o pobre coitado responder pela mesma conduta duas vezes: roubo e mais a majorante pelo emprego de *arma*. Sem falar que o sujeito que efetua a prática delituosa empregando o meio brinquedo tem mais chances de ver frustrado o seu objetivo, pois está mais propenso a ser vítima de terceiros que percebam que aquele objeto não passa de um brinquedo, portanto este agente é menos danoso do que o que realmente utiliza arma de fogo.⁸³

Um dos pensamentos que fizeram mudar o direito penal totalitário:

A arma de brinquedo não pode ser capaz de caracterizar a majorante descrita no inciso I, par.2, do art.157, do código penal, ainda que, em sentido contrário, esteja sumulado pelo E.STJ. É que não convence a possibilidade de um brinquedo ser transformado em “arma” para satisfação do conceito legal exasperante através de decisão judicial. Contrário sensu vou ter que repensar tudo que aprendi desde que ganhei meu primeiro 'revolvinho' de brinquedo (e lá se vão cinqüenta anos...). Mas, se estou certo, com apenas cinco anos de idade eu já sabia que brinquedo é brinquedo, e que arma é arma. Por maioria, acolheram os embargos.⁸⁴

2.3 Princípio Indubio pro reo

O dito princípio é de caráter implícito, extraído da presunção de inocência, proclamada no art. 5º, LVII, CF, contrário portanto, à presunção de culpa, levando à absolvição quando houver dúvida sobre a conduta imputada ao acusado.

⁸³ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 20 – 23.

⁸⁴ Embargos Infringentes Nº 70001653666, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 15/12/2000, DJ 2057 01/03/2001.

Pela existência deste princípio o acusado não precisa provar nenhuma alegação sua - álibi, por exemplo -, cabendo somente à acusação tal tarefa. Pairando a dúvida, deve-se absolver.⁸⁵

Igualmente, pairando dúvida sobre eventuais justificações, exculpações e casos de isenção de pena (como a desistência na tentativa) suscitadas pelo réu, o caminho a ser trilhado será necessariamente o da absolvição,⁸⁶ isto é, a consequência implícita é a de que não cabe à pessoa que está sendo processada LOPES JÚNIOR (2005: p.184) “provar absolutamente nada”.

Para fundamentar essa idéia deve-se compreender o art. 156 do CPP, o qual prescreve: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer,” tendo no contexto o princípio que *oxigena* essa norma, que é o da presunção de inocência. Ora, a primeira alegação já se dá na própria denúncia, quando o Ministério Público atribui a alguém (autoria) a realização de uma conduta descrita como infração penal (materialidade), donde se concluir que o ônus da prova é todo seu. Cabe-lhe, assim, provar os elementos que integram o tipo penal (tipicidade, ilicitude, culpabilidade e as inexistências de causas de justificação).⁸⁷

Se houver dúvida sobre a natureza do fato, se qualificado ou simples, se houve tentativa, se o agente é autor ou partícipe, se agiu com culpa ou dolo, enfim havendo dúvida, há sempre de se optar pelo que for menos danoso ao acusado.⁸⁸

É errônea a idéia que ao Ministério Público, incumbe provar somente a autoria e a materialidade e a defesa provar as excludentes de antijuridicidade e de

⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2007, p. 661.

⁸⁶ ROXIN, *Strafverfabrensrecht*, 1995, 24 ed., §15, A 1, p. 90-91, n. 13; SCHROEDER, *Strafprozessrecht*, 1993, §30, n. 270, p. 167 s. e §44, n. 345, p. 225 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2007, p. 661.

⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução críticas ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.184-185.

⁸⁸ SCHROEDER, *Strafprozessrecht*, 1993, §30, n. 270, p. 167 s. e §44, n. 345, p. 225 *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2007, p. 662.

culpabilidade, a qual deriva de se trazer o que prescreve o art. 333 do CPC ao processo criminal, na seara civil o autor deve provar o fato constitutivo de direito e o réu o fato de direito, impeditivo, modificativo ou extintivo da relação jurídica.⁸⁹ Portanto, no processo civil não vigora a presunção de inocência, logo autor e réu devem provar o que ambos alegam, diferentemente do que ocorre no processo penal, onde incide o dito princípio de forma implícita.

Nesse sentido:

Roubo Majorado. Embriaguez Eventual ? Culpabilidade. Majorante do Emprego de arma. Perícia?Necessidade. Concurso de Agentes ? IN DUBIO PRO REO. Atenuantes ? Pena Chegar Aquém do ,Mínimo. ? Eventual embriaguez não afasta a culpabilidade. ? À configuração da majorante do emprego de arma é necessária perícia para atestar o efetivo potencial lesivo (por maioria). ¿ Havendo dúvidas quanto à existência de co-autoria, impera o princípio *in dubio pro reo*. ? Atenuantes podem deixar a pena aquém do mínimo em abstrato ? Posição pacificada na Câmara e no Terceiro Grupo Criminal. Deram parcial provimento ao apelo.⁹⁰

Latrocínio. Fragilidade Probatória. Absolvição. No processo penal, o ônus probatório está voltado exclusivamente ao Ministério Público, órgão encarregado da acusação, pois a única presunção admitida é a de inocência. Ademais, a condenação só pode emergir da convicção plena do julgador ¿ sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*. Deram provimento aos apelos. Unânime.⁹¹

2.4 Princípio da Humanidade

Este princípio preceitua a negação de penas cruéis e que estas não desconsiderem o homem como pessoa. Este critério humanitário norteia a inconstitucionalidade de uma pena ou uma consequência do delito que crie um impedimento permanente à pessoa transgressora do sistema, impedimento este que

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2007, p. 662.

⁹⁰ Apelação Crime Nº 70011933744, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 03/08/2005, DJ 3449, 04/10/2005.

⁹¹ Apelação Crime Nº 70022196992, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 09/01/2008, DJ 3787, 21/02/2008.

poderá ser a prisão perpétua, a pena de morte, amputação de membro, não conseguir fazer parte da sociedade, depois de cumprir a pena etc.

Deste raciocínio, extrai-se importante observação de Shecaira e Corrêa Junior, *in verbis*: “note-se que a pena de prisão, por exemplo, é privativa de liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos inerentes ao ser humano,”⁹² os quais, portanto, não de ser resguardados.

Por mais que o infrator pratique uma conduta cruel, aquela que aterrorize o homem médio, não justifica o Estado a tratá-lo como ser irracional.⁹³ Esse tratamento do agente como se fosse um animal com doença (leishmaniose) indo para o centro de zoonoses é inconstitucional, pois o agente causador do dano ainda continua a ser um humano.

O que retira da pessoa seu “status” de cidadã não é a porção de direitos e garantias que lhe são subtraídos e sim a causa dessa supressão, a qual é a sua periculosidade.⁹⁴

Vejamos o caso do Projeto nº 5.073/2001 que deu origem à Lei n. 10.792/2003, que modificou os artigos 52 a 54, 57, 58 e 60, da Lei 7.210/84 (LEP), introduzindo o regime disciplinar diferenciado (RDD).

Esse regime diferenciado prevê 360 dias de isolamento, desde o início, com a possibilidade de reiteração, até o limite de um sexto da pena aplicada (art. 52,I). Pode alcançar até mesmo os presos provisórios (art. 52, §§ 1º e 2º).

⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.86.

⁹³ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.17.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p.18.

Ora, sabe quem fica nesse regime? Os chamados inimigos. E sabe quem são? Os integrantes de facções criminosas. Como se pode ver, o Estado legitima seu discurso da necessidade do RDD se baseando que para essas pessoas exige-se tratamento específico.

Resta claro o direito penal do inimigo, pois no caso seleciona-se uma suposta classe de “suspeitos de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando, art.52, §2º, da LEP”, sendo que tal seleção, abarca, por incrível que pareça, uma gama de supostos suspeitos fora dessa rotulação (qualquer um pode pertencer a uma facção criminosa) pela imprecisão do conceito “organização criminosas”, E legitima-se a necessidade sem limites de um tratamento específico para qualquer preso, já que quem fará tal seleção será o Estado Soberbo.

A desumanidade do regime é evidente diante do tempo em que o preso passa em isolamento celular: são trezentos e sessentas dias isolado! É um novo regime de cumprimento de pena: o fechadíssimo ou o super fechado.

Tal medida, que é aplicada à Beira-Mar e a Marcola, além das conseqüências degradantes do cárcere, ainda tem uma agravante: a possibilidade de o agente ficar louco. Pois bem, além do preso não conseguir a ressocialização, agora, além de tudo, sai direto pro hospício.

Sem falar no seu caráter absurdo de contenção que alberga até presos que não foram sequer julgados.

O RDD, além de ferir o princípio da humanidade, infringe o da legalidade no tocante à garantia da proibição da indeterminação da lei penal, na medida em que suas hipóteses de cabimento (art. 52 da Lei de Execução Penal) vêm carregadas de conceitos subjetivos e abertos, a conferir: quando prescreve que incidirá dito regime à pessoa presa (tanto por sentença que fez coisa julgada ou não) que *subverta a*

ordem ou a disciplina interna (art. 52, *caput*, LEP); a crítica que aqui se faz é que não dá para mensurar a quantidade de mudança no quadro fático suficiente para levar à subversão. Outra agressão ao dito princípio é quando alega que a pessoa que produza *alto risco* para a segurança do presídio ou da sociedade (art.52, §1º, LEP), estará sujeita a cumprir o regime fechadíssimo; nesse caso, não há como se determinar a quantidade de risco para esse tornar-se alto. Por último, não se pode definir o termo *fundadas suspeitas* de envolvimento ou participação em organizações criminosas (art.52, §2º, LEP).⁹⁵

O princípio da Humanidade esta prescrito em nossa Constituição em vários artigos, tais como o art. 1º, III, o qual versa sobre a dignidade da pessoa humana, art. 5º, III, versando que ninguém será submetido a qualquer tipo de tortura nem tratamento desumano, e outros seus incisos, quando bane pena de morte (salvo nos casos de guerra), de caráter perpétuo, penas cruéis (inciso XLVII) e quando assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX).

A conseqüência jurídica de um delito terá, assim, que cessar em algum momento; poderá ser longa, mas não perpétua.

A pena poderá ser cruel também quando uma pessoa pratica uma conduta que se enquadra no tipo penal do furto, é provado que esta pessoa é realmente autora do delito, porém olhando a realidade fática do ocorrido, percebe-se a família do condenado, com a sua mulher doente e os filhos sem ninguém para lhes garantir o sustento. Caberá nesse caso a incidência do princípio humanitário, para que o juiz fixe a pena no *seu limite mínimo* (conceito que aqui não se confunde com o patamar mínimo previsto abstratamente em lei, conforme será adiante abordado), substituindo-a ainda por pena não privativa de liberdade; dá-se este exemplo, mas

⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC-Lumen Júris, 2005, p.78.

há tantos outros em condições semelhantes, nos quais deverão ser adotados tais critérios.

Este princípio tem vigência absoluta e não deverá ser violado nos casos concretos, quer na fase inquisitorial, quer em juízo.⁹⁶

As penas não precisam ter um caráter reeducativo, mas também não podem deseducar o cidadão; em outras palavras, ela não pode pretender fazer o réu um cidadão melhor, nem tampouco pior,⁹⁷ pois fazendo isto, o Estado estaria intervindo na dignidade do cidadão, não dando escolha a uma pessoa se esta quer se tornar pior ou melhor, e vai-se mais além, estaria ferindo o princípio basilar do garantismo, que é o da secularização.

Através da humanidade vislumbra-se a (i)legitimidade de um Estado. Explicando melhor: se a sua função é tutelar a vida e os demais direitos fundamentais, e este mesmo Estado corrobora para a matança, tortura, humilhação de um cidadão, contradizendo sua razão de existir e se equiparando aos deliçquentes que tanto teme, carece ele de legitimidade, porquanto afastou-se o Estado da finalidade para o qual foi criado.⁹⁸

Exemplo da aplicabilidade da humanidade:

Execução Penal. Indulto Humanitário. Presentes, cumulativamente, todos os requisitos do art. 1º, VI, "B", do decreto n.º 5295/04, a concessão do indulto é de rigor: Princípio da Humanidade das penas. Apenado portador de vírus SIDA e Tuberculose.

– A pena não tem um fim em si mesma, de modo a converter-se em pura retribuição e aniquilamento da condição humana do apenado. Não! Ela encontra limites – claros – no sistema de garantias estabelecidos pela Carta Política

– O suplício gótico imposto pelo sistema prisional ao apenado hígido torna-se inegavelmente mais gravoso ao apenado adoentado. Em outras palavras, se a prisão, por si-só, infringe uma carga de sofrimento ao preso, revela-se cruel e desumana – logo, irracional – quando o apenado está acometido de doença grave.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 172.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 319.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.318.

– A finalidade segregacional da pena privativa de liberdade, mesmo que por meios tortuosos, resta atingida. Não no sentido de retirar do cidadão condenado a liberdade de ir e vir – a imposição do cárcere –, mas por força do ostracismo a que indubitavelmente o apenado será submetido enquanto portador de AIDS. Ou seja, além de estigmatizado pelo sistema de persecução penal, o estigma da doença acaba por lhe subtrair a “liberdade”.
 – Lições de Luigi Ferrajoli, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni.
 À unanimidade, deram provimento ao recurso.⁹⁹

Exemplo de irracionalidade e da não aplicação do princípio da humanidade, o trecho dos autos de um processo, transcrito por FRANCO (2000, p.113) em seu artigo, onde fora denegado o pedido de coquetel de medicamentos fornecido pelo Estado, a um condenado portador do vírus HIV:

o contaminado poderá morrer mais rapidamente sem o medicamento, mas certamente morrerá de qualquer forma. A sobrevivida em nada contribuirá para a sociedade, a qual representa risco de disseminação da doença.

2.5 Princípios da Ofensividade e da Insignificância

Estes princípios estão correlacionados de tal maneira, que ficaria impossível um capítulo tratando somente de um, sem mencionar o outro, daí a exceção de serem abordados em um único tópico.

Este entrelace é demonstrado pela simples relação com o bem jurídico defendido diante da sociedade: se tal ofensa for de grande monta, a ponto de “ofender” o bem jurídico, estaremos diante do princípio da ofensividade; se ocorrer o inverso, estaremos nos deparando com o princípio da bagatela ou insignificância.

Para bem perceber estes fenômenos, há de se atentar para o fato de que o direito penal não deve defender a totalidade de bens, mas somente aqueles relativamente fundamentais, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, pois o direito penal só intervirá em condições extraordinárias. Explicitando: a pessoa que violar o direito de outra, só deverá responder penalmente no caso de violar um direito alheio

⁹⁹ Agravo Nº 70015235948, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 14/06/2006, DJ 3396, 19/07/06.

realmente importante para a vítima, porque o delinqüente sofrerá conseqüências penais e estas detêm um caráter muito “duro” para o agente.

A crítica à tutela dos bens jurídicos hoje em dia reside na constatação de que, acarretando as penas em longas privações de liberdade, fica difícil justificar essa proteção a todos os bens, merecendo justificação apenas a proteção de uma minoria. Desta explanação conclui-se que deveria diminuir o *quantum* das penas, para assim aumentar a proteção aos bens jurídicos, tornando justificável tal tutela.¹⁰⁰

Outra crítica seria a criação de tipos penais injustificados, aqueles despidos da função intimidadora que mereciam ter. Um exemplo seria a toxicodependência, cuja falta de coerção fica nítida ao se constatar que os fatos dantes não penalizados, não superam os agora penalizados de uma forma relevante; tem-se que a proteção do bem ora em análise perdeu sua essência de existir. Outra figura delituosa a merecer idêntica crítica é o aborto.¹⁰¹

Ninguém (rico e pobre) deixa de praticar o verbo “provocar aborto”, numa sociedade miserável e hipócrita como a nossa, onde a mãe se vê obrigada a cometer tal delito, por uma simples questão de sobrevivência (nas camadas baixas).

Quem é miserável (pobre), e em sua consciência, acha o melhor remédio interromper a gravidez, irá fazer o aborto. Sai mais barato do que: educação, comida, lazer, saúde e moradia para o(a) seu(sua) filho(a).

É quase que a mesma relação entre o político optar entre criar uma lei (mais barato) ou fazer uma campanha social, é sempre o capital impondo suas condições.

E a hipocrisia fica por conta da elite, pois esta comete o delito, mesmo defendendo idéias contra tal conduta, alegando que é imoral, que vai de encontro com as premissas da igreja, mas que mesmo assim, pagam para suas filhas

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 378.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 379.

abortarem. Concluindo: a legalização do aborto para esta classe servirá somente para desmascarar o discurso.

Quando o Estado interfere nas clínicas de “planejamento familiar”, interfere de modo ineficaz e sem publicidade, alegando em termos genéricos: clamor público. Só para não desmascarar mulheres e filhas de gente importante, pois poderão afetar a imagem de ambos, principalmente na política. É só ver o caso que repercutiu em Campo Grande/MS, cuja única informação de conhecimento público recai sobre o nome da acusada: Neide Mota Machado.

Segundo a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (AMPASA), se estima que se pratiquem no Brasil anualmente cerca de “um milhão de abortos”.¹⁰² Sem contar na cifra negra, onde o aborto é provocado mediante técnicas arcaicas: agulha de crochê, remédios etc.

A problemática de não se aceitar o direito de abortar se encontra, quando uma mulher decide interromper a gravidez. Na maioria das vezes esta opção é concretizada em “clínicas” sem nenhuma condição de se amparar a operação, (nos casos das classes baixas, pois a elite aborta em clínicas de alto padrão, como pode se constatar no caso já citado, em Campo Grande, Mato Grosso do Sul em julho de 2007), sujeitando a paciente a conseqüências irreparáveis como: não poderá mais ter filho, ou o filho nasce com problemas ou até causando a morte da mãe ou da mãe e do filho.

A mesma associação acima citada, aponta que no país a quarta causa de morte materna é a prática do aborto de forma insegura.¹⁰³

Se o Estado fosse mais solidário com seus cidadãos, ou propusesse a liberdade de consciência (prevista formalmente na Constituição Federal), não

¹⁰² AMPASA. Disponível em:<http://www.ampasa.org.br/templates/29/conteudo_visualizar_dinamico.jsp?idConteudo=3164&idUser=967&idEmpresa=50&tituloConteudo=CartadoRiodeJaneiro>. Acesso em 20 set. 2007.

¹⁰³ AMPASA. Disponível em:<http://www.ampasa.org.br/templates/29/conteudo_visualizar_dinamico.jsp?idConteudo=3164&idUser=967&idEmpresa=50&tituloConteudo=CartadoRiodeJaneiro>. Acesso em 20 set. 2007.

existiriam clínicas clandestinas. Não morreriam pessoas (“mães”), porque estas não concordam com a Igreja e com o Estado. Não se está defendendo o aborto na área moral, mas sim defendendo a liberdade (direito) de escolha de uma pessoa: abortar ou não. O Estado não pode tolher a vontade de uma pessoa, o *direito de abortar* é em suma a demonstração de uma sociedade democrática.

No Brasil, está provada a falência da conduta “provocar aborto” ser tipificada como crime, cadê a prevenção? Um milhão de abortos anualmente. Este tipo penal é totalmente insignificante. Só se tutelada a vida intra uterina, mas e quando esse filho nascer, o que será dele? E a saúde da mãe e da família, como fica? Engraçado que o Código Penal proteja em várias ocasiões a saúde pública, mas no presente caso, esqueceu-se.

Por isso, nada mais democrático que avivar-se o princípio da secularização, tendo suas origens no pacto social de Locke, expressando assim um direito penal mínimo, onde direito não interfere na moral, se é certo ou não fazer aborto, se a pessoa vai ou não para o inferno, não é o enfoque desse texto. Aqui prima-se pela devida colocação do direito em uma sociedade, e não punir por punir, para demonstrar a força do Estado ou para dar resposta a uma sociedade.

Voltando ao cerne deste sub-capítulo, a insignificância é demonstrada quando um bem jurídico é ofendido, porém esta ofensa é de tão pouca importância e de pequena intensidade para a sociedade, que o bem protegido formalmente perde sua importância diante de um caso concreto. Não basta que a conduta se encaixe em um tipo penal, precisará ela se revestir de um caráter intenso, demonstrando o ferimento de um direito alheio. Note-se que o bem jurídico detém dupla proteção: uma formal e outra material; ocorrendo o fenômeno da bagatela, é retirado do tipo penal a material, restando a formal, a qual, sozinha, não é formadora de tipicidade.

Este princípio deverá estar vinculado à finalidade da ordem jurídica, portanto deverá ser analisado do ponto de vista da mesma e não de forma isolada,¹⁰⁴ pois assim analisando, saberemos se a bagatela será compatível com o ordenamento jurídico como um todo (formado por princípios e regras).

Exemplo dessa falta de intensidade na lesão ao bem jurídico tutelado, encontra-se no casamento. Este é tutelado, há deveres matrimoniais, dentre os quais o de manter relações sexuais, mas se o agente descumprir tal premissa, não responderá ele pelo descumprimento da norma, pois está aí estampada a insignificância; nesse caso o bem jurídico é protegido, mas a ofensa é ínfima, não possui nenhum dano para a sociedade. No sentido oposto, se um consorte utiliza-se da força para a realização do dever matrimonial, há o dano social da conduta e o bem protegido torna-se a liberdade sexual, sendo configurada a figura de estupro ou atentado violento ao pudor. Esta afirmação complementa o exposto no parágrafo anterior, em que a insignificância deverá ser analisada de acordo com a finalidade da ordem normativa em sua totalidade, e não de acordo com a norma isolada.¹⁰⁵

Pode ser observado o princípio da insignificância no processo do qual o autor participou durante estágio na Defensoria Pública junto à 1ª Vara Criminal, processo de nº 001.04.030166-5. O caso era o seguinte: um rapaz teria subtraído três barras de ferro, sendo vendidas duas barras pelo preço de dez reais e a outra pelo preço de cinco reais, ressaltando que estas eram para a construção de um portão e as mesmas foram devolvidas ao dono e além do mais o acusado não detinha maus antecedentes.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 534.

¹⁰⁵ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. (Série as ciências criminais no século XXI; v. 7). São Paulo: RT, 2002, p. 57.

Pode-se notar a insignificância pelo valor da coisa subtraída; é ínfima diante do todo que é o portão; segundo: não houve lesão à vítima, pois as grades foram devolvidas ao respectivo dono. Ora, só por isso já se vê que não houve a intensidade apta para ofender o bem (patrimônio) tutelado pelo direito. A bagatela deverá ser levantada nesse caso, pois se percebe claramente a ofensa ao princípio da proporcionalidade frente à disparidade entre a ofensa ao bem jurídico e a resposta penal que caberá ao acusado nesse caso, que será a pena prevista para o furto. Além do mais, se o acusado nesse caso receber uma pena privativa de liberdade, ainda que fixada no mínimo legal, terá ela um caráter cruel, pois o agente não deveria nem ser condenado, mas sim absolvido, sob pena de ferir o princípio humanitário.

Será que o Ministério Público, ao elaborar a denúncia, não verificou que o caso em concreto se tratava de bagatela? Até quando iremos nos deparar com casos desta natureza? Em que se gasta tempo e dinheiro do Judiciário com questões sem relevância para a sociedade, que só contribuem para tornar a máquina judiciária mais morosa e desacreditada, deixando as questões realmente importantes em segundo plano. Frente a isto, deverá o magistrado pautar a sua atuação no dia a dia pelo bom senso, a fim de que a justiça se torne um meio de resolver conflitos realmente relevantes.

Quanto às lições acima expostas:

Rejeição da denúncia. Furto. Crime de Bagatela. Ameaça. Prova. Prescrição.

1.O réu foi denunciado pelo furto de duas tábuas de eucalipto avaliadas em R\$ 18,00. A infração penal não é mera violação da norma. É mais que isto, é violação do bem jurídico, numa perspectiva de resultado e de relevância da ofensa ao bem jurídico protegido.

Quando não há lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, o fato não se reveste de tipicidade no plano concreto. A ofensividade a um bem jurídico integra o tipo penal, de modo que, além da previsão abstrata, da conduta, da causa, do resultado, o tipo se perfectibiliza na vida dos fatos se houver ofensa relevante a um bem jurídico.

2. Correta a rejeição da denúncia quando os elementos não são suficientes à viabilidade vexatória.

3. Apesar de, desde logo, não se vislumbrar prova suficiente à condenação do acusado, na medida em que existe somente a palavra das vítimas que este as tivesse ameaçado, eventual condenação restaria inócua, em face da prescrição pela pena concretizada. Apelo Ministerial Desprovido.¹⁰⁶

Habeas Corpus. Trancamento da Ação Penal. Ausência de Justa Causa. Evidência de plano. Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Furto de pequeno valor tentado. Bem subtraído. Panela de pressão.

1. O pequeno valor da res furtiva não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão.

2. Consoante se constata dos termos da peça acusatória, o valor da res furtiva pode ser considerado ínfimo, tendo em vista, outrossim, as condições econômicas da vítima. Além disso, o fato não lhe causou qualquer consequência danosa, uma vez que a Paciente foi presa em flagrante antes de consumir o delito, de posse da coisa, justificando, assim, a aplicação do Princípio da Insignificância ou da Bagatela, ante a falta de justa causa para a ação penal.

Precedentes.

3. Vislumbra-se, na hipótese, verdadeira inconveniência de se movimentar o Poder Judiciário já tão assoberbado na tutela de bens jurídicos mais gravemente lesados.

4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa.¹⁰⁷

Quando os tribunais não aplicam o dito princípio:

Ementa. Roubo. Crime de Bagatela. Inviável a absolvição do assaltante que leva da vítima apenas R\$2,00. Porque a configuração da Bagatela, como critério de determinação da tipicidade penal, pressupõe, além do desvalor do resultado, também o desvalor da *conduta* e da pena, o que não se verifica em fato impugnado de crimes de menor potencial ofensivo, consoante a lei 9099/95, ao projetar-se no mesmo universo em que se situavam os denominados crimes de Bagatela, restringiu, ainda mais, o âmbito da incidência do "axioma Mínima Non Curat Prsetor".¹⁰⁸

Não se deve aceitar a justificativa acima. O tipo penal roubo é desvio de natureza complexa, sendo uma junção de furto mais lesão corporal. No caso em tela, deve-se aplicar a insignificância na questão do dano patrimonial o qual é: dois

¹⁰⁶ Apelação Crime Nº 70014726939, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, julgado em 29/06/2006, DJ 3394, 17/07/2006.

¹⁰⁷ HC 36947 / SP, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 04/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 351.

¹⁰⁸ Apelação Crime Nº 698180627, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Paganella Boschi, julgado em 24/09/1998, s.d.

reais, aplicando somente a lesão corporal. Sendo assim a pena em abstrato diminui de pena de reclusão de quatro a dez anos, para detenção de três meses a um ano.

Como foi traçado em linhas anteriores, numa ótica de redução de danos ao ofensor ao bem jurídico, pode-se adotar esse raciocínio, mesmo que o objeto do ilícito for de grande monta, se o agente devolver a coisa antes do trânsito em julgado, como exposto na parte onde se trata do princípio da legalidade.

2.6 Princípio da Presunção de Inocência

Por este princípio, recepcionado em nossa Carta Magna no art. 5º, inciso LVII, não podemos considerar uma pessoa culpada até o seu processo alcançar sua fase definitiva - sentença penal condenatória transitada em julgado - ou em outras palavras: fazer coisa julgada. Dele derivam dois predicados: o *in dubio pro reo* e a regra do ônus da prova pelo Ministério Público. Através da presunção de inocência compete à acusação, com exclusividade, demonstrar a culpabilidade do agente e não este comprovar a sua não-culpabilidade.

A função desta presunção é a de proteger todos os inocentes; se isto não ocorrer, o cidadão perderá sua liberdade, pois seu direito é ameaçado em dois momentos: em um, pelos delitos e em outro, pelas penas arbitrárias. Se um inocente convive em uma sociedade e nela sente medo, porque poderá sofrer, por quem deveria lhe dar amparo, reprimendas severas e sem razão de ser, evidente fica nesse caso a constrição da liberdade, pois onde há o temor, não há liberdade e nesse ambiente de pavor não resta nenhuma segurança ao cidadão. Observando a relação entre liberdade e segurança, a presunção de inocência torna-se um

mecanismo de defesa social. Portanto, estando em pânico o imputado em relação ao juiz, estará decretada a falência da jurisdição penal.¹⁰⁹

Para Ferrajoli, a presunção dita acima se contrapõe à prisão preventiva, porque este instituto pressupõe a presunção da culpabilidade nos casos de perigo de fuga, deterioração de provas e o perigo de novos delitos no futuro, se o imputado permanecer em liberdade. Além do mais, seria uma demonstração de arbítrio por parte do juiz, o qual decreta a prisão de um acusado sem ao menos este ter um julgamento.¹¹⁰ Coaduna neste sentido, o doutrinador argentino Zaffaroni.¹¹¹

A prisão cautelar é uma demonstração de direito penal do inimigo, que dela se utiliza para se livrar das pessoas ditas perigosas. Pode ser até que aquelas pessoas que cometeram um único furto na vida, irão para a prisão (consideradas reincidentes). O Estado elimina essas pessoas tidas como não-consumidoras, antes mesmo de elas obterem uma sentença, seja absolutória, seja condenatória, devido à insalubridade dos lugares destinados à prisão provisória.¹¹²

Chega-se num ponto em comum: tanto os não-condenados, quanto os condenados, quando as medidas preventivas se alongam por tempo indeterminado, desfrutam do mesmo lugar, sofrem os mesmos males,¹¹³ só que o primeiro não tem culpa alguma provada, só a presumida.

Estima-se que $\frac{3}{4}$ (três quartos) da população carcerária da América Latina seja proveniente do sistema penal cautelar, do qual cerca de $\frac{1}{3}$ (um terço) acaba

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 446.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p.113.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 70

¹¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p.164.

sendo absolvida, mesmo contando com a resistência dos tribunais em absolver aquelas pessoas que permaneceram detidas até o trâmite final da lide, só as absolvendo, quando nenhum meio para condenar foi encontrado.¹¹⁴

Voltando às idéias do ilustre doutrinador italiano, este afirma que nos casos da possível alteração do estado das provas, ou quando houver riscos de o imputado faltar com a verdade, não se faz necessária a medida cautelar, pois bastaria que o acusado ficasse detido por horas ou por dias até a “audiência preliminar” (interrogatório); desse modo o acusado ficaria menos tempo preso e haveria menos assédio por parte da imprensa, a qual só poderia noticiar a condição da restrição de liberdade do acusado, porque este teria de se justificar em juízo.¹¹⁵

Depois de ouvido, o imputado deverá ser solto em qualquer caso. Culpado ou inocente, deverá cessar seu isolamento e mais, a sua detenção também. Por que deixá-lo com seus comparsas dentro da prisão? Abriria a oportunidade para os acusados confabularem e assim deteriorarem as provas (nesse caso, a prova testemunhal).¹¹⁶ Não teria sentido deixar o acusado detido até o final de seu julgamento, pois devido ao seu isolamento com o mundo, ficaria tolhido de colher provas para sua defesa (no caso, a autodefesa), o que conseqüentemente viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à questão do perigo de fuga como fundamento para a prisão preventiva, é irracional tal embasamento. O imputado tem medo, não da pena (conseqüência última de um processo criminal), mas sim da prisão preventiva; agora vejamos: quem não teria medo de ser trancafiado em um recinto com outras

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 71.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 447.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 448.

peças em condições não humanitárias? Sem ou quase sem comunicação com o mundo? Nos dizeres de Ferrajoli: “se não houvesse essa perspectiva, o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria ao contrário todo interesse de não se refugiar e de se defender.”¹¹⁷

Este fundamento baseado no perigo de fuga é atualmente insensato, visto que uma fuga permanente hoje em dia é quase impossível, devido ao sistema integrado e informatizado internacionalmente; em todo caso, para desencorajar a fuga, bastaria uma vigilância mais intensa ao acusado nos dias que antecedem a sentença. E se o imputado conseguir ultrapassar as barreiras das autoridades? Este já estará cumprindo uma pena, pois viverá na clandestinidade e conseqüentemente em um estado de insegurança. Analisando ainda a questão da fuga, esta é proporcional à severidade da pena. Se um Estado aceita a pena capital, é óbvio que a chance de o imputado fugir é maior,¹¹⁸ mesmo que este seja inocente.

Quantos inocentes já não foram para a guilhotina? Deste raciocínio, facilmente se extrai a conclusão: o remédio para a diminuição das fugas seria a diminuição do “*quantum*” das penas.

Para o desfecho sobre o aludido princípio, é importante voltar à questão da prisão preventiva, antônimo do princípio da presunção de inocência.

Há de se ter em mente o quanto é ruim para o imputado a prisão cautelar; violadora de garantias penais e processuais às quais o acusado tem direito e, como já foi exposto nesse trabalho, o imputado deverá permanecer em liberdade durante toda a instrução de primeiro grau (sendo detido apenas para interrogatório, por

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 448.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 448.

alguns dias apenas), para que, assim, esteja em condições de igualdade com o órgão acusador na busca de material probatório (em seu favor).

A liberdade será digna até o trânsito em julgado da sentença condenatória, porque a partir deste momento a presunção ficará abalada. Essa é a lição de Ferrajoli sobre o assunto.

No Brasil ainda não foi recepcionado o pensamento de Ferrajoli por inteiro quanto à aplicação do princípio da inocência nas prisões cautelares, mas esta prisão de cunho processual já está sendo utilizada somente em casos extremos, quando demonstrado no caso concreto a presença do *periculum libertatis*, conforme demonstra o seguinte julgado:

Processual Penal. Prisão Preventiva.

- Prisão antes do tempo é medida espetacularmente excepcional (arranha o princípio da presunção de inocência e é objeto de contestável constitucionalidade) – só se a admite em casos limítrofes!- Ordem pública e necessidade de aplicação da lei penal, quando genérica e abstratamente invocadas não sustentam a medida odiosa. À unanimidade negaram provimento ao recurso.¹¹⁹

Fugindo um pouco do olhar crítico de Ferrajoli, sobre a ofensa ao princípio da inocência, mas não menos importante, está o posicionamento de Callegari sobre o teste do “bafômetro”. Qualquer pessoa suspeita de dirigir embriagada ou que participe de acidente automobilístico será obrigado a realizar o teste de alcoolemia, como preceitua o art. 277 do CTB.

A questão que se impõe aqui é: o indivíduo pode ser obrigado a realizar prova contra si mesmo na hora do fato? Não se pode esquecer que o bafômetro pode estar “vencido”. Se positiva a resposta, estar-se-á aceitando como prova

¹¹⁹ Recurso em Sentido Estrito Nº 70010740041, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 29/06/2005, DJ 3159, 03/08/2005.

elementos colhidos sem o crivo do contraditório infringindo o art. 5º LVII da nossa Carta Magna. Ora, ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo, aceitar isto é ir contra todo o sistema penal de garantias ao acusado (o mais fraco da relação jurídico criminal).

Partindo do mesmo pressuposto posiciona-se Aury Lopes Jr, que defende a tese de que o imputado não pode participar de nenhuma atividade que possa ir contra o princípio (inocência) que norteia o ordenamento criminal, tais como: fazer teste de sangue, DNA, teste grafotécnico, participar de reconstituições etc. Sendo que se o imputado não se prestar a participar de tais atos não poderá tipificar o delito de desobediência.¹²⁰

Sem falar que obrigatoriedade de tal teste fere a liberdade do indivíduo, cuja qual delegação não fora pactuada, ferindo desta forma a secularização, obrigar alguém a auto incriminar-se.¹²¹

Diga-se que em um caso, onde não tenham provas contra o acusado, em seu interrogatório ele opte pelo silêncio (garantia que é lhe dada pela CF no artº 5 LXIII), e como consequência ele é condenado, é essa analogia que devemos fazer, a recusa do teste de bafômetro equivale ao silêncio no interrogatório, o acusado não pode ser declarado culpado porque recusou o teste de alcoolemia, ou seja, em outras palavras o fraco não deve se auto-incriminar, cabe ao Estado descobrir pelas vias corretas sua culpabilidade.

Concluindo, se condenar o réu pela recusa de fazer o teste, deverá ser afastada a condenação com base no art. 386, VI, do CPP, por faltas de provas

¹²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução críticas ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 238.

¹²¹ CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal*. 2.ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 173 -176.

contra o mesmo.¹²² Entendido diferente significaria perseguir a confissão, assim sendo, estari-se-ia, voltando a Inquisição, desrespeitando todas garantias dadas aos pactuantes.

Um exemplo da aplicação do direito ao silêncio ao interrogando, que deve ser usado analogicamente ao “teste do bafômetro”:

Processual Penal. Interrogatório. Direito ao Silêncio. Nulidade. Agressão aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. - Nulo é o processo em que o acusado foi advertido, quando do interrogatório, sobre ônus que seu silêncio poderia implicar. Tal alerta, em que pese ancorado no art. 186 do CPP, agride o direito constitucional do réu de exercer a sua defesa da maneira que melhor entender e inclusive de calar (art. 5º, LXIII, da CF) e, bem como pretende consagrar a presunção de culpa, ao avesso da Constituição, que optou pela presunção de inocência. Outrossim, o atendimento à disposição codificada faz ressuscitar a inquisitória busca (sem limites) da confissão, agredindo o direito a intimidade do cidadão-réu. - unanimidade, decretaram a nulidade do feito a partir do interrogatório do acusado.¹²³

Outra ofensa ao princípio citado, encontrava-se presente na lei de crimes hediondos, nº.8.072/90, em seu art. 2º, e graças a uma política criminal garantista, sobreveio a Lei 11.464/94, a qual revogou o mesmo, pelos motivos expostos nos parágrafos que se seguem.

Preceitua nossa Carta Magna em seu art.5 § 1º o seguinte : “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. O que será que quer dizer tal oração?

Significa que estes (direitos e garantias); terão aplicação independente de qualquer intervenção por parte do legislativo. E mais, os mesmos terão prevalência

¹²² CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal*. 2.ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 177.

¹²³ Apelação Crime Nº 70004922043, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 20/11/2002, DJ 2512 27/12/2002.

contra a lei quando esta for contrária à Constituição, ou quando ela os restringir. Esta lei pode ser superveniente ou pré-constitucional.¹²⁴

Em outras palavras, a aplicabilidade direta dos direitos e garantia, assegura que a lei seja sempre concernente aos direitos fundamentais, ela deve acobertá-los, se mover a favor dos mesmos e não o contrário. E mais, tudo que for a favor deles sobressairá contra qualquer outra norma que diminuir a essência dos mesmos, limitando o seu alcance e conteúdo.¹²⁵

A nossa Constituição Federal em seu art. 5, LXVI, preceitua o princípio da liberdade provisória: ‘Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança’. No mesmo artigo a CF restringiu essa norma em seu inciso XLIII, quando declara inafiançável os crimes hediondos e os a eles equiparados.

Até esse ponto tudo está certo, a própria Constituição está restringindo normas que ela mesma elaborou. Porém, em 1990, com o advento da Lei de Crimes Hediondos, precisamente seu art. 2, passou-se a vedar para aqueles delitos qualquer modalidade de liberdade provisória (com e sem fiança).

Ora, lei ordinária superveniente que restringe direitos e garantias dados ao cidadão pela CF é inconstitucional, devido à aplicabilidade imediata dos mesmos.

Ainda bem que com o advento da Lei 11.464/07, foram recolocados os “pingos nos Is”. Na atual redação, quando um sujeito é acusado de crime hediondo ou assemelhado, ele só não terá direito à fiança. Permanecendo o direito à liberdade provisória sem fiança, nota-se que agora está condizente com a CF. É mister notar

¹²⁴ CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.1163.

¹²⁵ CÂMARA, Luiz Antônio. *“Prisão e liberdade provisória”*: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997, p.36 – 37.

que graças ao direito penal máximo aplicado no Brasil, fora necessários quase dezessete anos para se refletir e mudar tamanha aberração jurídica.

2.7 Princípio da Proporcionalidade

O objeto de estudo é a proporcionalidade na aplicação da pena, nos seus três momentos: no primeiro, cabendo ao legislador cominar a pena abstrata estabelecendo um limite mínimo e máximo de pena; passando para a fase na qual o juiz, em cada caso concreto, determinará o *quantum* da mesma dentro deste patamar (lembrando que este critério não é absoluto, podendo ultrapassar tal demarcação, se incidir causas de aumento ou diminuição de pena, quer gerais, quer especiais), e, finalmente, a análise na fase de execução e tendo ainda lugar uma breve reflexão entre a prisão cautelar e o princípio em comento.

Antes de mais nada, é propício ter a idéia da equivalência entre o dano causado pelo condenado e a *resposta penal*. Sendo que esta última “deve garantir ao condenado o direito a não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.”¹²⁶ Um exemplo dessa *resposta penal* seria o direito de resposta, preconizado no art. 5º, inciso V da nossa Constituição, em que o ofendido responde de forma proporcional à ofensa.

Essa idéia da quantidade da *resposta penal* do Estado frente ao condenado é corroborada por Ferrajoli, para quem o legislador deveria somente estabelecer o máximo dessa resposta, porque levando em conta que a vantagem do delito não deve ultrapassar a desvantagem de uma pena, seria difícil mensurar o custo das

¹²⁶ DOTTI, René Ariel Dotti. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 64.

penas privativas de liberdade.¹²⁷ Por exemplo, para um cidadão que nunca cometeu crimes, e fora condenado por pouco tempo (mínimo legal), essa condenação poderá ter um peso muito maior do que o delito por ele cometido. Percebe-se que o juiz no atual sistema não tem escolha, deverá sentenciar no mínimo um *quantum* predeterminado pelo legislador, o que por vezes fere a proporcionalidade da *resposta penal*. No sistema garantista não há mínimo legal cominado, medida que, como fora já exposto, permite concretizar uma maior equidade entre a vantagem do delito e a desvantagem da pena.

Tal premissa não é utópica, pois no Código Penal Militar em alguns casos já se adota tal critério na aplicação da pena, não havendo mínimo legal, mas somente o máximo, citando-se exemplificativamente o art. 240. “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, até seis anos”; art. 248. “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de quem tem a posse ou detenção: Pena – reclusão, até seis anos”; Art. 259. “Destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer coisa alheia: Pena – detenção, até seis meses.” etc.

Quando se consigna em linhas anteriores que caberia ao legislador traçar somente o máximo da pena, nada mais é do que uma manifestação do que a doutrina moderna coloca como função do dito princípio, qual seja, o controle de constitucionalidade de uma lei.¹²⁸ Através da proporcionalidade o legislador terá limites ao elaborar uma lei, como não ofender direitos fundamentais e tampouco o

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 322.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 427.

conteúdo volitivo da Constituição Federal. Dito princípio é consagrado como princípio geral de direito.¹²⁹

Contrárias à proporcionalidade são as penas de prisão perpétua e pecuniária, pois ambas ferem o princípio igualitário da proporcionalidade. A primeira, pela duração mais longa para os jovens do que para os velhos; a segunda, porque poderá causar dissabores ao condenado, dependendo de sua riqueza.¹³⁰

A pena perpétua é desproporcional pela análise meio-fim. Focando o sub-critério da proporcionalidade - que é a necessidade - o meio há de ser necessário. Este tem que se apresentar, segundo DIMOULIS (2007:p.198), como “o único possível ou menos intenso entre os meios adequados.”

No caso em tela, esta modalidade de pena não é o meio menos intenso, já que o Estado equipara-se ou vai mais além do que o agente, o eliminando para sempre do convívio social através da sentença. De acordo com o discurso oficial proposto pelo Estado, este tipo de pena definitivamente impõe a prevenção especial ao condenado, pois ele nunca mais desrespeitará os preceitos legais. Porém, tal medida será inconstitucional, já que a Constituição não deu amparo a tal arbitrariedade.

Além do que, não possibilitará ao condenado a chance de ressocialização, que tanto o Estado proclama, tornando-se, assim, uma pena desnecessária, pois há outros meios mais suaves em relação aos direitos fundamentais para se chegar a um fim (a coerência do discurso oficial): a prevenção, tanto geral como especial e a ressocialização do condenado.

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 435.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 323.

A pena pecuniária já estaria infringindo outro sub-princípio derivado da proporcionalidade, que é o da adequação. Meio adequado (lei) é o que de acordo com DIMOULIS (2007:p.206) faz a ponte entre “o estado de coisas que será obtido após a entrada em vigor dessa lei e o estado de coisas almejado ou presente quando o propósito puder ser considerado alcançado.”

A Lei Complementar nº 79/1994, alterada pela Lei Complementar nº 119/2005, prevê no art. 5º, V, que as multas decorrentes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pertencerão ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). A medida é inadequada, porque impõe aos próprios presos o ônus de arcar para a melhoria do sistema carcerário, o que não é admitido em um Estado Social.

O correto seria o próprio Estado sustentar qualquer tipo de pessoa, desde pessoas sem teto a presidiários. O estado de coisas verificado depois da entrada em vigor desta lei e o almejado não se concretizou, estando longe de realizar-se, pois o dinheiro não está sendo aplicado nas instituições prisionais, é só ver a precariedade em que se encontram.

O fim perseguido é a melhoria dos presídios. Mas para isto, somente o preso deve arcar? E o Governo? E este fim realizou-se? Salvo a resposta relativa ao Governo, se as demais forem negativas, o meio adotado mostra-se inadequado (porquanto ferida a razoabilidade).¹³¹

O fim jamais será alcançado, pois o Estado não quer ressocializar, mas sim excluir e fiscalizar os detentos (vide capítulo referente à prisão). Caso adotado o direito penal simbólico (discurso oficial), aí sim a medida torna-se adequada, pois

¹³¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.210.

essa lei fomenta a melhoria dos presídios e, conseqüentemente, a ressocialização, mas deve-se retirar o véu do discurso e declarar o propósito real do Estado, através da declaração da inconstitucionalidade da pena pecuniária, pois arranca dinheiro do preso e não é aplicado no seu devido fim.

Ao juiz cabe dentro de um *quantum* máximo aplicar a pena, como já exposto, valendo-se dos seguintes critérios: grau do injusto e culpabilidade do agente.

Nenhum delito é igual ao outro para o juiz, porque a variedade de hipóteses fáticas é enorme. E se dois delitos pertencerem ao mesmo tipo legal, ainda assim, serão diferentes. O magistrado deverá verificar o art. 59 do Código Penal e valorando estas premissas mediante um critério racional e eqüitativo, o qual está entrelaçado com a proporcionalidade, deverá fixar a pena, fazendo como acentua FERRAJOLI (2002:p.324) a “graduação eqüitativa da medida da pena para cada caso singular”.

Por último, observa-se a execução, onde poderá ser vista a proporcionalidade, quando o condenado cumpre com os seus afazeres e por isto recebe uma gratificação por parte do Estado, proporcional ao cumprimento das regras estabelecidas pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11-07-1984). A recompensa poderá se dar através de benefício, como a progressão de regime (art. 112); se acontecer o contrário (reforma *in pejus*), ocorrerá a regressão de regime (art. 118), revogação de saída temporária (art.125), a perda de remição (art.127) etc. Para que ocorram tais perdas de benefícios, é mister que o condenado tenha cometido *falta grave*.

Nota-se na execução um rompimento com o garantismo penal, quando o Estado adentra na psique do condenado. É o que se pode perceber nos casos de concessão do livramento condicional, em que para receber o benefício, o juiz deverá

ter a convicção que o agente não voltará a delinquir (art. 83, parágrafo único do Código Penal).

Vê-se o antigarantismo também na fase de classificação dos presos, porquanto este procedimento utiliza critérios personalíssimos, tais como antecedentes e a personalidade do condenado, observando o art. 5º da respectiva lei.

O despotismo não está presente em nenhuma democracia, mas é notado na fase executória da pena, dando poderes extremos ao magistrado. No caso das provas (art. 196, §§ 1º e 2º da Lei de Execução Penal, nº 7.210/84), caso o juiz entenda desnecessária a sua produção, “tudo bem”, decide-se de plano. Como se não bastasse, só requisitará peritos caso ache oportuno. Tanto poder ao juiz de gerenciar as provas fere o contraditório e reduz o condenado a uma situação passiva, sem quase nada poder fazer para se defender.

Esta fase alheia ao processo penal fere o princípio basilar do garantismo, pois quando se trata da análise da personalidade do réu, é dispensável a figura do advogado. Sem falar que a execução não dá direito aos encarcerados de serem diferentes uns dos outros, acabam virando robôs, ao deverem seguir as regras por mais avessas que sejam, para que assim, lhe sejam dadas certas recompensas.

O caráter perverso de uma regra carcerária tem lugar, quando gratifica a falta de solidariedade dos presos, premiando aquele que delata o seu companheiro. No mundo além muros, a solidariedade é incentivada em todos os países, sendo uma virtude de quem as pratica; no mundo carcerário, não. Lá, quem preza o solidarismo, é visto pelo Estado como um traidor.¹³²

¹³² CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 193.

A fase da execução da pena não respeita a secularização, nem o contraditório, restando assim uma conclusão: a execução é a forma mascarada e ressuscitada dos períodos inquisitórios, os quais se achava que não mais viriam à tona.

Na seara processual penal é interessante observar a aplicabilidade de tal princípio da proporcionalidade a prisão cautelar.

Se ainda a política criminal não conseguiu abolir este instituto processual pelo fundamento da afronta à presunção de inocência, o que resta é praticá-lo somente em casos de extrema necessidade, aplicando assim um direito penal mínimo, baseado na proporcionalidade.

O juiz ao aplicar tal medida deve sempre “colocar na balança” os valores (gravidade do ato processual e a finalidade do mesmo), A gravidade reside na estigmatização do acusado, enquanto a finalidade estará justificada se for preenchido os requisitos do *fumus commissi delicti* (prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria) e o *periculum libertatis* (o perigo de o imputado em liberdade: fugir ou destruir provas).¹³³

Somente quando preenchidos estes requisitos, tal medida não se transformará em uma pena antecipada, afrontosa da presunção de inocência.¹³⁴

Um exemplo de incidência da proporcionalidade na execução penal:

Agravo em execução penal. Não se regrido regime carcerário quando o novo crime é insignificante, pena de agressão ao *princípio da proporcionalidade*. Inteligência do art. 118,

¹³³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução críticas ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 195 – 196 e 206.

¹³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução críticas ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.206.

I, da Lei das Execuções Penais. Agravo provido para restabelecimento de regime semi-aberto.¹³⁵

2.8 Princípio da Culpabilidade

Três são os requisitos para a culpabilidade no sistema garantista: o nexo causal entre a determinação do agente, a ação e o resultado; imputabilidade, consistente na capacidade do réu de entender e querer; e intencionalidade, aqui sendo determinante se o agente tinha a intenção somente na conduta previsível, ou na conduta e no resultado,¹³⁶ o que permite identificar a intenção do réu e conseqüentemente a resposta penal, diante da culpa ou do dolo.

É necessário entender como se retirará a culpabilidade do agente, conforme os três requisitos que poderão formar a culpa, “lato sensu”.

Diante do primeiro requisito, poderá visualizar-se uma excludente de culpabilidade na ocorrência de caso fortuito, pois este retira o nexo causal entre a ação e o resultado. Quanto ao segundo requisito, é preciso entender a capacidade de discernimento (querer e entender) do réu diante de um caso em concreto, é preciso olhar o grau de autodeterminação do mesmo; em outras palavras, o seu livre-arbítrio. O agente deverá ser dono dele, mas deverá observar se “as circunstâncias em que agiu não lhe reduziram o âmbito de autodeterminação além de um limite mínimo”.¹³⁷

¹³⁵ Recurso de Agravo Nº 298007113, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 17/06/1998, s.d.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 392.

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 582.

Dentro dessa autodeterminação saber-se-á a real possibilidade do réu em realizar uma conduta diversa da que cometeu, conforme conclui Ferrajoli:

Ao contrário, para os que afirmam o livre arbítrio, em todos os casos nos quais não é detectável um constrangimento externo e independente que tenha alterado ou, pelo menos, condicionado a capacidade psíquica ou vontade do autor de um delito, este "poderia ter atuado de forma diferente", bastando que assim desejasse.¹³⁸

Sem o querer e o entender, o agente será inimputável, como nos casos de enfermidade mental e menoridade, e no último caso (ausência de intencionalidade) se amoldará o constrangimento físico/psíquico (coação moral irresistível) e o estado de proibição, hipótese esta em que o agente, por erro, desconhece as normas do ordenamento jurídico ou, em outras palavras, tem perfeita noção da realidade fática, porém não possui consciência da ilicitude de sua conduta, agindo sem dolo.

Há duas modalidades de culpabilidade, uma denominada de ato e a outra de autor. A primeira consiste na reprovação pelo que o agente faz, enquanto a segunda castiga a pessoa pelo o que ela é, ou seja, pela sua personalidade.¹³⁹

O sistema garantista defende a culpabilidade de ato, pois como já analisado nesta obra, o Estado não poderá condenar alguém pelo o que é ou pelo modo como vive, é o que preceitua o princípio da secularização dantes exposto. A culpabilidade de autor fere a autonomia do indivíduo perante uma sociedade, sua liberdade é cerceada, pois não se admite outra conduta de vida a não ser aquela proposta pelo Estado.

Seria um *non sense* admitir a modalidade de autor em uma sociedade democrática, além do que, reprimindo a conduta de vida do cidadão, acabaria por

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 394.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 578.

infringir outro princípio, o da reserva legal. Explicando melhor, um cidadão freqüentador de prostíbulos, possuindo maus hábitos, por adentrar em tais estabelecimentos, comete um homicídio. Até o resultado morte, o agente praticou condutas imorais, porém atípicas. Considerando a culpabilidade pela conduta de vida do agente, estaríamos condenando o cidadão não somente pelo homicídio, mas também, por freqüentar casas de prostituição. Logo, o direito penal sofreria uma aberração por transformar condutas atípicas em típicas, o que evidencia o rompimento com a legalidade.¹⁴⁰

Infelizmente, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta resquícios da época ditatorial, conhecida por agredir direitos fundamentais de um cidadão. Pode-se perceber a culpabilidade de autor na Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41), onde reprime a vadiagem (art. 59), a mendicância (art. 60), a embriaguez (art. 62) e no Código Penal, art. 59, referente à fixação da pena-base, onde o legislador enumera circunstâncias de cunho exclusivamente pessoal, como personalidade, antecedentes e conduta social.

Um exemplo de julgado recente, nos moldes garantistas:

Favorecimento à prostituição e casa de prostituição. absolvições mantidas. Como afirmou a Magistrada, analisando a prova apurada no processo, para absolver os recorrentes pela prática dos crimes de favorecimento à prostituição e manter casa de prostituição, "Ocorre que não há provas consistentes nos autos que permitam a condenação dos demandados, uma vez que as vítimas não foram ouvidas em juízo, e as testemunhas inquiridas durante a fase judicial nada souberam informar sobre as adolescentes... Impossível concluir-se pela prática do delito, portanto, apenas com base em depoimentos colhidos durante o inquérito, peça meramente informativa, onde a ausência de ampla defesa - por se tratar de fase inquisitória - impede que sirvam, por si só, de base à condenação... No entanto, embora a manutenção de casa de prostituição ou local destinado a encontros para fins libidinosos configure, em tese, fato típico e antijurídico, descrito no art. 229 do CP, entendo que deve ser afastada a culpabilidade dos agentes, por erro de proibição, nos termos do art. 21 do CP... Além disso, forte corrente jurisprudencial vem entendendo que o tipo penal descrito no art. 229 do CP está sofrendo um verdadeiro processo de despenalização, em decorrência da institucionalização da prostituição

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 579.

no tecido social... Desse modo, a absolvição dos denunciados quanto ao delito descrito no art. 229 do CP, reconhecida a ausência de culpabilidade por ausência de potencial consciência da ilicitude, é medida que se impõe. ç Decisão.¹⁴¹

¹⁴¹ Apelação Crime Nº 70015569288, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 23/01/2008, DJ - 02/05/2008.

3 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA

Este capítulo aborda algumas reflexões sobre a aplicação do garantismo no critério trifásico de dosimetria da pena.

3.1 Artigo 59 do Código Penal

Referido dispositivo enumera oito circunstâncias a serem analisadas pelo juiz por ocasião da prolação de uma sentença condenatória (em sua parte dispositiva) para, dentre outros efeitos, fixar a pena-base.

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

3.1.1 Antecedentes Criminais

Os antecedentes são tudo aquilo pertencente ao passado do acusado ou condenado. Detém caráter perpétuo e por isso é duramente criticado pela teoria garantista.

São características marcantes dos antecedentes o subjetivismo, a negatividade e a perpetuidade. O primeiro se explica, porque o juiz entre tantos fatos pretéritos cometidos pelo agente, escolhe quais deverão ser valorados na hora da definição da pena e quase sempre só visualiza condutas passadas de

características marginais, derivando desta concepção a negatividade. Por último, os antecedentes não possuem um limite temporal: se você possui um antecedente criminal, ele o acompanhará por toda sua vida, ficando nítido aí o seu caráter perpétuo.¹⁴²

Para os antigarantistas valem como antecedentes criminais inquiridos instaurados e processos em andamento, além de sustentarem que a circunstância judicial comentada destina-se a medir o grau de afinidade do acusado com a prática delituosa (até doutrinadores hoje garantistas já pensaram assim).¹⁴³ Pode-se perceber a não-observância do princípio da presunção de inocência, quando o sistema admite como antecedente desabonador conduta cuja culpabilidade não restou definitivamente demonstrada em juízo; além do mais, demonstra a determinação de o Estado querer condenar alguém sem nenhuma comprovação, pois sabemos que prova – tecnicamente falando - é apenas aquela advinda do contraditório. Logo, considerar a simples tramitação de inquirito como antecedente negativo é uma nítida demonstração de um Estado totalitário.

Outro absurdo é admitir essa finalidade para a qual teria sido criado o art. 59 do Código Penal, pois não se pode medir o grau de relação do agente com o delito pelos seus antecedentes, maus ou bons, já que o Estado não deve intervir na psique do réu. Se admitida essa possibilidade, poderá ocorrer hipótese em que não há prova alguma sobre a infração cometida pelo acusado, somente meros indícios, mas o juiz, vendo sua “ficha criminal” pelos moldes totalitários, o condenará pela vasta folha de antecedentes, havendo nessa situação clara afronta ao princípio da

¹⁴² BISSOLI Filho, Francisco. Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Cultura Jurídica, 1998 *apud* CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 50.

¹⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*. vol. I. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 516.

secularização e mais, estará se admitindo um *direito de periculosidade* no qual o Estado condena o sujeito pela suposição de achar que o mesmo tem a inclinação para o delito, conforme já anteriormente explanado na abordagem do princípio da secularização, advertência muito bem colocada por BRUM (1980, p.72):

Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes [...].

E mais, quando uma pessoa é condenada por sua folha de antecedentes, ou seja, pela “inclinação que esta tem para o delito”, resta claro a manifestação de um direito penal do inimigo, onde o Estado sem fundamento alega que o sujeito é um ente perigoso ou marginal e que, portanto, deve permanecer enjaulado, para evitar o cometimentos de delitos futuros, logo mero mecanismo de contenção de uma pessoa.¹⁴⁴

Pois privar alguém de sua liberdade e prever que a pessoa cometerá crimes futuros só porque cometeu delitos anteriores, é uma barbaridade que o Estado faz, só para fundamentar seu discurso vazio do medo, em outras palavras, tenta colocar essas pessoas que não são marginais e sim estão à margem da sociedade, como pessoas perigosas que devem ficar detidas, para que assim se estabeleça a segurança.

Ao invés de trazer segurança, o Estado gera a insegurança, pois baseado nesse discurso, a única pessoa não perigosa seria o réu primário. Quem cometeu um furto de um pote de margarina no supermercado ou quem fora pego em uma roda fumando um “baseado” também seria um ente nocivo à sociedade.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 18.

Claro que esta idéia é dirigida para as classes baixas. Quando um policial chega em uma “roda de fumo” de classe média-alta, o máximo que faz é pedir um suborno e, no mais das vezes, dá um tapinha nas costas de alguém e fala para ninguém fazer mais isso, e apreende a droga.

A defesa desse discurso é intolerável e condiz com um Estado de Polícia totalmente avesso ao pacto social e às garantias processuais titularizadas por qualquer cidadão, como a presunção de inocência (que vigora até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória) e a secularização.

Ninguém pode ser condenado por sua folha de antecedentes, pois em outras palavras estar-se-ia dizendo: “-Olha, mesmo não tendo nenhuma prova, o senhor é culpado, porque tem a tendência a praticar delitos, devido a sua rica folha de antecedentes” (mera presunção de culpabilidade e clara fusão entre direito e moral, afrontando o princípio da secularização).

Felizmente, há reformas no ordenamento jurídico e estas, mesmo que sejam tardias, são eficazes, pois a partir da sua vigência não será mais possível aberrações na doutrina jurídica e na prática judiciária, nem validação de normas já ultrapassadas. A manutenção benéfica do ordenamento jurídico está prescrita no art. 61 do Projeto de Reforma do Código Penal: “A existência de investigação, instrução preliminar ou ação penal em andamento não será considerada como maus antecedentes.”¹⁴⁵

Convém aqui analisar a perpetuidade dos antecedentes criminais, característica que fere princípio basilar garantista (o da secularização), pois não dá liberdade ao cidadão que fora condenado e depois solto de ser o que desejar. O seu “ser” fica estigmatizado, porque o cidadão que é solto após cumprir sua pena,

¹⁴⁵ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 50.

continua taxado de marginal pela sociedade, devido a sua eterna folha de antecedentes. Desta forma, ele não pode ser o que quer. É marginal e pronto! O Estado assim quis. Devido a essa rotulação atribuída pela sociedade por culpa do Estado, o ex-detento não consegue emprego para seu sustento, porquanto a maioria das empresas exige “ficha limpa na polícia”.

Assim sendo, não resta nada ao pobre condenado (duas vezes: pelo que fez e pelo o que é), a não ser cometer outro delito. Quando é percebida essa realidade, pode-se concluir que a eternidade dos antecedentes se tornou uma pena cruel, agressora mesma do princípio da humanidade.

Para esta crueldade acabar, adota-se um remédio permitido pelo nosso ordenamento jurídico, qual seja, a analogia *in bonam partem*, aplicando-se aos efeitos dos antecedentes a limitação temporal prevista expressamente para a reincidência (cinco anos, nos termos do art. 64, I, do Código Penal)¹⁴⁶, alternativa já brilhantemente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgado:

Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 64, I do CP determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia moderna. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. *A conclusão é válida também para afastar os antecedentes.* Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada.¹⁴⁷

¹⁴⁶ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 52.

¹⁴⁷ RHC nº 2.227-2 MG, 6ª Turma STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 29/03/93, p. 5.268.

3.1.2 Personalidade

Esta será analisada pelo magistrado de acordo com o art. 59 do Código Penal como um dos critérios para a fixação da pena-base. O legislador exige do juiz uma qualificação de que ele não é possuidor, vez que o magistrado não tem cursos de antropologia nem de psicologia, para saber o que seja personalidade. Por isso, na maioria das sentenças o julgador utiliza termos nada técnicos (e desprovidos de qualquer significação concreta) como: “personalidade má” ou “boa”, ou “voltada para a prática de crimes”.¹⁴⁸

Nesse mesmo raciocínio se apresenta Rogério Greco, alegando que o magistrado não tem capacidade técnica para averiguar o que seja personalidade, pois é incapaz de averiguar a vida toda do acusado, principalmente em sua infância, onde a personalidade começa a ser formada. Este defende a idéia que somente os profissionais da saúde possam lidar com o assunto e mesmo assim talvez nem consigam “decifrar” essa circunstância judicial.¹⁴⁹

A palavra personalidade tem inúmeras conceituações, visto os inúmeros livros sobre o tema, dependendo o conceito adotado da escolha da respectiva Escola. Assim, quando um juiz sentenciar, deveria indicar primeiramente qual conceito de personalidade ele adotou e quais foram os critérios para essa escolha, pois sabemos que toda decisão deverá ser fundamentada (Constituição Federal, art. 93, IX); não o sendo, prejudica o exercício do direito recursal, fere a ampla defesa, porque o prejudicado vai combater o quê? Uma sentença vazia, sem fundamentos? E mais, gerará ainda a nulidade da sentença, pela falta de motivação.

¹⁴⁸ BOSCHI, José Antonio Pagnella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 207.

¹⁴⁹ GRECO, Rogério; *Curso de Direito Penal*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 604.

Em suma, o juiz não poderá tirar uma convicção negativa da personalidade do agente sem a demonstração de onde retirou o conceito que a ela deu ensejo.¹⁵⁰

Ainda há de ressaltar que na psiquiatria fazem-se testes e mais testes, para apurar a personalidade do cidadão; além destes testes há uma entrevista denominada *entrevista psiquiátrica*, onde se colhe do paciente a sua história psiquiátrica e realizam-se entrevistas com familiares, sem falar de outros inúmeros mecanismos voltados para o estudo da personalidade de um indivíduo, sendo que cada metodologia dependerá do conceito adotado pelo psiquiatra.¹⁵¹

Nota-se que não há qualquer possibilidade de o magistrado analisar a personalidade, pois desconhece métodos; não fundamenta as decisões, sendo arbitrário nesse caso e, conseqüentemente, responsável direto pela diminuição do âmbito de defesa do prejudicado, a quem resta argüir a nulidade da sentença por falta de fundamentação válida.

Digamos que o Estado desse ao magistrado plenas condições de averiguar a personalidade de um cidadão, dando-lhe conhecimentos na área da psicologia e antropologia, além de oportunizar-lhe proceder a inúmeros testes, entrevistas, para se chegar à verdade sobre a personalidade. Diante desta hipotética situação, pergunta-se: estaria agora o magistrado autorizado a extrair conclusões sobre a personalidade do condenado? A resposta negativa se impõe, sob pena de permitir a análise do cidadão pelo seu “ser”, o que claramente violaria o princípio basilar garantista, o da secularização.

Nesse sentido a jurisprudência já se apresentou:

¹⁵⁰ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 56.

¹⁵¹ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 57.

Pena. Dosimetria. Circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social. Impossibilidade de agravar a punição. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. *A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime*. E excepcionalmente minorando-a face à boa conduta e/ou à boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Se é assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se a sua conduta (*lato senso*) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais), elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, prejudicando-o.¹⁵²

O assunto merece ainda outras reflexões. Pelo papel dos antecedentes no direito penal atual, pode-se constatar que o Estado detem poderes para que o condenado mude sua essência, em outras palavras, seu “ser”, pois os antecedentes possuem uma função muito clara hoje em dia, qual seja, a de intimidar um indivíduo a cometer um delito. Desta forma o Estado anula o direito de todos os cidadãos de não serem iguais. Ademais, quando o Estado extrai alguma característica negativa da personalidade de um sentenciado, em vez de aumentar a pena-base, deveria prestar assistência ao mesmo, para que este possa viver harmonicamente em uma sociedade.¹⁵³

Sabe-se que o “doente mental”, segundo o art. 26 do Código Penal é inimputável, em outras palavras, não sofrerá nenhuma pena. E que no parágrafo único do mesmo artigo preceitua que aquele que tenha perturbação de saúde mental e que em virtude dela não possa entender o caráter ilícito do fato por completo ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

¹⁵² Apelação – crime nº 70000907659, 6ª Câmara Criminal TJRS, rel. Dês. Sylvio Baptista, julgado em 15/06/2000, s.d.

¹⁵³ BOSCHI, José Antonio Pagnella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 211.

E o sujeito que possua má personalidade ou detenha *transtorno de personalidade* terá um acréscimo em sua pena na primeira fase do critério trifásico da mesma!

Partindo do pressuposto de que o Estado é legítimo para versar sobre a personalidade do agente, pergunta-se: por que o legislador adotou para casos semelhantes respostas penais diferentes, se em ambas as hipóteses o agente terá afetada a sua compreensão sobre os fatos, para entender que deveria ter agido de modo diverso?¹⁵⁴ É uma das várias questões legais a serem repensadas.

3.1.3 Conduta Social

Está elencado no art. 59 do Código Penal, que a conduta social refletirá na fixação da pena base do condenado.

A secularização já foi falada em capítulo anterior. A partir deste princípio: sabe-se que o Estado não deve interferir na psique do condenado ou acusado, enfim nas pessoas de uma maneira em geral.

Resta claro, desta forma, que esse critério para fixação da pena base é inconstitucional, pois o Estado não pode punir alguém pelo o que ele é: mau ou bom marido, mau ou bom aluno, mau ou bom profissional, se é vadio ou se é mendigo, pois fere a secularização, além do que, a vadiagem e a mendicância já são punidas pela Lei das Contravenções Decreto-lei nº(3.688/41), nos artigos 60 e 59, respectivamente, ferindo também o *non bis idem*, já que a pessoa é condenada duas vezes pelo que é.

¹⁵⁴ BOSCHI, José Antonio Pagnella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 211 – 212.

Os artigos ora em comento, da Lei de Contravenções penais são uma demonstração da culpabilidade de autor, indo ao encontro de uma política de um Estado de Polícia, que utiliza a democracia como pano de fundo para uma “limpeza” social.

A conferir: no dia 23 de março de 2007, a Gazeta do Povo publicou em seu sítio a notícia de que a prefeitura de Apucarana/PR expulsou em um ano quase 60 pessoas, por serem mendigos. Quem capturava os mendigos era os policiais e os assistentes sociais. Todos foram fichados, mesmos os que não tinham antecedentes criminais. As pessoas que não tinham parentes na cidade, foram mandadas embora. Uma assistente social ainda ameaçou, que quem fosse pego mais uma vez, seria preso por vadiagem e ainda salientou que essa era uma medida, mais enérgica. E o até então prefeito, Valter Pegorer (PMDB), salientou, que esta ação é uma prevenção ao bem estar, da população.¹⁵⁵

Sobre o caso há ainda outra reportagem publicada, na data de 27 de setembro de 2006 no mesmo sítio, onde o padre Adelir fez a denúncia desses abusos, além de entregar para o Ministério Público vídeos que comprovam a limpeza social e os maus tratos a que eram submetidas aquelas pessoas levadas à força para Curitiba, Piraquara, Morretes, São José dos Pinhais e Registro, cidade paulista na divisa com o Paraná. Um dos mendigos alega, que ficou nu, e que fora agredido, os agressores revestiram o material da agressão com borracha, para não aparecer os hematomas. O agredido, com medo de represálias, chegando na Santa Casa,

¹⁵⁵ PREFEITURA de Apucarana "expulsa" mendigos. *Gazeta do Povo On line*, Curitiba, PR, 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/parana/conteudo.phtml?id=646954>> Acesso em: 18 fev. 2008.

disse que tinha sofrido um acidente. O padre afirma que tratam essas pessoas assim porque sujam a cidade.¹⁵⁶

O Estado, em vez de colocar funcionários públicos, para capturar os mendigos e expulsá-los da cidade, deveria dar-lhes assistência social, colocando-os em programas sociais. Por que a lei só se preocupa com as crianças nos faróis?

Deveria haver à disposição dessas pessoas hospedagem e alimentação, a um real. Alguma política de preocupação social. Agora, o Estado adotando essa política sanitária de limpeza social, é a expressão de um Estado de Polícia, em que ele assume a sua ineficiência em sustentar uma pessoa à margem da sociedade.

O mendigo é sempre ligado à sujeira e tido como sujeito perigoso, mas há que se observar que são homens comuns e que ser mendigo é “o resultado e não a causa de seu modo de vida.”¹⁵⁷

Quando se afirma que a democracia é usada como fundo, para a limpeza social, é porque mendigos fazem sujeira, claro que fazem, dormem ao relento, tomam banho em chafarizes, e o Estado em vez de tentar solucionar um problema social com uma política também social, não, prefere utilizar-se da violência. Se o morador de rua está passando frio na rua e decide tomar uma pinga para “esquentar a alma”, o Sistema não o acolhe e o tira da rua, dá-lhe pancadas e o coloca como delinqüente, sendo tipificado no art. 62 da lei em comento (embriaguez).

Utiliza-se a democracia, pois o político sabe que pessoas de classe mais abastada não gostam de andar numa rua suja, com fezes ou andar junto aos moradores de rua, e o que faz? Adota-se a política da limpeza (exclusão), alegando

¹⁵⁶ KÖNIG, Mauri. Relatórios comprovam expulsão de mendigos em Paranaguá. *Gazeta do Povo Online*, Curitiba, PR, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/imprensa/parana/conteudo.phtml?tl=1&id=601796&tit=Relatorios-comprovam-expulsao-de-mendigos-em-Paranagua>> Acesso em: 18 fev. 2008.

¹⁵⁷ ORWELL, George. *Na pior em Paris e Londres*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.233.

que a população quer isso, e como ele é representante do povo, cabe a ele tomar tal medida.

O Estado com sua ótica moralista (para ser repressor, é mais fácil ser tradicional), não enxerga que o mendigo, para sair da fome, usa-se da cola; para se esquentar, utiliza-se da bebida; também não vê que ele é uma pessoa e que merece ser tratado como tal, pois se fossem pessoas violentas, não teriam reagido de forma pacífica à expulsão da cidade onde estavam.

Se a mendicância desse lucro, não iria ser punida, pois os crimes de colarinho branco, não o são, única coisa que se tem, são indícios através de CPI's e nada mais.

No fundo, a moralidade que defende o trabalho como sendo algo digno, mas que na verdade serve para disciplinar, vê o morador de rua como um rebelde, pois não tem moradia. Assim o repressor só pode ter controle sobre ele (identificação), se o encaixar numa figura típica.

Tal segmento não tem padrão, logo, não está sujeito a horários, ou seja nenhuma forma de alguém discipliná-los, o que deve dar ao Estado uma intranquilidade, vez que não pode controlá-los, nem identificá-los, senão pela tipificação legal, como pode ser visto no capítulo referente à prisão, por isto da dificuldade da transição de um Estado de Polícia para um Estado de Direito (social).

Sobre o morador de rua, importante lição do escritor George Orwell:

Um mendigo trabalha ficando ao relento em qualquer tempo, ganhando varizes, bronquite crônica etc. É um ofício como outro qualquer, bastante inútil, é verdade – mas muitos ofícios respeitáveis também são inúteis, E como tipo social, o mendigo se sai bem na comparação, com muitos outros. Ele é honesto, se comparado com os vendedores da maioria dos medicamentos patenteados[...] Raramente extrai mais da comunidade do que uma vida indigente, e paga por isso com um sofrimento incessante, o que poderia justificá-lo, de acordo com nossos padrões éticos. [...] Não vendeu sua honra- não mais do que a maioria das

pessoas modernas. Ele apenas cometeu o erro de escolher um negócio no qual é impossível enriquecer.¹⁵⁸

3.2 Artigo 61, I, do Código Penal – A reincidência como circunstância agravante

Pelo art. 63 do Código Penal brasileiro a reincidência ocorre, quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença, que no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Não será reincidente aquele que detiver uma sentença condenatória definitiva por uma contravenção e vier a praticar crime, devido à interpretação literal do art. 63 do Código Penal, o qual exige *crime* no fato antecedente e *crime* no fato conseqüente.

O lapso temporal durante o qual persistem os efeitos da reincidência é de cinco anos, contados da data do cumprimento da pena (ou da declaração de sua extinção) e a nova infração cometida (CP, art. 64, I).

Para quem é reincidente, só há malefícios, tais como: o agravamento da pena privativa de liberdade (art. 61, I do Código Penal), determinante no regime de cumprimento de pena mais severo (art. 33); prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67); impede a prestação de fiança, caso a reincidência recaia sobre crime doloso (art. 323, III, do Código de Processo Penal); impossibilita a suspensão condicional do processo (art. 89, lei nº 9.099/95) etc.

A reincidência é análoga aos antecedentes, guardando, assim, sua natureza de culpabilidade de autor. Tal fato pode ser constatado, quando se volta os olhos para o histórico do instituto, mais precisamente o art. 78 da revogada Parte Geral do

¹⁵⁸ ORWELL, George. *Na pior em Paris e Londres*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.200 e 201.

Código Penal, o qual presumia a periculosidade do agente por ser reincidente em crimes dolosos.¹⁵⁹

A culpabilidade de autor é repugnada pela teoria garantista, porque tal presunção invade a esfera do “ser” do agente, restando incompatível com a secularização, pois o agente tem que pagar pelo que fez, não pelo que é, posição já explanada em várias passagens deste trabalho.

É errônea a reincidência preconizar uma culpabilidade de autor, pois quem garante que a probabilidade de um homicida praticar um delito de estelionato, será maior do que daquele que nunca cometeu nenhum tipo de delito? Há ainda outra razão: é sabido que, quando o agente comete um crime e é ao final condenado, há de ser intimado da sentença, para que esta possa posteriormente transitar em julgado; se tal intimação ocorrer antes da prática de novo delito pelo agente, será ele reincidente. Mas digamos que em virtude de qualquer razão burocrática, o réu seja intimado daquela sentença condenatória apenas dias após ter cometido um novo delito, ele não será reincidente. Logo, flagrante a falha do ordenamento jurídico, pois onde há a certeza que uma pessoa cometerá um novo delito se for intimada da sentença condenatória antes ou depois daquele evento?¹⁶⁰

Para os garantistas, a reincidência fere o princípio do *ne bis in idem*, pois a agravante não aumenta a pena do segundo delito, mas na realidade pune novamente o cidadão por aquele delito anterior, pelo qual já fora condenado com sentença transitada em julgado. Portanto, além de infringir o princípio já exposto, fere também a coisa julgada, já que a reincidência, quando lança efeitos em um

¹⁵⁹ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.64.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 793.

novo julgamento, estará na verdade alterando a situação anterior, que já fora definitivamente resolvida.¹⁶¹

Explicitando melhor: ocorrendo um delito, há um processo e conseqüentemente, ao final, a coisa julgada, produtora de determinados efeitos, que são as conseqüências jurídicas. Ora, se um agente é condenado, a coisa julgada fará incidir seus efeitos no tocante a este delito pelo qual fora então o réu condenado.

Entretanto, quando há a reincidência, essa coisa julgada fica abalada, pois as conseqüências jurídicas deveriam repercutir só naquele respectivo delito sobre o qual se operara a coisa julgada; mas não, a sentença transitada em julgado acaba transmitindo seus efeitos a delitos posteriores, desconhecidos no momento temporal em que ela fora prolatada.

Nesse mesmo diapasão:

[...] Reincidência. Desvalor de agravamento. Afasta-se o agravamento da punição pela reincidência, pois, além do *bis in idem*, incluí-la como causa de agravação de pena, não leva em conta que o delinqüente reincidente nem sempre é mais perverso, mais culpável, mais perigoso, em confronto com o acusado primário. Depois, não pode o próprio Estado, um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador, exigir que se exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, desprezou a formal advertência expressa nessa condenação e, assim, revelou uma culpabilidade mais intensa.¹⁶²

Furto. Palavra da vítima e prisão imediata do agente na posse da coisa autoriza condenação. Agravante da reincidência constitui *bis in idem* e recupera o superado direito penal do autor. Conduta Social não pode vir contra o cidadão. Invasão ao princípio da intimidade. À unanimidade deram parcial provimento ao apelo.¹⁶³

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 795.

¹⁶² Apelação Crime nº 70001014810, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, julgado em 08/06/2000, s.d.

¹⁶³ Apelação Crime nº 70014498885, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 26/04/2006, DJ 3380, 27/06/2006.

4 PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO

No sistema capitalista de hoje, é fácil perceber que quem vai realmente preso, ou seja, aquele que sofre com o cárcere é o não-consumidor, o pobre, o negro, o desempregado etc; enfim, todos aqueles esquecidos pela sociedade, pois é mais barato para o Estado prender, do que fazer uma política de reintegração social. Estão rotulados pela comunidade, tanto que nunca se prendeu e torturou tantos negros e pobres, como hoje em dia.¹⁶⁴

É errônea a idéia de que a repressão em sua forma totalitária diminuirá os problemas sociais existentes nos dias atuais. Além do mais, o Estado utiliza-se de remédios repressores, os quais diminuem os direitos fundamentais do cidadão, para tentar resolver o problema que ele mesmo foi incapaz de solucionar. Exemplo desta falha política repressora é a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), que prega o aumento das penas nos crimes nela capitulados e torna mais severo o seu regime de cumprimento. A política da “tolerância zero” adotada para os tipos penais elencados na lei de crimes hediondos nada adiantou para a diminuição de delitos como tráfico de entorpecentes, latrocínio, estupro etc; tanto é verdade, que a incidência do delito “tráfico” cresce de forma assombrosa, porque o papel da norma como prevenção do crime é mínima ou inexistente,¹⁶⁵ o que realmente diminui a violência (delito) é a certeza das punições, conjugada com políticas sociais como: emprego, educação, saúde e lazer.

¹⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 12 – 13.

¹⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 17.

Pode-se notar pelas estatísticas, que a lei hedionda em nada diminuiu a incidência do crime de tráfico. Por exemplo, no Rio de Janeiro, houve em 1991 394 registros e em 1999 (último registro disponível) aumentou para 2.906.¹⁶⁶

Este tipo penal é o fundamento de polícias exterminadoras de pessoas como o Bope Segundo estas polícias 'especiais', o traficante é o mal da sociedade, em outras letras: inimigo, justificando, por isso, arrombamento das casas de moradores das favelas até a morte de crianças e de pessoas inocentes.

É o caso de se perguntar: por que quando um traficante de "ecstasy" é pego, não acontece o mesmo? Porque geralmente pertence à classe média, é tratado como um mal menor na sociedade ou um doente, caso "João Estrella", pura hipocrisia.

Resta claro que esta política e polícia que mata todo mundo, só gera mais violência, pois esta não se combate com a mesma. Caso análogo ao da falta de comida, cuja problemática se resolve com mais comida. A solução seria o contrário disso, integrar o policial à sociedade e não fazer dele um inimigo das pessoas (pela atual política), as quais preferem os traficantes que lhes dão proteção, ao policial que também é morador, mas parece um ser estranho ao meio, pois mata seus semelhantes merecendo, assim, sua repulsa.

Aplicando a aproximação da polícia com a sociedade, tornando os policiais parte integrante da mesma, junto com ações sociais, combate à corrupção e a certeza das punições, as investigações seriam mais fáceis e menos repressivas.

O legislador (político) opta pelo mais fácil, que é aumentar as penas em abstrato, já que não terá tempo em seu mandato para completar o ciclo de uma

¹⁶⁶ LEMGRUBER, Julia. *Uma lei hedionda*. O Globo, Rio de Janeiro, 26 de ago. 2004. Disponível em: http://www.ucamcesec.com.br/md_art_texto.php?cod_proj=45. Acesso em 13 nov. 2007.

política social ou simplesmente não quer adotar a dita política.¹⁶⁷ O fácil neste caso: é o mais barato, o menos custoso, que é a lei penal, que pelo ponto de vista político é o melhor remédio, já que programas televisivos de massa como Ratinho ou Cidade Alerta defendem a reforma dos Códigos Penal e Processual Penal, mas a reforma defendida pelos interlocutores consiste sempre em majorar o *quantum* da pena ou até a inserção da pena capital.

Na maioria das vezes o interlocutor desvia de quem realmente é a culpa: fome, má distribuição de rendas, educação, corrupção, impunidade dos crimes de colarinho branco, a estigmatização de uma pessoa, intolerância policial etc. E ainda manipulam as vítimas, as quais passam a se comportar como criminalistas, dando palpites que são pano de fundo para a vingança.¹⁶⁸

Ora, se a televisão diz isso e a população concorda, mais vantajoso para o político é fazer aquilo que o povo “ignorante” quer: penas mais severas para criar a falsa sensação de segurança.

Zaffaroni (2001: p.29) critica duramente os políticos que optam pela solução mais fácil: “nossos políticos acham que somos bobos. Que vamos acreditar que, porque eles descrevem, num tipo penal, um problema social vai ficar resolvido.”

O problema é que a população em geral acredita nesta retórica. Cabe então àqueles que têm consciência acerca da falsidade deste discurso oficial denunciado por Zaffaroni, os estudiosos da política criminal, conscientizarem o povo de que a solução mais fácil jamais será a melhor solução, na medida em que não enfrenta as suas causas reais.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Desafios do direito penal na era da globalização. *Consulex*, Brasília, DF, ano V, n. 106, 15 de junho de 2001, p. 29.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 75.

Já que políticos não optam pela adoção de uma política social, o excluído termina por escolher outro tipo de educação: a escola do crime. Começa-se cedo, sendo menor de idade tem a escola da Febem; quando atinge a maioridade é só escolher algum presídio e a “matéria” que mais lhe agrada.

Essa insistência dos políticos, em adotarem métodos passíveis de lhe trazerem maiores vantagens pessoais (mais votos), cria um ciclo vicioso, em que primeiro o acusado é torturado na delegacia, depois de sentenciado é jogado em uma cela onde cabem quatro detentos, mas na realidade depara-se com um número várias vezes maior que esse e todos que estão nesse recinto se encontram em condições sub-humanas: não há espaço, não há comida e não se fala em higiene.

Depois o condenado é solto, procura emprego e não encontra. Pois agora, ele está mais estigmatizado que nunca, ele tem nas “costas” a rotulagem: péssimos antecedentes e durante cinco anos será reincidente. Diante dessa realidade, o que lhe resta é praticar um delito e voltar para a prisão.

Esta rotulagem e esse processo vicioso, marcado pela estigmatização do ser, não é de hoje. Como na época feudal não existia o instituto dos antecedentes e nem computador para rotular o condenado por todo o mundo, a corte achou mais propício retirar membros dos condenados,¹⁶⁹ para que assim todos soubessem quem era bom moço, cujo sistema lhe tinha dado oportunidade e quem era malvado, para quem o Estado tinha falhado como pactuante.

O ciclo vicioso marcado não por origens psicológicas (antecedentes), mas sim físicas, deixa o condenado inapto para o trabalho, já que naquela época a maioria

¹⁶⁹ RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p.34.

das ocupações exigia força física, chamado trabalho braçal. O condenado, portanto, não tinha outra saída senão cometer outro delito.¹⁷⁰

O Estado, adotando essa política de isolar e estigmatizar o condenado, não reintegra ninguém, pelo simples fato de que é impossível socializar alguém excluindo do convívio social. Nas palavras de BARATTA (2002: p.186) “Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir.”

Ao contrário, fomenta ainda mais ações delituosas, tais como o furto, roubo, estupro, homicídio e seqüestro. Só para efeito elucidativo, esse mal causado por ações criminosas, é menor do que o mal causado por causas sociais (não criminalizadas), má distribuição de renda no país, fome, desnutrição, sub -moradias, falta de higiene, educação, e outras mais.¹⁷¹

Refletindo sobre o tema:

A pessoa declarada pelas instâncias do sistema penal como criminosa sofre, na maior parte dos casos, da negação dos seus direitos constitucionais, não sendo “livre porque igual”, nem “igual porque livre”. Por isso, reage de forma freqüentemente violenta e desrespeitosa com relação aos direitos dos outros.¹⁷²

A solução para o problema está na mudança de ótica pelo sistema. Em vez de o apenado sofrer a reprimenda penal, deverá receber a custódia constitucional, pois assim será cabível a igualdade. Tal pensamento tem fundamento no art. 170

¹⁷⁰ HENTIG, H. von. *Punishment: Its Origin, Purpose and Psychology*. London: 1937, Capítulo II, "The evolution of Punishment", pp.17-116 apud RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 35.

¹⁷¹ KARAM, Maria Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n.29, jan.-mar.2000, p.347.

¹⁷² DIMOULIS, Dimitri. Da “política criminal” à política de igualdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n.29, jan.-mar.2000, p.229.

da nossa Carta Magna, DIMOULIS (2000: p.229) “[...] tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

O Estado invés de focalizar o problema no criminoso, aumentando a reprimenda de sua pena, deveria optar por ações de inclusão social. Já que os males causados pelo homicídio “50.785 casos em 1999,”¹⁷³ no Brasil, é ínfimo perto das mortes causada pela fome, esta gera milhões, portanto essa sim, deveria ter maior exposição da mídia, e não os assassinatos que no mais das vezes é tão brutal, como quando alguém morre de fome.

Abordando o tema trabalho e prisão, esta é a maneira mais barata para reduzir as estatísticas do desemprego no país, pois a massa carcerária, constituindo um expoente razoável de desempregados, surge como uma mão-de-obra submissa a qualquer tipo de exploração,¹⁷⁴ pois o preso dentro da cadeia ou fora é alvo fácil de “mixarias”, porque está rotulado e ele sabe que a chance de conseguir empregos bons é mínima. As vantagens de uma empresa contratar um presidiário são inúmeras, tais como: dispensa de licitação para o setor público, não forma vínculo empregatício e é mão de obra barata, trabalhando em troca de menos de um salário mínimo. Isto pode ser visto no sítio do Fundo de Amparo ao preso.¹⁷⁵

Um exemplo disto é a matéria publicada pela Folha de São Paulo, onde há depoimentos de presidiários trabalhadores:

‘Estou aqui para pagar por um erro, não para ser explorada’, afirma L., 29, que cumpre pena na Penitenciária Feminina da Capital (zona norte de SP). L. trabalha das 8h30 às 16h30, de

¹⁷³ ALMEIDA, Gevan de. *O crime nosso de cada dia*: Entendendo como o Brasil trata o crime e o criminoso. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.92.

¹⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 20.

¹⁷⁵ FUNDO DE AMPARO AO PRESO. Disponível em: <<http://www.funap.sp.gov.br>>. Acesso em 15 nov. 2007.

segunda a sexta-feira, para uma empresa que faz peças plásticas para injeção de soro em um galpão na penitenciária.¹⁷⁶

'Eles não querem saber da gente. Não adianta sair para procurar emprego porque a sociedade não dá oportunidade para ex-presidiários. Pedem atestado de antecedentes criminais e não contratam', diz Cristina Dias, 35, presa desde 2002 por tráfico de drogas. Ela pretende comprar uma máquina de costura para fazer enxovais de bebê e espera sair da prisão ainda neste ano.¹⁷⁷

Mais certa reflexão sobre o tema não existe:

O movimento da lei e ordem, em nome da liberdade, acaba aprisionando; em nome da ordem pública, sacrifica o individual e estabelece o autoritarismo; em nome da justiça, pratica a exclusão e a intolerância, as mais graves das injustiças.¹⁷⁸

Na maior parte das prisões de hoje, há dois tipos de modelos entre o Estado, preso e trabalho (isto quando oferecem trabalho). O primeiro é o adotado geralmente no regime semi – aberto, o qual caracteriza-se pelo fato de os condenados serem empregados da própria Administração carcerária em trabalhos públicos fora da penitenciária, onde constroem pontes, estradas, limpam as calçadas ou constroem outras prisões. Este é chamado de “*public-works-system*”.¹⁷⁹

A outra modalidade é o chamado “*contract system*,”¹⁸⁰ em que um empresário contrata por jornada de trabalho os presos em oficinas nas próprias penitenciárias, onde quem exerce a vigilância são os empregados do empresário. Nesse modelo, o

¹⁷⁶ DEPOIMENTOS DE PRESIDÁRIAS. Não estou aqui para ser explorada. Folha de S. Paulo, São Paulo, 19 de fev. 2006. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/aprendiz/guideempregos/primeiro/noticias/ge200206.htm#1>>. Acesso em 15 nov. 2007.

¹⁷⁷ DEPOIMENTOS DE PRESIDÁRIAS. Não estou aqui para ser explorada. Folha de S. Paulo, São Paulo, 19 de fev. 2006. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/aprendiz/guideempregos/primeiro/noticias/ge200206.htm#1>>. Acesso em 15 nov. 2007.

¹⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 19.

¹⁷⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2006 (Coleção Pensamento criminológico, v.11) p.195.

¹⁸⁰ MELOSSI, Dario; Pavarini, MASSINO. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2006 (Coleção Pensamento criminológico, v.11) p.197.

preso está sujeito a dois controles, como analisa MELOSSI e PAVARINI (2006: p.197) “à disciplina do trabalho, sob a direção do empresário, e à carcerária, no tempo em que não está trabalhando”.

O Brasil ratificou algumas normas internacionais, referentes ao preso,. dentre as quais merecem destaque as: Regras mínimas para o Tratamento dos Reclusos, de 1955, particularmente a regra 71.

Regra 71:

1) O trabalho na prisão não deve ser penoso. [...] 3) Deve ser dado trabalho suficiente de natureza útil aos reclusos de modo a conservá-los ativos durante o dia normal de trabalho. 4) Tanto quanto possível, o trabalho proporcionado deve ser de natureza que mantenha ou aumente as capacidades dos reclusos para ganharem honestamente a vida depois de libertados.5) Deve ser proporcionado treino profissional em profissões úteis aos reclusos que dele tirem proveito, e especialmente a jovens reclusos.

Outra norma ratificada pelo Brasil está nos “Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos”.

Princípio 07: “Devem ser criadas condições que permitam aos reclusos ter emprego [...] e lhes permitirão contribuir para sustentar as suas próprias necessidades financeiras e as de suas famílias.”

Para exemplificar mais um pouco a situação carcerária e sobre ela tecer críticas, veja-se o Conjunto Penal de Jequié, onde foram entrevistados 30 presos onde o assunto abordado era o trabalho carcerário.

Dos entrevistados, 76,67% trabalhavam e nas seguintes atividades: artesanato, trabalho de fabricação de bolas, trabalhos de limpeza, fabricação das próprias roupas usadas no cárcere e, principalmente, o trabalho agrícola em hortas.

Desse percentual, 22,58% não se sentem aptos para trabalho extra muros e 29,03% sequer sabem dizer se, se sentem preparados.¹⁸¹

Para encerrar a situação carcerária em relação ao trabalho, expõem-se as condições deploráveis do Centro de Detenção Provisório de Hortolândia III: “quase ninguém trabalha, os corredores são sombrios. Os pavilhões cheiram mal. A água vem de poços artesianos, mas falta todos os dias”.¹⁸²

A administração carcerária claramente descumpre as normas ratificadas pelo Brasil, sem mencionar a Lei de Execuções Penais nº 7210 de 1984. Fazendo com que essas premissas apenas sejam parte de um Direito Criminal Simbólico, já a teoria e a prática apresentam-se totalmente dissociadas!

O trabalho nas penitenciárias não tem nada de útil, muito menos ressocializador. Em que emprego se encaixa uma pessoa especialista em fazer bolas de futebol? Ou que domina a arte de fazer pipas? Com antecedentes, o preso no mundo extra muros, será submetido a um subemprego, isso se conseguir algum!

Será que a pessoa que cometeu uma conduta proibida pelo Código Penal, já não sofreu reprimendas demais? Ou precisa pagar pelo resto de sua vida? Sendo, ou vítima de um sistema ao qual se “filhou” voltando ao cárcere (pois lá tem emprego, comida e teto, por mais miserável que sejam as condições destas) ou viver o resto da vida na pobreza? E se cair na miséria (mendicância) será preso! Dentre as opções, a mais viável será cometer alguma conduta proibida pelo Código Penal e é isto que o Estado quer!

Cria-se assim o grupo de “delinqüentes”, os quais na sua grande maioria são as pessoas não consumidoras (de baixa renda). Essa delinqüência é viável para o

¹⁸¹ FERREIRA, Fábio Félix. Regulamentação Jurídica e Situação Atual do Tratamento Penitenciário. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, 2007, ano VII, n.25, p.165.

¹⁸² BARROS, João de. A construção do PCC. Caros Amigos – Edição Extra. São Paulo: Casa Amarela, 2006, ano X, n.28, p.05.

Estado, pois identifica onde estão os “criminosos”, através dos mecanismos jurídicos, onde nas peças sempre consta onde o indivíduo mora. Essa vigilância só funciona através das penitenciárias, pois recruta os índices (presos), porque coloca-os uns com outros, faz-se um grupo delinquente fechado em si mesmo, porém de fácil controle.¹⁸³

A saída para essa triste realidade é implantar um Estado mais social e mais liberal, através de implantação de princípios, base de um ordenamento jurídico.

O princípio a ser avivado nesse momento é o “do trabalho como obrigação e como direito”¹⁸⁴ O trabalho na prisão não deve ser obrigatório, pois a pessoa deve ser livre, fazer o que bem entender, sem interferir em direitos alheios. Do contrário estaríamos a favor da penalização da mendicância.

Já chega ser privado da liberdade de ir e vir, não cabendo espaço para a privação da consciência. A pessoa que não quer trabalhar sofrerá conseqüências por isto, não como caráter de sanção, apenas porque não seria justo, esta pessoa compartilhar dos mesmos benefícios de outra que trabalhe. A palavra certa no caso é: deixar de ganhar.

Para que o trabalho penitenciário preencha os requisitos das normas que o país ratificou, será preciso transformar o trabalho em atividade útil. E como se fará isso? A administração poderia fazer um convênio com o Senai, com cursos profissionalizantes, remunerando o preso, para que este sustente sua família e no final da pena-prisão recebesse uma “carta de recomendação” emanada do Ente profissionalizador e a empresa contratante tivesse benefícios fiscais, para atrair os empresários a contratarem ex detentos.

¹⁸³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.234.

¹⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.224.

Só assim o sistema penal não será inconstitucional nem tampouco um erro econômico.

Inconstitucional, porque no atual modelo a pena perpassa o indivíduo e atinge a sua família, pois o patriarca, ajuda na renda familiar, quando não é o único responsável pela sua sobrevivência. Quando preso, não trabalha e se trabalha ganha muito pouco, como transcrito em laudas anteriores, e aquela ajuda no seio do lar ou diminui ou acaba, fazendo com que seus filhos saiam da escola e vão para os faróis, para ajudar no sustento da casa.

É um erro econômico, pelo custo inerente de sua organização e pelo custo da “delinqüência” que não coíbe e sim alimenta. Só exclui as pessoas, dando uma falsa sensação de segurança, quando na verdade atua como escola do crime. O Código Penal proíbe a formação de quadrilhas, mas o próprio Estado as financia através da prisão! Pura hipocrisia!

O Estado gasta dinheiro com essa política de exclusão e só irá gastar mais, pois quem entra pra prisão não sai mais (ciclo vicioso), sem contar os que não pertencem ao ciclo e que serão novos integrantes da exclusão.

Com uma política de trabalho útil, irá formar uma trajetória virtuosa, em que o Estado pode até gastar mais, o que dará a falsa sensação de prejuízo, mas não será! Pois o preso sairá da prisão e não voltará à cela.

Se a máquina estatal gasta “x” por mês com um detento, mas ele permanece “refém” da prisão, seu custo será indeterminável. Agora numa política social, o preso custará “x +x”, ou não, mas ele não voltará ou será mais difícil voltar ao mundo intra-muros; assim, só assim, um ex-detento pode se tornar independente da vida carcerária e mais: um consumidor, apto ao sistema capitalista, portanto reintegrado na sociedade.

Só dessa forma uma pessoa à margem da sociedade conseguirá que seu sustento e/ou da família seja produto de seu trabalho, pelo exercício de uma profissão, do que do trabalho alheio,¹⁸⁵ fruto da conduta proibida do furto, roubo ou latrocínio.

Coadunando com esse pensar, porém noutros termos, está Marco Willians Herbas Camacho, vulgo “Marcola”, que é apontado pela imprensa de massa, como líder do PCC. Nada melhor que um detento, que não esta em qualquer regime, mas sim no fechadíssimo, expor sua idéia, à Comissão Especial de Combate à violência.

Eu acho que se recupera um preso, doutor, tratando-o como ser humano. Sem ficar dando tapa na cara dele. Ele errou, mas tem o direito a uma chance com está escrito na Lei de Execuções. Acho que deveria haver estudo e trabalho remunerado para que não precisasse traficar no presídio e continuar na criminalidade. E curso profissionalizante porque o trabalho que dão ao preso é costurar bola e fazer pregador onde?¹⁸⁶

Outro problema para a reinserção social é a falta de educação dos presos. No conjunto de princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, de 09 de dezembro de 1988, as Nações Unidas dispõem no princípio 28:

A pessoa detida ou presa tem direito a obter, dentro do limite dos recursos disponíveis, se provierem de fundos públicos, uma quantidade razoável de material educativo, cultural e informativo, sem prejuízo das condições razoavelmente necessárias para assegurar a manutenção da segurança e da boa ordem no local de detenção ou de prisão.

Na Lei de Execuções Penais existe o artigo 11, o qual garante a educação dos presidiários. Para se ter uma idéia da situação deplorável quanto ao estudo na prisão, confira-se: Presídio de Roger, localizado em João Pessoa, não oferece

¹⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.204.

¹⁸⁶ AMARAL, Marina; Barros, João de. *As idéias de Marcola*. Caros Amigos. São Paulo: Casa Amarela, 2006, ano x, n.111, p. 29.

estudo; em São Paulo, na Penitenciária Estadual, 10% dos detentos estavam cursando o nível primário, totalizando 200 pessoas, na Penitenciária Raimundo Vidal Pessoa, em Manaus, 8 % da população carcerária estuda, sendo que deste percentual está tanto o nível primário como o secundário.¹⁸⁷ Pela amostragem pode-se constatar a falta de preocupação do Estado em relação ao preso, da política que o impede de ressocializar-se.

Na atual conjuntura, o cárcere utiliza-se de uma educação somente de forma disciplinar e de caráter uniformizante,¹⁸⁸ em que os detentos devem respeito à autoridade carcerária, não há a educação para o convívio em uma sociedade, mas sim, para manter a submissão preso e patrão. Educação propriamente dita promove a liberdade em todos os sentidos e a espontaneidade,¹⁸⁹ pois a pessoa educada livra-se de dogmas, padrões e começa a refletir, formando uma consciência.

Resta claro, que o “princípio da educação penitenciária”¹⁹⁰ deve ser avivado. O preso deve saber ler, escrever, interpretar, refletir, enfim, conhecer seu papel em uma sociedade, saber que sua exploração é lucro para alguém e que se essa massa explorada e a margem da sociedade não tomar consciência disso, e não fizer nada, dificilmente irão estender a mão para ela. É preciso consciência, para que no fim se unam, para que *lutem*, para fazerem parte de uma sociedade, e que não somente lastimem e pensem que são pobres coitados e que aquele destino foi traçado por Deus.

¹⁸⁷ FERREIRA, Fábio Félix. Regulamentação Jurídica e Situação Atual do Tratamento Penitenciário. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, 2007, ano VII, n.25, p.161.

¹⁸⁸ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico, vol.1) p.184.

¹⁸⁹ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico, vol.1) p.184.

¹⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.225.

Merece por isto aplauso a proposta do Deputado Federal Pompeo de Mattos, o (Projeto de lei nº4320/2004), e, acrescentando o estudo como causa de remição de parte do tempo de execução da pena. Em idêntico sentido Súmula nº341 do STJ.

Complementando essa idéia, pode-se implantar na grade as matérias de filosofia e sociologia, pois é, já que agora estas disciplinas são obrigatórias no ensino médio no mundo extra muros; por que não disponibilizar para os presos? Tal obrigatoriedade é determinada pelo artigo 36 da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) e pela resolução CEB/CNE de 04/2006 do Conselho Nacional de Educação.

Filosofia é importante, pois “faz pensar [...] e a sociologia conscientiza, é o estudo da vida e do comportamento social, dos sistemas sociais, como eles funcionam, como mudam, as consequências que produzem[...]”.¹⁹¹ Devido às consequências que trazem tais matérias, sua importância, é fundamental para concretizar as idéias expostas anteriormente, em concreto.

As idéias boas devem ser mostradas e copiadas. Na Argentina, desde 1985, há um programa que chamado “A Universidade vai a prisão”, nas cidades de Buenos Aires, Devoto, Ezeiza e Caseros. Oferece cursos continuamente, nos níveis primário, secundário e universitário.¹⁹²

O Brasil deveria adotar semelhante projeto, pois o estudo deve ser imposto na prisão, mas depois de o preso ser solto, se não terminar os estudos na prisão, que os continue depois, pois terá dinheiro, já que trabalhou e teve sua remuneração, poderá pagar a faculdade. E se quiser ingressar numa universidade pública, o Estado deve criar cotas numa postura semelhante com o que ocorre com os negros,

¹⁹¹ FELINTO, Marilene. Governo Serra atravança pensamento em escola. *Caros Amigos*. São Paulo: Casa Amarela, 2006, ano X, n.111, p.09.

¹⁹² FERREIRA, Fábio Félix. Regulamentação Jurídica e Situação Atual do Tratamento Penitenciário. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, 2007, ano VII, n.25, p.163.

pois exdetentos são uma minoria, no quesito de poder em uma sociedade e lida com preconceitos de igual forma.

Lembrando que essas propostas devem ser colocadas enquanto o Estado não consegue integrar todos “as minorias” em um trabalho, educação e alimentação, sendo que estas políticas são válidas com outras em sua conjuntura, sendo que progressivamente vão sendo diminuídas, até não ser mais preciso adotá-las. Nesse momento aparecerá o Estado Social.

Depois dessa exposição, é importante saber sobre o tempo do direito em relação à sociedade. Sabe-se que a televisão, o rádio e a internet são veículos de informação, que permitem uma interação simultânea entre o receptor e o informante. Assim sendo, a sociedade está acostumada com essa rapidez, daí surgindo a paixão pela prisão preventiva, pela condenação rápida do sujeito ou por fazer a “justiça” de forma mais célere.¹⁹³ Em contraponto está o processo, que deve ter o seu tempo para se chegar a uma verdade.

O processo não pode ter uma velocidade tão rápida, é necessário certo tempo, para que assim não sejam atropeladas garantias dadas pela nossa Constituição ao acusado. Não há como fugir desta constatação: o processo deve ter o seu tempo, para que assim o acusado consiga se defender e a acusação atacar; e assim, da dúvida do magistrado, saia uma certeza que será um veredicto prudente. Importante ressaltar a necessidade de aumentar a rapidez, não do procedimento, mas sim da tecnologia,¹⁹⁴ fazendo licitações de computadores de última linha.

Sintetizando, a rapidez com que a sociedade deseja que alguém seja acusado, fere princípios básicos inerentes ao ser humano, tais como a liberdade, a

¹⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 27.

¹⁹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 29.

presunção de inocência, a secularização e a dignidade da pessoa humana, pois prendendo alguém sem ao menos ter uma sentença, é ferir a presunção de inocência e ainda o da secularização, pois invade o “ser” da pessoa, pois a sociedade já o julga culpado e o Estado também, porque fomenta esse tipo de situação; mesmo o acusado sendo inocentado, sua dignidade já fora ferida, pois, houve uma estigmatização por parte da sociedade, devido ao sensacionalismo da imprensa e a passividade do Estado, que concorda com a imprensa “marrom”, haja vista os seus atos antigarantistas.

Já foi falado sobre o ciclo vicioso em que o detento se encontra, de sua exploração pelas empresas, do tempo do direito “versus” a ansiedade da sociedade. Agora é o momento oportuno para se falar de um fenômeno que ocorre depois de todos esses acontecimentos acima descritos: o direito de resistência.

É de conhecimento de todos os estudiosos do direito penal que o mesmo ampara condutas “violentas”, se essas forem utilizadas para a defesa de um bem jurídico do ofensor ou de terceiro (legítima defesa), ou em casos em que o bem jurídico é colocado em perigo (estado de necessidade); em ambos os casos a doutrina clássica sugere exemplos individuais em que os protagonistas são Caio e Tício.

A problemática se encontra quando se trata de grupos, pois quando a Administração é o sujeito ativo da violação de direitos do grupo (detentos) e estes rebatem a agressão pelo único meio (resistência) que lhes caiba, não há amparo no ordenamento jurídico, pois este só defende conflitos individuais. Se o sistema não conceitua os presos como sujeitos de direitos e o Estado não cumpre com o seu dever de zelar pela integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, da Constituição Federal), só resta uma única alternativa: a inclusão do direito de

resistência como *causa suprallegal* de exclusão do delito, pois é o mecanismo apto para acordar a Administração de que algo precisa ser feito em prol dos encarcerados, devolvendo-lhes assim a dignidade.¹⁹⁵

Este é um direito fundamental classificado como de *status negativus*, sendo tutelada a liberdade do indivíduo e, conseqüentemente, não deixando o Estado nela interferir.¹⁹⁶ Liberdade esta dada ao preso para reivindicar, com os meios que lhe são acessíveis e sem lesionar terceiros, a defesa dos seus direitos, respaldado na dignidade da pessoa humana e no Estado de Direito. Não permitindo a opressão de dita manifestação pela violência, devido ao caráter fundamental negativo do dito direito, o qual limita a atuação do Estado, no quesito liberdade individual de cada preso defender seus direitos estampados na Constituição Federal.

Quem está no cárcere só proclama o direito de resistência, quando o Estado falha na defesa das garantias que deviam ser por ele prestadas. Logo, o direito fundamental discutido aqui defende uma opção ao carcerário de não deixar o Estado totalitário explorá-lo, sem assegurar-lhe meios de defesa.

O direito aqui proclamado diferencia-se da desobediência civil, pois neste caso pessoas unem-se para modificar a lei ou direitos vigentes,¹⁹⁷ enquanto na resistência indivíduos defendem as garantias e direitos prescritos na Constituição, exatamente para que sejam efetivados. Portanto, não há mudança em leis, mas sim a busca pela efetivação do conteúdo das mesmas. E não se pode olvidar que o preso é titular de direitos fundamentais, já que a Constituição Federal brasileira não faz nenhuma ressalva.

¹⁹⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 239 – 241.

¹⁹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64-65.

¹⁹⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 244 -245.

O direito de resistência é um expoente garantista, pois supre a lacuna deixada pela lei, para a defesa legítima de direitos inerentes ao homem – o encarcerado -; detém o caráter secundário, pois defende direitos primários, quando estes são violados; é utilizado somente como último remédio para a defesa dos direitos fundamentais (vida, saúde, integridade física e moral), quando os meios convencionais por si só já não bastam. O dito direito é quase sempre ligado a pessoas “exploradas” ou minorias, as quais sempre lutam pelas questões sociais. Exemplo disto é a greve dos trabalhadores¹⁹⁸ e a tentativa de implantação das políticas afirmativas em prol das pessoas de baixa renda, estas que nunca conseguem “status” no mundo contemporâneo.

O ordenamento jurídico é falho, pois não deu aos delitos tipificados nos artigos 352 (evasão) e 354 (motim) do Código Penal a chamada *justa causa*, porém esta fora conferida para outros delitos, tais como divulgação de segredo (art. 153), violação de segredo profissional (art. 154), induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes (art. 248).¹⁹⁹

No primeiro parágrafo destinado à resistência, foram abordados conceitos de legítima defesa e estado de necessidade, ambos parecidos com o instituto ora exposto, pois todos defendem bens jurídicos de forma legítima. O direito de resistência não poderá se encaixar nessas causas justificadoras, primeiro porque, para se caracterizar, precisa-se que haja pessoa física tanto no pólo ativo como no passivo, o que não se observa no instituto ora comentado, pois o sujeito ativo é o Estado. Ademais, para que ocorra o estado de necessidade, é preciso que ocorra o perigo atual e a impossibilidade de evitar o perigo, enquanto para a legítima defesa é

¹⁹⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 242 – 243.

¹⁹⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 246.

a agressão atual e injusta; ora, de cara já se percebe que a resistência não é compatível com as justificadoras, pois o preso está sempre em situação de latente violência e seu direito é lesionado constantemente. Não se enquadrando nas hipóteses justificadoras, resta somente conceber o direito de resistência como causa supralegal de exclusão do delito.²⁰⁰

Para que seja lícita a dita discriminante é necessária a publicidade, mas esta é prejudicada no caso dos motins nos presídios, pois estes detêm o caráter de isolamento e de não-visualização dos acontecimentos internos, por isso nesse item há uma certa relativização, pois os envolvidos no motim não o ocultam porque assim querem, mas sim pela natureza de onde se encontram, sendo certo que tal caráter omissivo não advém do agente, mas de circunstâncias alheias, criadas pelo próprio órgão repressor (Estado). Outro requisito é o da não-violência, esta deverá ser canalizada para as pessoas, pois como acentua WELZEL (2003: p.148) “no entanto, tampouco aqui, só o maior valor de um bem jurídico pode justificar a destruição de outro de menor valor, que caiu em colisão com ele [...]”. Portanto, não deve se matar outros presos, pois ferirá os direitos fundamentais alheios e o carcerário se equivalerá ao opressor (Estado).

Será, entretanto, legítima a destruição de objetos, pois é o único meio que o detento dispõe para demonstrar sua indignação com o sistema, adotando-se aqui o *emprego racional dos meios*.²⁰¹

Como foi exposto, é de caráter urgente a concepção do direito de resistência como causa supralegal de exclusão da ilicitude, pois se o ordenamento já recepciona a insignificância, que é uma causa supralegal, não tem razão para não

²⁰⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 248 – 249.

²⁰¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 251 – 252.

aceitar a resistência, pois seria antidemocrático e desumano não dar nenhum mecanismo de defesa ao detento; aceitando o atual sistema em que o preso é tratado como coisa e que mesmo tendo seus direitos agredidos, não pode fazer nada, é defender a permanência de um Estado totalitário.

Totalitário porque oprime a liberdade (direito de resistência) de uma minoria reivindicar seus direitos, pois esta pode ser uma demonstração de força da minoria e pode abalar a estrutura opressor/explorado, externando o perigo que é tornar o direito de resistência lícito. Vai que todos os detentos de um estado resolvem manifestar sua indignação? A "moral" do Estado pode ficar abalada, dando sinal de sua fraqueza. O Estado todo poderoso deve zelar por sua imagem de forte.

Quando o Estado, mesmo adotando políticas repressoras de liberdades, não consegue evitar que minorias reivindicuem seus direitos, ele "racionalmente" utiliza-se da força (caso da invasão ao Carandiru) para controlar os insubordinados. Ele condiciona (disciplina) pessoas a pensar e agir de acordo com as suas vontades, doa a quem doer, fazendo pessoas viverem de um modo parecido com o "universo literário de Huxley".²⁰²

Sobre o tema, excelente lição do professor DIMOULIS (2000, p.222) defensor por excelência dos direitos fundamentais:

Os dominantes recorrem sempre à violência quando são insuficientes as ideologias de dominação difundidas pelos seus aparelhos. E isto porque o exercício "extremo" das liberdades garantidas coloca em perigo as bases da desigualdade social.

²⁰² HUXLEY, Aldous. "Admirável Mundo Novo". Trad. Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. São Paulo: Círculo do Livro S.A.

Para que se mude o quadro atual, é necessário conceber o direito de resistência como um *exercício de direito*.²⁰³

O direito de resistência deve ser avivado nos quadros atuais de nossas penitenciárias, onde não há estudo, nem trabalho, não oferecendo, portanto, nenhuma condição de ressocialização, e sim de exclusão.

Nos moldes atuais deve-se aceitar a prisão somente como uma finalidade que transmite o terror, onde vive milhares de pessoas em condições insalubres e é também inútil, se adotarmos o discurso de ressocializar,²⁰⁴ mas também como caráter de dominação entre detentos e autoridade, sem falar na exploração e na docilidade,²⁰⁵ pois um preso fica tão fora da realidade e é condicionado a tais humilhações, que se não ceder, morre!

Se o Estado não mudar o discurso oficial (ressocialização) e continuar na prática adotando outra política, o que resta, é o direito de resistência. Se as ONGs ou os Direitos Humanos não conseguirem por vias pacíficas os fins de dar ao preso educação, saúde e trabalho. Resumindo: de forma com que consigam viver saudavelmente em um recinto.

Do contrário resta ao Estado assumir o discurso da não capacidade de “reeducar” o preso, assim como fez o Canadá,²⁰⁶ ou a derrubada dos muros do cárcere²⁰⁷ como propõe o professor Baratta,

²⁰³ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 257.

²⁰⁴ Melossi, Dario; Pavarini, Massino. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2006 (Coleção Pensamento criminológico, v.11) p. 26.

²⁰⁵ Melossi, Dario; Pavarini, Massino. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2006 (Coleção Pensamento criminológico, v.11) p.197.

²⁰⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico, vol.1) p. 194.

CONCLUSÃO

Há ainda um longo caminho de luta a percorrer para se chegar a um Estado ideal, aqui entendido como o de Direito concomitante ao Social, focado em dar importância ao excluído economicamente do qual o poder só quer explorar, eliminar e manter as aparências de um Estado preocupado com as mazelas sociais.

O capitalismo é representado por esta exclusão e se apresenta como objeto no Direito Criminal pela prisão. O Estado quer é excluir, provocar medo, criar bodes expiatórios, transmitir segurança a só uma classe social através do BOPE, veja se quem mora em lugares de elevada criminalização, acha essa polícia especializada em matar tudo que encontra pela frente uma coisa boa!

O Estado deve cumprir seu dever, ou seja, zelar por suas pessoas mesmo que não sejam cidadãos, deveria aproximar a polícia das pessoas, e não trazer pânico. Tem que assegurar o direito de reunião, onde pessoas protestam, reivindicam seus interesses, retirar o caráter abstrato de fundamentação de demitir pessoas que adiram à greve, a qual é considerada “abusiva”, enfim retirar todos os fundamentos abstratos e gerais, que possam ser usados por parte da Administração como arbítrio. Já não bastam as cláusulas extravagantes e a prisão, demonstrando a força do Estado?

²⁰⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico, vol.1) p. 203.

Enfim, propiciar às pessoas liberdade e bem estar, em que estas possam se expressar, sem ficarem com medo de represálias do Estado arbitrário, pois este defende interesses de empresários, logo investidores do Sistema. Cultivar esta dádiva que é retirada de quem desrespeita um mandamento legal, defendendo esta, se chegará à defesa da legalização do aborto em que a pessoa pode fazer o que quiser com seu corpo, sem interferência da Igreja, isto é, um espaço laico e social, que se preocupa com cada indivíduo, e não a coletividade, trazendo bem-estar para a mãe e o pai, de modo que talvez se tivessem esse filho, poderia prejudicar outros filhos, ou este não ser amado como um filho merece, todas essas conseqüências advindas de um estado moralista, que quanto mais é, mais fácil reprimir se torna.

Defende-se o Estado paternalista, onde em vez de condenar alguém pelo que é - conduta social, mendicância ou vadiagem -, dê-lhe sustento, o mínimo de subsistência para o mesmo, a pessoa deve viver como melhor lhe convir, se não gosta de trabalhar, tudo bem. Se gosta, porém não conseguiu emprego, também deve-se dar amparo, não é obrigação de ninguém trabalhar, e quem opte por esta escolha sabe que não ficará rico, mas pelo menos não morrerá de fome nem frio, cada pessoa deve ter seus ideais e expectativas quanto à vida.

Para se chegar a um Estado chamado de ideal, mas parecido com o liberal e social, tem-se que aplicar o direito penal mínimo, não este direito criminal pautado pela exclusão, de forma a trabalhar no sentido da redução de danos, promovendo a igualdade de pessoas, somente admitindo a sua intervenção em causas que sejam realmente relevantes: corpo, vida e liberdade. Caminhando ao seu lado políticas sociais, em que o direito criminal mínimo consiga proporcionar a igualdade, e depois de conseguida esta, quem sabe a abolição do mesmo, são estados de coisas imprevisíveis.

Nesse meio tempo deverá ser eliminado o RDD, leis vigentes porém não válidas, a exclusão do BOPE, se declarará oficialmente: a instituição carcerária não serve para reeducar, como fez o Canadá ou fazer as reformas nas penitenciárias como sugerido neste trabalho; retirar o mínimo da pena; dar a escolha ao réu, quando condenado por subtração de coisa alheia, que lhe seja dada escolha de pagar uma indenização e senão tiver como, só assim ser preso; utilizar a prisão, somente em último caso; retirar do ordenamento penal crimes que não detém mais a função de prevenir, como o aborto; ser o réu preso somente quando transitar em julgado o título penal condenatório, devido à presunção de inocência e também para que possa se defender ao longo da ação penal em condições de igualdade com o órgão acusador; estas e mais tantas medidas expostas, nesse trabalho levam à desconstituição de um Estado de Polícia ou arbitrário, sempre vigilante e fiscalizador das pessoas, sabendo onde estão as de fácil criminalização, através de peças judiciais e neste espaço controlá-las e passar para uma parcela da população um estado de segurança que inexiste. Isto deve acabar, esse órgão moralista, arbitrário e que usa a democracia como pano de fundo para as suas barbaridades; dessa necessidade nascerá um Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

AMPASA. Disponível em: <http://www.ampasa.org.br/templates/29/conteudo_visualizar_dinamico.jsp?idConteudo=3164&idUser=967&idEmpresa=50&tituloConteudo=CartadoRiodeJaneiro>. Acesso em 20 set. 2007.

ALMEIDA, Gevan de. *O crime nosso de cada dia: Entendendo como o Brasil trata o crime e o criminoso*. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

AMARAL, Marina; Barros, João de. *As idéias de Marcola*. Caros Amigos. São Paulo: Casa Amarela, 2006, ano x, n.111, p.26-29.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. p. 49 - 64. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de abr. de 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico, vol.1).

BARROS, João de. *A construção do PCC*. Caros Amigos – Edição Extra. São Paulo: Casa Amarela, 2006, ano X, n.28, p.03-13.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. (Série as ciências criminais no século XXI; v. 7). São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*. vol. I. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. De Alfredo Fait. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

BOSCHI, José Antonio Pagnella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal*. 2.ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CÂMARA, Luiz Antônio. *"Prisão e liberdade provisória": lineamentos e princípios do processo penal cautelar*. Curitiba: Juruá, 1997.

CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

DEPOIMENTOS DE PRESIDÁRIAS. Não estou aqui para ser explorada. Folha de S. Paulo, São Paulo, 19 de fev. 2006. Disponível em:

<<http://www2.uol.com.br/aprendiz/guiadeempregos/primeiro/noticias/ge200206.htm#1>>. Acesso em 15 nov. 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Da “política criminal” à política de igualdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano VIII, n.29, jan.-mar.2000, p.209-231.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FELINTO, Marilene. Governo Serra atravanca pensamento em escola. *Caros Amigos*. São Paulo: Casa Amarela, 2006, ano X, n.111, p.09.

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

FERREIRA, Fábio Félix. Regulamentação Jurídica e Situação Atual do Tratamento Penitenciário. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, ano VII, n.25, abr-jun. 2007, p.149-172.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

FUNDO DE AMPARO AO PRESO. Disponível em:< <http://www.funap.sp.gov.br>>. Acesso em 15 nov. 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n.31, jul.-set.2000, p.102-136.

GRECO, Rogério. *Curso de direito Penal - parte geral*. vol. I. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRECO, Rogério; *Curso de direito Penal - parte geral*. vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. Trad. Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. São Paulo: Círculo do Livro S.A.

KARAM, Maria Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n.29, jan.-mar.2000, p. 331-350.

KÖNIG, Mauri. Relatórios comprovam expulsão de mendigos em Paranaguá. *Gazeta do Povo On line*, Curitiba, PR, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/imprensa/parana/conteudo.phtml?tl=1&id=601796&tit=Relatorios-comprovam-expulsao-de-mendigos-em-Paranagua>> Acesso em: 18 fev. 2008.

KELSEN. Hans. *A Ilusão da Justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN. Hans. *O Problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEMGRUBER, Julia. *Uma lei hedionda*. O Globo, Rio de Janeiro, 26 de ago. 2004. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/md_art_texto.php?cod_proj=45>. Acesso em 13 nov. 2007.

LOCKE, John. *Carta a respeito da tolerância*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1964 (Clássicos da Democracia, n. 21),

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1963 (Clássicos da Democracia, n. 11)

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LOPES, JOSÉ REINALDO DE LIMA. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subcretária de edições técnicas, ano 40, n.160, out.-dez.2003, p. 49-64.

SOARES, Luiz Eduardo. Hermenêutica e Ciências Humanas. In *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. GAUER, Ruth M. Chittó (Org). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p.31- 109.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – ICC, 2006 (Coleção Pensamento criminológico, v.11).

SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. 5ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ORWELL, George. *Na pior em Paris e Londres*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

PREFEITURA de Apucarana "expulsa" mendigos. *Gazeta do Povo On line*, Curitiba, PR, 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/parana/conteudo.phtml?id=646954>> Acesso em: 18 fev. 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é o garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC-Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC-Lumen Júris, 2005.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Luiz Eduardo. *Hermenêutica e Ciência Social*. In GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.31 – 110.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. de Afonso Celso Rezende. 2. tir. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Desafios do direito penal na era da globalização*. *Consulex*, Brasília, DF, ano V, n. 106, 15 de junho de 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.