

**INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL DO PARANÁ – ICPC
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ - UFPR**

LUCAS GEDEÃO JUK BENKE

PENAS CRIMINAIS: UMA VISÃO HISTÓRICA

CURITIBA

2008

LUCAS GEDEÃO JUK BENKE

PENAS CRIMINAIS: UMA VISÃO HISTÓRICA

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do grau de Pós-Graduação/Especialista em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal do Paraná em convênio com a Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.

CURITIBA

2008

RESUMO

A presente monografia aborda uma visão da história das penas criminais, pela qual se busca demonstrar que as penas sempre foram utilizadas como um fator de regulação econômico-social (mercado), o que diante de um estado democrático de direito não se pode admitir, em especial por ser embasado na dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	05
2. HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO.....	06
2.1 A Antiguidade.....	06
2.2 A Idade Média	07
2.3 Fatores que Influenciaram a Pena	08
2.4 A Idade Moderna	10
2.5 Transformação da Prisão-Custódia em Prisão-Pena.....	12
2.6 Os Reformadores	13
3. TEORIAS ABSOLUTAS: RETRIBUIÇÃO MORAL E RETRIBUIÇÃO JURÍDICA....	14
3.1 Kant: Retribuição Moral	14
3.2 Hegel: Retribuição Jurídica	15
4. TEORIAS RELATIVAS: PREVENÇÃO GERAL (POSITIVA E NEGATIVA) E PREVENÇÃO ESPECIAL.....	16
4.1 Prevenção Geral Positiva ou Integradora.....	16
4.2 Prevenção Geral Negativa.....	18
4.3 Prevenção Especial ou Individual	19
5. TEORIAS MISTAS; UNITÁRIAS OU ECLÉTICAS.....	19
6. TEORIA DIALÉTICA UNIFICADORA DE ROXIN.....	21
7. O MODELO DE DIREITO PENAL MÍNIMO OU GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI.....	25
8. CONCLUSÃO.....	27
9. REFERÊNCIAS.....	30

1. INTRODUÇÃO

O discurso dogmático defende que o Direito Penal é a última trincheira dentre todas as áreas do Direito, é destinado a intervir como última *ratio*. Neste sentido Bitencourt relata: “quando as infrações aos direitos e aos interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e aos demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e saturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens”.(CEZAR ROBERTO BITENCOURT, 1999, PAG.2).

Deve-se ter a noção que a: “Política Criminal não é ciência, mas apenas técnica, aproximando-se das disciplinas de meio e fins. É justamente na esfera da Política Criminal (e não da Dogmática Jurídico-Penal) que o jurista discute e critica a oportunidade da conveniência de medidas ou soluções propostas ou existentes no direito vigente, sendo este o terreno em que se defrontam as diversas correntes de opinião” (HELENO FRAGOSO, 1988, pag19) e que na realidade vigente no ordenamento pátrio resume-se na pena criminal.

Se o artigo 59 do Código Penal for analisado, verifica-se que o nosso ordenamento jurídico adotou, quanto aos fins e fundamentos da pena criminal, a Teoria Mista, atribuindo a ela tanto o caráter retributivo quanto o caráter preventivo. Assim sendo, faz-se necessário proceder a análise tanto da matriz retributiva, quanto da matriz preventiva.

Conforme Marx alertou, a ciência é importante porque mostra a essência que está por detrás da aparência, e nesta mesma direção aponta o Professor Juarez Cirino dos Santos, apresentando a Criminologia Radical: “A Criminologia Radical distingue os objetivos ideológicos aparentes (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e os objetivos reais ocultos do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada), fundada na dissociação política da criminalidade das classes dominantes e das classes dominadas” Pág.88.

É com este objetivo que o presente trabalho é desenvolvido, buscando na história do direito penal desnudar a retórica por ele utilizada e a ele atribuída, demonstrando seus reais anseios.

Busca, ainda demonstrar que o direito penal mesmo sendo um instrumento de dominação, vem sendo obrigado a adaptar a sua função de acordo com os novos paradigmas sociais, limitando a tirania e a violência do Estado, passando a ser um verdadeiro instrumento de garantia do cidadão, na medida em que a sociedade vem sendo permeada pelos direitos fundamentais, em especial pela compreensão do conceito da dignidade da pessoa humana.

2. HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

A missão histórica da pena de prisão é de reformas do mesmo sistema, jamais de mudanças voltadas à sua abolição. Todas essas reformas reforçam o descrédito dos objetivos almejados.

Modernamente é entendida como um mal necessário sem considerar as contradições de sua essência, assumindo caráter quase exclusivo de forma de controle social.

A história mostra que a finalidade da prisão sofreu inúmeros retrocessos, como no final do século XVI em que era considerada como pena e nos dois séculos subsequentes desapareceu, o que dificulta estabelecer um marco inicial desta prática, que ora aparece com caráter expiatório, ora moralizador.

2.1 A antiguidade

Tradicionalmente entende-se a idade antiga como o período que durou até a queda do Império Romano e a invasão da Europa pelos povos denominados bárbaros.

Até fins do século XVIII a prisão não teve caráter de pena, era destinada ao “armazenamento” de réus até que estes fossem julgados e executados. As penas aplicadas eram a pena de morte, penas corporais e penas infamantes. A utilização de

penas atrozes tais como mutilações, tortura, morte e trabalhos forçados foram uma prática comum em toda a antiguidade.

Na Grécia, a prisão era utilizada como forma de garantir o pagamento de dívidas, onde o devedor tornava-se escravo do credor como garantia da quitação do débito.

Outra modalidade de prisão-pena era o *ergastulum*, que consistia em uma forma de reclusão destinada principalmente aos escravos. O *ergastulum* deveria ser realizado pelo senhor como forma de reforçar o seu direito de propriedade, o qual poderia ser perdido caso não exercido. Tal modalidade também se destinava a indivíduos de classes inferiores, com tempo de duração de dez anos de trabalho forçado. Quando não mais podiam trabalhar eram devolvidos aos familiares.

Já os membros de classes superiores eram condenados à trabalhos forçados, porém temporários e de caráter público.

2.2 A Idade Média

A título de localização temporal é válido ter conhecimento de que a Idade Média se estendeu por um período de aproximadamente mil anos, sendo que seu início se deu no século V d.C. até meados do século XV, ou seja, da queda do Império Romano do Ocidente em 476 até a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453.

A lei dos tempos medievais tinha como objetivo gerar o medo coletivo. Não havia preocupação com a pessoa do réu, sendo dispendido tratamento igual a todos, independentemente de serem crianças, mulheres, idosos ou loucos de todo gênero. As pessoas eram aglomeradas em encarceramentos subterrâneos ou em calabouços de palácios onde aguardavam o suplício e a morte. As mais variadas formas de mutilações como amputação de braços, pernas, olhos e língua, bem como queimaduras da carne a fogo constituíam o espetáculo favorito da população.

Nesta época, as sanções criminais eram definidas face ao “status” do réu, o que permitia a substituição das mesmas por metal ou espécie, surgindo aqui a possibilidade da pena de prisão destinada a crimes não punidos com a morte nem com mutilações.

Nesta época verifica-se a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. A prisão de Estado, era destinada a inimigos do poder real, e era dividida em duas modalidades: a

prisão custódia (em que o réu esperava a execução da verdadeira pena – morte, mutilação ou açoite) e a prisão detenção, tanto temporal quanto perpétua, havendo possibilidade de receber, em casos excepcionais, o perdão real.

A prisão eclesiástica era destinada aos cléricos rebeldes e tinha caráter de penitência e meditação, objetivando o arrependimento do mal causado e a emenda do pecador. A principal pena do Direito Canônico era o *detrusio in monasterium*, que consistia na reclusão em um mosteiro destinado ao encarceramento de religiosos transgressores de normas eclesiásticas. Aos hereges era destinada a prisão denominada *murus largus* – dentre as quais destacou-se a prisão dos clanienses (oriundos de Clúnia, cidade dos Arévacos, hoje Coruña Del Conde) onde havia um quarto subterrâneo, sem portas nem janelas, com iluminação destinada a liturgia do breviário e dos livros sagrados.

É justamente neste período que a expressão *vade in pace* torna-se célebre, pois era dita aos condenados das prisões subterrâneas, pois destas ninguém jamais saiu.

Outro ramo do direito que caracterizou a Idade Média foi o ordálico. “A melhor prova de maldade do indivíduo é o abandono que dele faz Deus ao retirar-lhe a sua ajuda para superar as provas a que é submetido – da água, do fogo, do ferro candente, etc, - com o que se faz merecedor automático do castigo, julgamento de Deus cujo resultado se aceita mais ou menos resignadamente (...). O culpado, isto é, quem não supera a prova, convence a si mesmo de sua própria maldade e abandono de Deus. Se não tivesse em pecado – se não tivesse cometido um delito – sairia feliz da mesma, não há a menor dúvida” (p.19 – apud nt. 15 e 16).

Por fim, cabe ressaltar que o Direito na Idade Média caracterizou-se por ser completamente corrompido, e como se não bastasse ser manipulado para ditar os anseios das classes dominantes, ainda tinha sua correta aplicação prejudicada devido a forte influência religiosa naquele determinado momento.

2.3 Fatores que Influenciaram a Pena

O pensamento cristão contribuiu para a fundamentação da pena privativa de liberdade, em especial por ter utilizado a prisão canônica, uma das raras exceções da prisão custódia do século XVI – sendo um dos embriões da prisão moderna.

A prisão dos mosteiros utilizava aspectos arquitetônicos e psicológicos que ainda perduram, tal qual a cela monacal. Com o objetivo almejado pela prisão eclesiástica – o arrependimento, voltado principalmente para a correção do infrator teve grande significado.

Foi no direito canônico que surgiram as primeiras idéias sobre reabilitação do delinqüente. Isto pode ser percebido, por exemplo, através da simples análise do vocábulo penitência, do qual derivam as palavras penitenciário e penitenciária, as quais até hoje continuam sendo utilizadas.

As penas canônicas foram desenvolvidas a partir da idéia de pena medicinal (da alma), uma vez que a reclusão era destinada ao arrependimento do pecador para que pudesse ser corrigido a partir da compreensão da gravidade de sua falta.

A obra “A cidade de Deus”, de Santo Agostinho, defendia que o castigo não devia ser destinado a destruição do culpado, mas ao seu melhoramento. Assim sendo, ficam reforçadas as idéias de arrependimento, aceitação íntima da própria culpa e meditação.

As idéias oriundas do direito canônico – fraternidade, redenção e caridade – são transladadas para o direito punitivo trazendo a idéia de correção e reabilitação do delinqüente.

Outra fonte do Direito Penal Canônico de suma importância é o *Libri Poenitentialis*, que consistia em instruções dadas aos confessores indicando as penitências relativas aos pecados cometidos. Tais instruções eram responsáveis pela determinação do tempo da pena, bem como a finalidade da mesma – fim de compurgar a falta – mostrando uma tendência de promover a reconciliação entre a divindade e o pecador.

2.4 A Idade Moderna

Durante os séculos XVI e XVII a pobreza se alastra por toda Europa como saldo das guerras religiosas. Os pobres (oriundos de cidades incendiadas e vítimas de suas crenças) formavam quase um quarto da população.

Uma minoria ameaçada pelo “perigo social” causado pela massa pobre necessitava “higienizar” suas cidades, e entre elas estava Paris. Diversas injustiças e penas cruéis foram praticadas neste período. Primeiramente, os pobres foram enviados às províncias; após 1525 foram ameaçados com o patíbulo (estrutura, tipicamente de madeira, usada para a execução por enforcamento); posteriormente, em 1532 foram coagidos a trabalhar nos esgotos, acorrentados dois-a-dois; já em 1554 foram expulsos pela primeira vez da cidade; por fim, em 1561 foram condenados às galés (uma das mais cruéis modalidades de prisão da época. Tratava-se de espécie de prisão flutuante, onde os condenados eram acorrentados a bancos e sob pena de chicotadas eram obrigados a remar); em 1606 decidiu-se que os mendigos de Paris seriam açoitados em praça pública, marcados nas costas, teriam suas cabeças raspadas e seriam expulsos da cidade. A pena de morte não foi utilizada, pois seria inviável aplicá-la a tanta gente.

Na segunda metade do século XVI criaram-se as prisões organizadas para correção dos apenados, com o intuito principal de proteger a referida minoria ameaçada, fato este de suma importância, pois tais estabelecimentos eram destinados a correção dos delinqüentes.

Em Londres, o Rei autorizou a utilização do castelo de Bridwell para o recolhimento de vagabundos, ociosos, ladrões e autores de pequenos delitos com o objetivo de corrigir os criminosos, utilizando como instrumentos principais da pena a rigorosa disciplina e o trabalho árduo. É interessante frisar que este estabelecimento respeita um aspecto importante, que é a utilização da prevenção geral, uma vez que visava desestimular a vadiagem e a ociosidade.

Ainda, tendo em vista que o trabalho neste estabelecimento era voltado a indústria têxtil e que uma das finalidades era a obtenção de lucro, o aumento do interesse em sua aplicação foi muito evidente e contribuiu fortemente para a

disseminação do sistema, fazendo surgir em vários lugares na Inglaterra as *houses of correction or bridwells*, sendo que estes atingiram seu auge no século XVII. Na mesma linha de desenvolvimento surgem as denominadas *Workhouses* – fortalecendo o controle judicial.

Em Amsterdam, no ano de 1596 são criadas as *Rasphuis* – casas de correção para homens -; em 1597 as *Spinhis* – para mulheres -; e em 1600 uma seção especial para jovens. Tais estabelecimentos eram, em regra, destinados aos delitos de pequena relevância, pois aos crimes mais graves eram utilizadas penas mais severas já anteriormente citadas, como por exemplo o açoite, o exílio, o pelourinho, entre outras.

A busca da correção do delinqüente era um aspecto fundamental, o qual se buscava atingir por meio de trabalho ininterrupto, castigo corporal e instrução religiosa.

No século XVII é criada uma instituição de destaque na história penitenciária: o Hospício de San Felipe Néri, em Florença, destinado inicialmente à crianças errantes e posteriormente a jovens rebeldes e desencaminhados.

Uma obra que merece destaque é o livro escrito por Jean Mabillon, monge beneditino francês, que denominou seu trabalho de “Reflexões sobre as prisões monásticas”, no qual são abordadas as prisões no direito canônico e são feitas algumas considerações típicas do iluminismo, tais como a proporcionalidade da pena e a reintegração do apenado.

Outro personagem importante no cenário da reforma carcerária foi Clemente XI, o qual forneceu o modelo prisional para a “Casa de Correção de São Miguel”, em Roma, destinada para correção de jovens delinqüentes e ao mesmo tempo utilizada para órfãos e idosos. O lema da instituição deixava muito claro o seu caráter corretivo: “não é suficiente constranger os perversos com a pena se não os fizeres honrados com a disciplina”. Outro aspecto importante a ser notado é que todos os princípios adotados nessas instituições, como por exemplo o isolamento, o trabalho, a instrução religiosa e a rígida disciplina são reflexos do direito canônico. Em face de tais características, o Hospício de São Miguel é considerado como marco importante na penologia, devendo ser referenciado como considerável paradigma do tratamento do delinqüente.

2.5 Transformação da Prisão-Custódia em Prisão-Pena

Segundo Dario Messolani e Máximo Pavani¹, as primeiras instituições de reclusão criadas na Holanda e na Inglaterra são resultado do capitalismo, que era a “nova ordem posta”, da metade do século XVII.

Com isto, a segregação punitiva seria resultado das exigências impostas pela sociedade capitalista naquele determinado momento histórico, que consistia basicamente na necessidade de reduzir ao máximo o desperdício de mão de obra, bem como controlá-la, promovendo a sua utilização de acordo com a valoração do capital. Assim sendo, serviria para reduzir salários, controlar a massa trabalhadora e sua força.

Esta idéia é ratificada ao analisar que as já citadas *Workhouses*, na Inglaterra, tinham os seus limites salariais definidos na lei, as jornadas de trabalho eram prolongadas e as reuniões dos trabalhadores eram vedadas, evitando assim que estes se reunissem e se organizassem.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Marx² afirma que: “a aprendizagem da disciplina de seu novo estado, isto é, a transformação do trabalhador agrícola expulso da terra em operário, com tudo que isso significa, é um dos fins fundamentais que, em suas origens, o capital teve de se propor”.

Assim, não é tarefa difícil concluir que as casas de correção nada ou quase nada tem a ver com a humanização do tratamento do delinqüente, não sendo na sua essência, um meio de reforma e reabilitação, e sim uma forma de garantir sua submissão ao regime supremo, o capitalismo; este controlava salários e mostrava para os indivíduos que não cometeram nenhum delito, através da prevenção geral, que o melhor era submeter-se a ordem posta, ou seja, a divisão entre dominadores e dominados. Deste modo, a prevenção geral se destinava a intimidar o trabalhador, o qual deveria se submeter as regras estabelecidas ao trabalho e evitar ser mandado para as casas de correção ou para a prisão.

“A prisão nunca será – vista desde a sua origem nas casas de correção holandesas e inglesas – mais do que uma instituição subalterna à fábrica, assim como à família

¹ Melossi e Máximo Pavarini, apud Bitencourt, César Roberto, p.29

² Karl Marx, apud Bitencourt, César Roberto, p.29

mononuclear, a escola, o hospital, o quartel e o manicômio, e que servirão para garantir a produção, a educação e a reprodução da força do trabalho que o capital necessita³.

Guido Neppi Modona explana que o início da função prisional não se deu por um único motivo, como se pode perceber no trecho adiante: “não se deve aplicar uma perspectiva unilateral ao buscar encontrar uma explicação para a origem e função da prisão. Há que se notar que existem várias causas que explicam o surgimento da prisão⁴”: Entre os principais, pode-se destacar a valorização da liberdade, como reflexo do racionalismo; a transição da Idade Média para a Idade Moderna provoca alterações sócio-econômicas e gera uma classe de miseráveis, dedicados a mendicância, resultando em um acréscimo gigantesco na quantidade de delinqüentes; por fim, os fatores econômicos também influenciaram na utilização da pena privativa de liberdade, uma vez que afastaram o confinamento com a preocupação da cura do delinqüente, assumindo importante papel na continuidade de um novo regime, o capitalismo.

2.6 Os Reformadores

Na segunda metade do século XVIII, alguns estudiosos inovadores, como filósofos, moralistas e juristas fizeram fortes críticas ao sistema penal vigente, pois buscavam proteger as liberdades públicas e os princípios da dignidade humana.

Durante a Revolução Francesa, a qual pregou os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, verificou-se também a reforma do sistema punitivo, no qual se destacaram, entre outros: Beccaria, Howard e Bentham.

César Bonessana, Marquês de Beccaria, nascido em Milão, escreveu sua obra que é considerada como o início da Escola Clássica de Criminologia, e até mesmo do próprio Direito Penal. Beccaria trabalhou com uma associação das idéias do contratualismo com o utilitarismo, visando alterar o sistema penal vigente que era notavelmente desumano, impreciso, abusivo e confuso.

Tal corrente de pensamento representa a estaca inicial da evolução da pena e foi aos poucos ganhando força, demarcando o início da visão humanista do aparato penal

³ Melossi e Máximo Pavani, apud Bitencourt, César Roberto, p. 31

⁴ Guido Neppi Modona, comentário feito na apresentação da obra de Melossi e Pavarini, apud Cesar Roberto Bitencourt, p.32

e a busca da funcionalidade e legitimação baseada nos ideais de democracia e respeito a dignidade do ser humano, o que veio a fundamentar as matrizes da pena: Retribuição e Prevenção.

3. TEORIAS ABSOLUTAS: RETRIBUIÇÃO MORAL E RETRIBUIÇÃO JURÍDICA

As teorias absolutas assim são denominadas por entenderem que a pena é um fim em si mesma, realizando a expiação do mal cometido.

Para essas teorias a pena deve ser aplicada *quia peccatum est*, ou seja “porque pecou”. Isso significa que sua aplicação se justifica tão somente pela existência do cometimento de um fato criminoso, independentemente das considerações finais. Muito embora para essas teorias só é legítima a pena justa, mesmo que não seja útil. Da mesma forma a pena útil, mesmo que injusta também será ilegítima. Essa idéia de “pena justa” revela o campo do dever ser do Direito, idealmente falando, e não mais do ser.

Seus principais defensores foram Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, que acreditavam ser essa justificativa do direito de punir.

3.1 Kant: Retribuição Moral

Segundo o entendimento de Immanuel Kant a pena deve ser compreendida como um “imperativo categórico”, isto é, uma questão moral incondicional, a qual independe de seu caráter utilitário ou de conveniência política. Assim, a pena é um fim em si mesma, rejeitando a instrumentalização do homem em prol de utilidades sociais, com o intuito de garantir a integridade dos direitos de personalidade de cada um, pois não admite que seja ele utilizado como forma de serviço de outro ser.

Kant entende que é melhor que pereça um homem do que perder todo um povo, na medida em que se a justiça é desprezada, não mais haverá sentido na vida dos homens sob a terra, e exemplifica: “ainda que uma sociedade se dissolvesse por consenso de todos os seus membros (assim, por exemplo, um povo que habitasse uma

ilha, decidisse separar-se e dissipar-se pelo mundo), o último assassino deveria ser executado”.⁵

Por estes motivos Kant defendia o talião, onde a pena, previamente conhecida em sua extensão, era proclamada por um tribunal anteriormente constituído, como única forma de aplicá-la de forma justa tanto em qualidade quanto em quantidade.

3.2 Hegel: Retribuição Jurídica

Segundo Hegel a retribuição almejada pela pena não demonstra o pensamento de “mandato absoluto de justiça”, mas sim fruto da razão; emana de um processo dialético onde o delito consiste na negação do direito e a pena na negação da negação do direito, o que para essa regra representa a afirmação do direito.

Tomando como base esta linha de raciocínio, conclui-se que a pena assume caráter de reestruturação positiva do direito, sendo portanto uma necessidade lógica.

Essa absolutização do sentido da pena nada mais é do que a conseqüência lógica da visão hegeliana, tendo em vista que afirma que o indivíduo somente existe em função do Estado e para o Estado. Neste sentido Hegel discorre sobre o indivíduo e sua função: “é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade”.⁶

Para Hegel, a pena conferida ao criminoso, além de ser justa é também “o ser da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir”.⁷

Assim Hegel articula sua dialética: a necessidade da existência da pena como reestabelecadora do direito, o qual seria aniquilado pela vontade do delinqüente, representada pelo delito e a pena como fruto da vontade da sociedade, representada pela lei.

Deve-se compreender que a pena promove a reconciliação do direito consigo mesmo, pois busca “anular a sua anulação”, na figura do crime.

⁵ Kant, E. La metafísica dei costumi apud Queiroz, p. 20

⁶ Hegel, G.W.F.apud Queiroz, p.22

⁷ idem. P. 23

4. TEORIAS RELATIVAS: PREVENÇÃO GERAL (POSITIVA E NEGATIVA) E PREVENÇÃO ESPECIAL

As teorias relativas, como defende Maurach, têm suas bases eminentemente finalistas, vez que lidam com a pena criminal como um meio necessário para atingir determinado fim, qual seja: o não cometimento de novos delitos; ora destinada a sociedade em geral, denominada de prevenção geral, ora dirigida aqueles que já incidiram na prática delituosa, denominada de prevenção especial.

Por sua vez, a prevenção geral se subdivide em duas formas: prevenção geral positiva e prevenção geral negativa. Quando a prevenção é utilizada como forma de reforçar os valores ético-sociais normativos é conhecida como prevenção geral positiva. Já quando a prevenção geral é destinada a desestimular, de um modo geral, o cometimento de novos delitos, é concebida como prevenção geral negativa.

Ainda há outra divisão que a prevenção pode assumir, que é a prevenção especial: se apresenta com caráter neutralizador do delinqüente, visando inibi-lo à prática de novos delitos.

4.1 Prevenção Geral Positiva ou Integradora

Para a teoria da prevenção geral positiva, também conhecida como prevenção integradora, a pena segue a função de prevenção do cometimento de novos delitos, assim como ocorre na teoria da prevenção negativa. A prevenção geral prescreve a finalidade de esculpir na consciência geral a necessidade de obediência, noções de hierarquia e respeito a certos valores como a forma de fidelidade ao direito, resultando na integração social.

Neste sentido afirma Paulo Queiroz: " a pena, enfim, seria a restauração – simbólica – da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinqüente; reação necessária, pois, à estabilização social". (Queiroz, Paulo de Souza, op. cit. P. 40)

A teoria geral positiva ou integradora recebeu duas interpretações que se destacam na modernidade: uma é proposta por Hans Welzel e a outra é a visão de Günther Jakobs.

Para Welzel o Direito Penal tem como objetivo a proteção de “valores elementares da consciência” de cunho ético-social, e apenas secundariamente visa a proteção de bens jurídicos.

Assim sendo, defende que o mandamento normativo tem o intuito de patrocinar a manutenção da fidelidade jurídica e garantir os valores éticos da sociedade. Como defesa, explana que, uma vez que o Direito Penal precise atuar é porque bens jurídicos já pereceram, restando somente resguardar e restabelecer os valores éticos que foram colocados em perigo.

Desta forma, a tutela de bens jurídicos é principalmente questão policial, de caráter preventivo negativo, sendo o Direito Penal responsável por bens ético-sociais de cunho positivo. Seguindo este entendimento, a criminalização do homicídio, por exemplo, teria como primeiro objetivo o reforço do respeito a vida e somente em segundo plano visaria a tutela do bem jurídico vida.

Já Jakobs teoriza a prevenção geral positiva seguindo a teoria dos sistemas propagada por Luhmann. A pena criminal é utilizada com caráter essencialmente funcionalista; é tida como uma necessidade do sistema social, pois tem como função a estabilização das expectativas sociais, resultado das relações sociais, que, quando violadas se socorrem da norma para poder restabelecê-las.

É por meio do entendimento luhmanniano que Jakobs acredita que as relações sociais geram as mais diversas expectativas, as quais são garantidas como uma forma de subsistência da ordem social, pois só assim o sistema social garante sua integridade.

Os choques e conflitos existentes entre os que participam da interação social resultam na desestabilização de tais expectativas, que são protegidas e restabelecidas pela normatização. É neste momento que a pena assume o fundamental papel de proteger as condições da interação social.

Então, de forma sucinta, a reação punitiva se presta a “restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação que a norma produz para a estabilidade do sistema e para a integração social”⁸.

⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. Funções do Direito Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, P. 47

Assim a pena é puramente normativa: “uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável, cuja função é, portanto, afirmar positivamente a sua validade; é enfim, a ‘a estabilização da norma lesionada’”.

Uma minoria interpreta diversamente a prevenção geral, afirmando que esta é a função simbólica ou retórica da pena; sob este ponto de vista, o aparato penal não seria utilizado na resolução de conflitos, mas sim para garantir a sensação de tranquilidade oriunda de um legislador implacável e minucioso. Um bom exemplo dessa concepção é a edição de leis face ao clamor público gerado em casos de grande comoção social provocados pela mídia, que acabam gerando uma sensação de tranquilidade e conforto para a população.

4.2 Prevenção Geral Negativa

A maioria dos estudiosos concorda que Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach foi quem melhor desenvolveu o conceito da prevenção geral negativa, o qual defendia que: “... todos os crimes têm por causa ou motivação psicológica a sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. A esse impulso, pois, da sensualidade, opõem-se um contra-impulso – spinta criminosa e contra-spinta penale, segundo a expressão de Romagnosi (impulso criminoso e contra impulso penal) – que é a certeza da aplicação da pena”⁹. Desta forma, o objetivo da pena nada mais seria que uma coação psicológica exercida no campo psíquico espiritual da comunidade intimidando e desmotivando o cometimento de novos delitos.

Para Feuerbach, a pena pode ser dividida em dois momentos essenciais: primeiramente na cominação da pena – a qual objetiva intimidar todos aqueles que possam vir a cometer delitos; e como segundo momento o da efetiva aplicação da pena, como modo de legitimar a cominação realizada previamente e a execução da pena é entendida como a concretização da ameaça penal realizada abstratamente.

⁹ Queiroz, Paulo de Souza, Op cit. p.37

4.3 Prevenção Especial ou Individual

Na prevenção especial ou individual a função da pena consiste na tentativa de neutralizar o desejo de delinquir do criminoso, ou seja, é destinada àquele indivíduo que já cometeu um crime e se tenta evitar que incorra na prática delituosa novamente, afastando assim a reincidência.

Vale frisar que inúmeras correntes de pensamento adotaram essa função da pena criminal, entre elas está o positivismo italiano, o correcionalismo espanhol e a moderna escola alemã.

A visão mais radicalista desta teoria leva a substituição da justiça penal por medidas de profilaxia social, como uma “medicina social”, utilizando, para tanto, medidas terapêuticas como forma de docilizar o delinqüente.

Uma grande consequência desse entendimento pode ser percebido na indeterminação da duração da pena ou das medidas de segurança, pois estas devem ser mantidas enquanto houver necessidade de tratamento.

Tal teoria atinge seu auge com Franz Vont Liszt, que com sua moderação e equilíbrio, conclui que o real objetivo da pena, e conseqüentemente do direito penal, é a tutela de bens jurídicos através da aplicação da pena sobre a personalidade do indivíduo que cometeu um crime, evitando assim futuros delitos.

5. TEORIAS MISTAS, UNITÁRIAS OU ECLÉTICAS

São assim denominadas todas as teorias que buscam combinar as proposições teóricas como forma de fundamentar o fenômeno punitivo com toda sua complexidade e pluridimensionalidade.

Estas teorias consideram impossível a justificação teórica a partir de modelos puros e fundamentação monista. Assim, utilizam a conjugação das funções propostas pelas outras matrizes da pena.

A proposta de tal corrente não era apenas a combinação das teorias absolutas e preventivas, mas “mediante a reflexão prática de que a pena, na realidade de sua aplicação, pode desenvolver a totalidade de suas funções frente à pessoa afetada e

seu mundo circundante, de maneira que o que importa é conseguir uma relação equilibrada entre todos os fins da pena (método dialético), servindo assim de ponte entre umas e outras.¹⁰

A partir dessa linha de raciocínio, busca-se ao mesmo tempo a justiça dos preceitos da pena bem como sua necessidade como última solução para a proteção de determinados bens jurídicos, externando assim o binômio; justiça/utilidade. Com isto, entende-se que para essa teoria, a pena só pode ser justificada se na contemporaneidade seja ela justa e útil. Assim, ainda que a pena seja justa, carecerá de legitimidade se não for útil ou se for útil e não for simultaneamente justa.

Neste prisma fica claro que a pena deve ser concebida como retribuição, e não com fim em si mesma; trata-se de retribuição da culpabilidade a serviço da prevenção - tanto geral quanto especial- da criminalidade. Deste modo, a retribuição deve ser colocada como limite da prevenção, não permitindo excessos punitivos decorrentes de uma política criminal baseada única e exclusivamente na idéia de prevenção.

Tendo em vista que tais teorias derivam da combinação dos fins propostos tanto pela retribuição quanto pela prevenção, podendo aparecer ora com destaque em uma função ora em outra; as teorias que enfatizam a finalidade retributiva como fundamento da pena são as denominadas conservadoras, outorgando a prevenção como papel acessório. Já as teorias que tem a retribuição da culpabilidade como limite da pena são denominadas de progressistas, considerando que: “ as penas e medidas de segurança destinam-se à proteção de bens jurídicos e à reintegração do sujeito na comunidade jurídica. A pena, pois, segundo esse projeto, deriva da necessidade social, pois não é, conforme seus termos, um sucesso metafísico, mas uma amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos”¹¹.

Atualmente, as principais concepções unitárias da pena são propostas por Claus Roxin e Luigi Ferrajoli.

¹⁰ idem. P.66

¹¹ idem. P. 67

6. TEORIA DIALÉTICA UNIFICADORA DE ROXIN

A pena, como retribuição da culpabilidade, apresenta-se um fim em si mesma, sem finalidade alguma, como exemplifica Kant: “mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se (v.g. o povo que vive numa ilha decidia separar-se e dissolver-se por todo mundo) teria, antes, de ser executado o último assassino que tivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus atos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo”.

Da seguinte maneira afirmou Hegel: o crime é uma negação do direito e a pena a negação da negação do direito. Como assevera Roxin: “o crime é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado. Igualmente a teologia cristã de ambas as confissões sustenta predominantemente, hoje como ontem, este ponto de vista, considerando a justiça como mandato de Deus, e a pena como a execução da função divina”. Neste momento, já se encontra traço marcante de retribuição: a desproporção entre o “pecado” e a “pena divina”, pois parte do pressuposto que o indivíduo comete o “crime” na Terra e poderá ser apenado por toda eternidade.

Outro problema que a retribuição traz em seu bojo é o de não conseguir definir um limite, quanto ao conteúdo do poder de punir do Estado e, da mesma forma, não impede a inclusão de qualquer conduta no Código Penal.

Da mesma sorte, a retribuição como compensação da culpabilidade é perigosa, uma vez que: “nada sabemos sobre os processos microfísicos do cérebro humano. E, mesmo que se pretendesse afirmar a liberdade da vontade como tal, ainda assim não se responderia a pergunta decisiva no processo, de saber se esse homem concreto poderia ter atuado de outro modo nessa situação concreta; a essa questão, como sem hesitações o manifestam eminentes psiquiatras e psicólogos, é impossível dar uma resposta com meios científicos” (ROXIN, op. Cit.), portanto afronta as idéias de democrática.

Portanto, verifica-se que a pena baseada na retribuição da culpabilidade tão somente exprime um ato de fé, demonstrando dessa forma irracionalidade.

Assim, conclui Roxin: “Resumindo numa só frase as três razões: a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante”.

Prosseguindo os fins destinados à pena criminal em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário a análise da Teoria da Prevenção.

Como explica Gilberto Ferreira, “a prevenção de que tratam as teorias relativas seria obtida por dois meios. Um geral, voltado a coletividade e tendo como instrumento a intimidação. Outro especial, voltado ao próprio delinqüente, e se daria através da emenda ou da segregação. Aquela tem função social e visa proteger a sociedade de novos crimes; este individual, tendo por objetivo evitar a reincidência”.

No mesmo sentido explica Bitencourt: “As teorias relativas da pena apresentam uma considerável diferença em relação as teorias absolutas, na medida que buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para as teorias preventivas a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas *quia peccatum est*, somente porque delinqüiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinqüir”.

Já no que versa a prevenção especial, deve-se lembrar que, embora o direito penal preventivo se mostre a primeira vista construtivo e social, há que se ponderar que a prevenção especial também não possibilita uma limitação do poder de punir do Estado, possibilitando que o “punido” fique ilimitadamente a disposição da correção estatal.

Não se pode negar que tal modelo trabalha com idéias de segurança jurídica: direito penal de fato, descrição típica estrita, bem como a previsão de uma pena certa e delimitada, mas como lembra Roxin: “ Tal fato demonstra que os defensores da teoria da prevenção especial não podem explicar a partir de sua posição inicial os fundamentos por eles propostos para o direito penal vigente. Assim, também eles têm como pressupostos a extensão e limites do poder punitivo estatal, que precisamente deveriam fundamentar”.

Bentham também faz crítica à concepção da prevenção especial, como pode se perceber no seguinte trecho: “Considerando o delito que passou na razão de um fato isolado, que não torna aparecer, a pena teria sido inútil: seria ajuntar um mal a outro mal: mas quando se observa que um delito impune deixaria o caminho livre não só ao réu, mas a todos os mais que tivessem os mesmos motivos e ocasiões para se lançarem ao crime, logo se reconhece que a pena aplicada a um indivíduo é o modo de conservar o todo. A pena, que em si mesma não tem valia; a pena que repugna a todos os sentimentos generosos, sobe até emparelhar com os mais altos benefícios, quando a podemos encarar, não como um ato de raiva ou de vingança contra um criminoso ou desgraçado que se rendeu a uma inclinação funesta, mas como um sacrifício indispensável para a salvação de todos”.

Assim sendo, Roxin segue: “... nos crimes mais graves, não teria de impor-se uma pena caso não existisse perigo de repetição. O exemplo mais contundente é constituindo, neste momento, pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de “ressocialização” alguma; nem tão pouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimados e protegidos. Deverão eles, então, permanecer impunes?”.

Por fim, deve-se ressaltar que a idéia de prevenção indica um objetivo da pena, que é a correção. A pergunta que se instala é: correção de quem para que? Roxin bem chama atenção neste sentido: “ o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas?” E encerra tal tópico: “ Exprimo-me numa só frase: a teoria da prevenção não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações”.

No entanto, sua realidade é outra, pois como lembra Roxin, a prevenção geral: “... possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível”.

Outro argumento contrário à aplicação da pena como intimidação é que nunca ficou comprovada a eficácia de seu efeito, mesmo porque todo novo crime cometido demonstra sua ineficácia. Neste sentido, Roxin discorre: “ Pode-se aceitar que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede em todo o caso com delinqüentes impulsivos ocasionais”, demonstrando o caráter seletivo desta matriz, pois dirige-se desta forma, àqueles que utilizam a intelectualidade para sopesar se “o crime vale a pena”.

A objeção mais relevante referente ao caráter intimidatório da pena é seu cunho exemplificativo, pois se castiga um indivíduo considerando outros. De modo explícito fere, assim, direito e liberdades públicas constitucionalmente asseguradas. “ Já Kant o criticou por atentar contra a dignidade humana, tendo afirmado que o indivíduo não pode ‘nunca ser utilizado como meio para as intenções de outrem, nem misturado com os objetos do direito das coisas, contra o que protege a sua personalidade natural’”.(ROXIN, pág 24).

Roxin, resumindo tais críticas à prevenção geral explana brevemente: “ A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípios semelhantes às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do estado nos seus pressupostos, nem limita-los nas suas conseqüências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico”. 1988).

7. O MODELO DE DIREITO PENAL MÍNIMO OU GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Ferrajoli parte da idéia que o direito penal é uma técnica de definição, comprovação e repressão do desvio. Desta forma, o único fim legítimo que pode e deve assumir tal ramo do direito é a prevenção geral negativa.

Este estudioso atribui à pena duas funções de igual importância: prevenir novos delitos e também coibir a aplicação de castigos informais impostos pelo estado. Assim, a pena além de aplicada sob a fórmula “*ne peccetur*”, também deve ser aplicada sob o rótulo “*ne punietur*”, ou seja, deve haver tanto a preocupação com o titular do bem jurídico protegido, quanto a tutela do delinqüente, não permitindo que a este sejam impostas reações informais, sejam de natureza pública ou privada, face o cometimento do fato delituoso.

Muito embora Ferrajoli atribua ao Direito Penal essa dupla função preventiva, ambas de cunho negativo: prevenção de futuros delitos e prevenção de reações arbitrárias ao delito, sejam de cunho privado ou público, é justamente a partir dessa articulação dos fins atribuídos à pena criminal que Ferrajoli questiona a idoneidade da função de prevenção de novos delitos. Ainda questiona a possibilidade da lei penal como instrumento de dissuasão do delinqüente, restando sua crença efetiva tão somente quanto ao objetivo de proteção do desviante contra as reações desmedidas.

Assim: “... só esse segundo fim é, ao seu ver, necessário e suficiente para fundamentar um modelo de direito penal mínimo e garantista; finalmente, porque só a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito serve para distinguir o direito penal de outros sistemas de controle social – policial, disciplinario, terrorista, etc”¹².

O autor parte da idéia que a prevenção geral delinea o “limite mínimo” das penas, enquanto o “limite máximo” é ditado pela prevenção das penas arbitrárias e desproporcionais. Por isso a prevenção geral expressa a vontade de uma maioria não-desviante, enquanto que a prevenção das reações desmedidas externaria o anseio de uma minoria desviante. Esses fins porque antagônicos e opostos geram um conflito

¹² Queiroz, Paulo de Souza. Op cit. P. 73

estabelecido entre esses dois segmentos face ao cometimento de um delito – colocam, assim, em lados opostos acusação e defesa.

O Direito Penal nasce do conflito verificado: de um lado a acusação, que sob a bandeira da defesa social, acaba primando pela maximização da prevenção e o agigantamento do castigo; de outro lado, o desviado, buscando sua defesa através da maximização da prevenção das penas arbitrárias. Assim, esse ramo do Direito passa a ser fruto da necessidade política e social de administrar tal conflito, proporcionando a um só tempo o controle da violência, seja ele perpetrada pelo desviante ou contra este.

Sob essas análises o referido autor (Ferrajoli) defende a abolição gradativa das penas restritivas de liberdade, estabelecendo que as mesmas tenham um máximo de dez anos até que isso se verifique, pois esse limite temporal seria o máximo tolerável.

Da mesma sorte demonstra que o Estado não tem o direito de obrigar seus súditos a não serem malvados, podendo, no máximo, não permitir que pratiquem malvadezas. Isso significa que não cabe ao Estado aplicar penas com o cunho pedagógico, não lhe é permitido, por afrontar idéias de democracia, reeducar, redimir, recuperar ou ressocializar a personalidade dos réus. Considera que o cidadão tem tão somente o dever de não cometer delitos, mas isso não significa que é ele obrigado a ser interiormente bom, pois tem o direito de ser aquilo que é, desde que isso não acarrete no mal de outros integrantes do seu grupo social.

Nesse sentido a lei penal deve ser entendida como a lei do mais fraco: seja esse o sujeito ofendido ou ameaçado pelo delito, seja o delinqüente ameaçado ou agredido pela vingança, transformando-a em meio hábil a tutelar os direitos fundamentais do cidadão. Assim, o Direito Penal assume o papel de impedir que os indivíduos façam justiça com as próprias mãos, bem como minimizar a violência, por isso, deve ele monopolizar a força, delimitar seus pressupostos e modalidades, excluindo o exercício arbitrário.

É a partir daí que surge a idéia de Direito Penal mínimo: um meio termo entre o direito penal máximo e o abolicionismo, visando o maior bem estar possível para os cidadãos não desviantes e o mínimo de mal estar necessário aos desviantes; um Direito Penal moldado para situações de absoluta necessidade, aplicando uma pena mínima necessária.

Busca-se, através desse Minimalismo, um ideal de racionalidade e certeza acabando com a possibilidade de intervenção nas situações onde houverem imperativos incertos e duvidosos. Por isso diz-se garantismo: "... tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra interesses da maioria, é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade, das proibições e dos castigos, a defesa dos débeis mediante regras iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, garantia de sua liberdade mediante o respeito de sua verdade"¹³.

8. CONCLUSÃO

Deste modo, se nos parece o Direito Penal não consegue cumprir todas as suas funções da maneira que deveria. A professora Vera Regina Pereira de Andrade salienta que: " as ciências sociais contemporâneas evidenciam que há, para além das intervenções contingentes, uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal nas sociedades capitalistas que aplicando a violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos Direitos Humanos, não apenas viola a sua programação normativa (os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais) e teleológica (fins atribuídos ao Direito Penal e a pena) mas é, num plano mais profundo, oposta a ambas, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. A potencialidade deste desenvolvimento contraditório está, todavia, inscrito nas bases fundacionais do próprio sistema, expressando a tensão entre um projeto jurídico penal tendencialmente igualitário e um sistema social fundado na desigualdade real de acesso à justiça"¹⁴.

¹³Queiroz, Paulo de Souza. Op cit. P. 77

¹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. P. 311

O que resta a indagar é por que reproduz-se um sistema de injustiças sociais? Se é nítido que os fins propostos pelo Direito Penal são “metafísicos” a medida que se contrapõe entre si e caminham diametralmente opostos a seus objetivos declarados. Neste sentido Fragoso afirma que: “uma política criminal moderna, em consequência, orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais. Trata-se de reduzir ao mínimo a aplicação do instrumento penal, procurando-se recorrer a outros meios de controle social” (HELENO FRAGOSO, 1988, pag19).

Considerando que em um Estado Democrático de Direito, como se pretende o Brasil, fulcrado em um sistema jurídico constitucional onde os princípios constitucionais ora se expandem, ora se retraem uns em função dos outros como forma de viabilizar os direitos humanos e proporcionar o máximo bem estar dos cidadãos; sistema esse que encontramos um único princípio absoluto: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Muito mais que um princípio constitucional absoluto, trata-se de um princípio universal absoluto.

Uma vez que todas as leis do nosso sistema devem obedecer a uma filtragem constitucional¹⁵, com muito mais propriedade nossa Constituição deve ser lida pelas lentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

No que versa a aplicação da pena, o próprio texto Constitucional veda a utilização de penas: “de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; de caráter perpétuo, de trabalhos forçados; de banimento; cruéis”¹⁶, pois contrariam o Princípio Universal Absoluto da Dignidade da Pessoa Humana.

A questão é que estas penas vedadas correspondem exatamente as características das penas aplicadas atualmente. Por exemplo, um indivíduo que não pode gozar de seus direitos civis e políticos está “morto”; um indivíduo condenado, no Brasil, sofrerá para sempre os efeitos da condenação e um deles será o banimento, a segregação social eterna; da mesma forma um indivíduo obrigado a aceitar qualquer

¹⁵ STRECK, Lenio. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁶ Constituição Federal, Art. 5º XLVII

trabalho, mesmo que indigno, o qual não proporcionará condições dignas de vida está sofrendo a aplicação da pena de trabalhos forçados e todas estas penas sempre aplicadas das mais cruéis formas possíveis. O mais grave disso tudo é que é por meio do “Sistema de Controle Formal – em especial o Direito Penal” que se sacramenta tal situação.

Assim, a melhor solução seria condicionar a punibilidade ao Princípio de Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, manter o juízo de admissibilidade ligado ao conceito analítico de crime: conduta típica, antijurídica e culpável, mas tão somente punível se respeitar a Dignidade da Pessoa Humana. Desta forma se garantiria a funcionalidade da pena criminal e se atribuiria a mesma somente programas que conseguissem manter a integridade do aludido princípio, tanto a dignidade do indivíduo não desviante como do indivíduo desviante.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA Jr, Edmundo Lima de. *Direito Moderno e Mudança Social*. Belo Horizonte: Del Rey.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- AZEVEDO, Jackson Chaves de. *Reforma penal no Brasil*. Florianópolis: OAB-SC, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro* São Paulo: Renovar, 2001
- BASTOS, Celso, et al. *Grupos de pressão no Brasil*. Brasília: PRND, 1985.
- Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.
- BARANDIER, Antonio Carlos – Coordenador. *CPI – Os Novos Comitês de Salvação Pública*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2001.
- BIZZOTO, Alexandre, et al. *Processo Penal Garantista- Visão constitucional e novas tendências*. Goiânia: AB, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BOSCHI, José Antônio P. *Persecução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. Parte geral, tomo 2º, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CAPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antônio Cardinalli. São Paulo: Ed. Conan, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. Belo Horizonte: Lúmen Iuris, 2001.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- Saudade do Futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.
- CORRÊA JR., Alceu. *Pena e constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

- Criminal Justice Legislation of Japan. Tokyo. Ed Unafei, 1999.
- Criminal Justice Profiles of Asia- Investigation, Prosecution and trial. Tokyo. Ed. Unafei, 1999
- CROSSMAN, R.H.S. *Biografia del Estado moderno*. Mexico, Fundo de Cultura econômica, 1992.
- DECOCQ, André et alli.. *Lê Droit de la Police*. Paris: ED. Litec, 1998
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Direito criminal na atualidade*. – São Paulo: Atlas, 1999.
- Justiça Criminal e Sociedade*. – São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- *Direito Processual Penal*. Coimbra. Ed. Coimbra, 1984
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1993
- DOTTI, René Ariel. *A reforma Penal e penitenciária*. Curitiba: Livraria Ghignone Editora, 1999.
- Declaração universal dos direitos do homem e notas da legislação brasileira*, 2ª Ed. Curitiba, JM Editora, 1999
- FERENCZY, Peter Andreas. *Defesa dativa: o elo frágil na relação processual penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- GAUZE, Roland. *La Police Judiciaire*. Lyon: ENSP, 2001
- GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000
- GOMES, Heraldo. *Vestígios da Inteligência Policial*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.
- GUÉHENNO, Jean Marie. *O fim da democracia*. Rio de Janeiro: Bertrams Brasil, 1994.
- GUERRA, Sidnei César Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, biblioteca de teses, 1999.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Dogmática Penal e Poder Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2000.

- GRINOVER, Ada *et alli*. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: 25ª Ed. Forense, 1999.
- HART, Herbert L. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- Japan Govnt, The Ninth United Nations Congress on the preventions of crime and the treatment of offenders. *Less Crime more justice: Security for all*. National Statement. Japan, Tokyo, 1995
- LEAL, César Barros. *Violência e Vitimização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2001.
- MALCHER, J.L da Gama. *Manual de Processo Penal*. 2ª. Ed. Freitas Bastos Editora, 1999.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: 3ª Ed. Forense, 2002.
- PENTEADO, Jaques de Camargo, *et al*. *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- PEREIRA, Luiz Alberto Ferracini. *Da prova penal*. São Paulo: Livraria de Direiro, 1995.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: 22ª Ed. Forense, 2002.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Tutela de urgência no processo penal brasileiro. – Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998
- _____. *Audiência processual penal; Doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996
- Revista Adpesp, ano 17, nº. 21, São Paulo, 1996.
- Revista Adpesp, ano 17, nº. 22, São Paulo, 1996.

- Revista Consulex, ano IV, Volume I, Nº. 41, 31 de maio de 2000.
- Revista Consulex, ano IV, Volume II, Nº. 42, 30 de junho de 2000.
- Revista da Adepesc, nº. 1, 2º Semestre 1997.
- Revista da Adepesc, nº. 5, 1º Semestre de 2000.
- Revue internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique. Nº. 1, Ed. Marcel Meichtry Genève, 1999.
- Revue Internationale de Droit Penal. *Les Systemes Pénaux à L'Épreuve du Crime Organisé*. 3º. Et 4º. Semèstres, 1997, Ramonville St. Agne, France: Ed. Erès, 1997.
- Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal, Publication trimestrielle, nº. 2, abril/Juin 1995, Versailles, 1995.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1957
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- SIQUEIRA, Raimundo *et al*. *Nove armas para a polícia*. Curitiba: Artes e Textos, 1991.
- STRECK, Lenio. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- Supreme Court of Japan. *Outline of Criminal Justice in Japan*. Tokyo, 1999
- THOMÉ, Ricardo Lemos. *Contribuição à prática de polícia judiciária*. Florianópolis: Ed. Do Autor, 1997.
- TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado Moderno*. CNPq, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1989.
- UNAFEI – United Nations Asia and Far East Institute. *Ressources Material Series*, nº. 43.
- Quest for Effective Methods of Organized Crime Control*. Tokyo: Unafei, 1993.
- UNAFEI – United Nations Asia and Far East Institute. *Ressources Material Series*, nº. 50
- Crime Prevention through effective firearms regulation*. Tokyo: Unafei, 1998.
- UNAFEI – United Nations Asia and Far East Institute. *Ressources Material Series*, nº. 52