

FACULDADE DE DIREITO - UFPR
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL - ICPC

CRIMINALIZAÇÃO
DO
DIREITO PENAL

CURITIBA
2008

HEMILY FHABIANA IWANUSK

**CRIMINALIZAÇÃO
DO
DIREITO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia ministrado pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – Faculdade de Direito - UFPR, sob a orientação do Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos.

**CURITIBA
2008**

HEMILY FHABIANA IWANUSK

**CRIMINALIZAÇÃO
DO
DIREITO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia ministrado pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – Faculdade de Direito - UFPR, sob a orientação do Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos.

BANCA EXAMINADORA

CONCEITO FINAL

CURITIBA

2008

“Para lá do portão ficava o mundo luminoso da liberdade, que do lado de cá se imaginava como uma fantasmagoria, uma miragem. Para nós, o nosso mundo não tinha nenhuma analogia com aquele, compunha-se de leis, de usos, de hábitos, de uma casa morta-viva, de uma vida a parte e de homens a parte.”

DOSTOIEWSKI

RESUMO

Este trabalho foi proposto como intuito de abordar o tema Criminalização do Direito Penal de forma simples, demonstrando como é um tema peculiar e traz uma gama de informações, o qual nos dá uma ampla visão sobre a realidade.

O Direito Penal é criminalizado quando viola a liberdade do cidadão, os direitos e garantias fundamentais, e ainda quando coloca em prática uma política criminal que oprime, esquecendo-se de que o seu papel é acima de tudo proteger o indivíduo dos males que a sociedade capitalista produz.

ABSTRACT

This work was proposed as an order to address the issue Criminalisation of criminal law in a simple form, demonstrating how an issue peculiar and brings a range of information, which gives us a broad vision about the reality. The criminal law is criminalised when violates the freedom of citizens, rights and guarantees, and yet when put into practice a criminal policy that oppresses, forgetting that his role is first and foremost protect the individual ills of that society capitalist produces.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. DIREITO	8
1.1 DIREITO PENAL E SUA RELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PROCESSUAL PENAL	8
1.2 DIREITO PENAL COMO MEIO DE CONTROLE SOCIAL.....	10
1.3 CONCRETIZAÇÃO DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS	13
2. PENA.....	16
2.1 FUNÇÃO DA PENA	16
2.2 ESPÉCIES DE PENA	18
3. PRINCÍPIOS	20
3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	20
3.1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	20
3.1.1.1 Princípio da reserva legal	21
3.1.1.2 Princípio da anterioridade	21
3.1.1.3 Princípio da taxatividade	22
3.1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	22
3.1.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	23
3.1.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	23
3.1.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	24
3.1.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	24
3.1.7 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	26
4. DIREITO E LIBERDADE	29
4.1 CONCEITO	29
4.2 LIBERDADE – DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA GERAÇÃO.....	29
4.3 A LIBERDADE E NÃO-LIBERDADE	32
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade informar aos leitores o extenso caminho que o Direito Penal tem a percorrer, assimilando e unindo normas de Direito Processual Penal, da Constituição Federal de 1988 e da Criminologia.

Para que o caminho torne-se fácil, o apoio dos grandes doutrinadores que contribuem com seus conceitos e análises sobre as normas jurídicas que aceitamos como evidentes e seguras para a convivência social, nos serão de grande utilidade, com a evolução de suas interpretações, e a busca pelo conhecimento, este trabalho nos permite tratar dos aspectos mais relevantes dentro dessa relação entre o Direito Penal e os outros campos jurídicos, observando sempre a questão da liberdade e sua violação dentro de uma norma penal criminalizada desde a sua formação.

Destarte, a correta observância de alguns dos princípios constitucionais, quais sejam: princípio da legalidade; princípio da presunção da inocência; princípio do contraditório; princípio da ampla defesa; princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da humanidade identifica a Constituição Federal de 1988, como sendo

(...) a ordem democrática, que opera uma autolimitação para resguardar os direitos fundamentais. Na precisa fórmula da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), 'é essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão.

As constituições atualmente possuem um caráter programático e democrático voltado para a concretização dos valores por ela enunciados. Assim, a correta observância dos princípios constitucionais, possibilitará a realização de um processo com as mínimas chances de erros, e sempre que não houver perigo a segurança pública não há a necessidade de o indivíduo permanecer sob a custódia do Estado.

Mesmo porque, a violação da liberdade confronta o ordenamento constitucional brasileiro, que em seu artigo 5º afirma:

todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... II – ninguém será obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei.²

¹ PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 73.

² BRASIL, Constituição (1988).

A democracia, apesar de todas as suas falhas, ainda é o melhor sistema a ser adotado por uma nação, segundo Bobbio “pode haver direito sem democracia, mas não há democracia sem direito”³. Por ela, as pessoas têm iguais oportunidades, liberdades individuais e condições plenas para o exercício da vida humana. Nesse sentido, Streck, *apud* Carvalho diz:

as garantias tanto liberais como sociais expressam os direitos fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses do mais débeis em relação ao dos mais fortes, assim como a tutela das minorias marginalizadas frente as maiorias integradas.⁴

A dificuldade enfrentada pelo atual Estado Democrático de Direito está relacionada ao fato de que foi dada muita ênfase à liberdade da pessoa humana esquecendo-se o Estado de impor certas limitações, desta forma criam-se inúmeras leis paralelas e ou medidas provisórias que regem o País. E, o Judiciário que deveria ser imparcial “vem constituído por Juízes ungidos pela escolha presidencial”⁵

Por fim, Sgubbi, *apud* Luisi, “os espaço de liberdade das pessoas se reduz progressivamente, sendo que atualmente é raro encontrar condutas que se possam dizer estranhas a área de uma sanção jurídica.”⁶

³ BOBBIO, A era dos direitos. 2004, p.7.

⁴ CARVALHO, Aplicação da pena e garantismo. 2004, p. 20.

⁵ LUISI, Os princípios constitucionais penais. 2003, p. 326.

⁶ Op.cit., 2003, p. 326.

1. DIREITO

A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para consegui-lo. Por muito tempo perdurará ainda, enquanto o mundo for mundo – nunca poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos.⁷

Definir direito é um pouco difícil, devido ao fato de que são inúmeras as definições encontradas, pode-se dizer que direito é uma regra de conduta obrigatória, é um sistema de conhecimento jurídico, é uma faculdade ou poder que tem ou pode ter uma pessoa em exigir uma conduta de outra pessoa ou grupo de pessoas. No entanto, a definição que melhor satisfaz é a do jurista romano Ulpiano que diz: “os preceitos do direito são: viver honestamente, não causar dano a ninguém, dar a cada um o que é seu”.⁸

1.1 DIREITO PENAL E SUA RELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PROCESSUAL PENAL

Direito Penal é a âncora para solucionar conflitos sociais como observa Mirabete:

(...) das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade surge o Direito, que visa garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social. O fato que contraria a norma de Direito, ofendendo ou pondo em perigo um bem alheio ou a própria existência da sociedade, é um ilícito jurídico, que pode ter conseqüências meramente civis ou possibilitar a aplicação de sanções penais.⁹

Tal conceito reporta ao campo do saber constitucional, onde tem-se nos artigos 1º a 5º uma vasta gama de direitos e garantias ao ser humano. A atual Constituição Federal Brasileira é posterior a nossa lei penal, posto que essa data de 7 de dezembro de 1940 e aquela de 5 de outubro de 1988. Deve-se ter em mente que as pessoas como seres racionais evoluíram, e muito do que era considerado infração em 1940, no ano da promulgação da nova Carta Magna já não o era, e hoje

⁷ IHERING, A luta pelo direito. 2003, p. 21.

⁸ GUSMÃO, Introdução ao estudo do direito. 2001, p. 68.

⁹ MIRABETE, Manual de Direito Penal. 2001, p. 22.

em pleno século XXI todo um mundo está em busca pela Paz Social e pela diminuição e até mesmo cessação de conflitos, assim como o ser humano está em constante busca por uma sociedade digna e justa, norteada de pessoas livres em todos os aspectos que o vernáculo possa levar, permitindo ao Estado prover todas as suas premissas, assim como cumprir efetivamente o seu papel de Estado Democrático de Direito, visto que, nas sociedades contemporâneas, o papel do Estado vem definido pela Constituição, que como norma jurídica suprema, tem como pressuposto a criação, vigência e execução dos demais ordenamentos jurídicos, estes sempre respeitando suas limitações.

Afinal, as funções do Direito e do Estado são: “possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência”.¹⁰

Portanto, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada não apenas como padrão de validade das normas penais, mas também como limitação ao poder punitivo do Estado.

Desta forma, fala-se que “(...) a Constituição Federal constitui-se na primeira manifestação legal da política penal de um Estado.”¹¹ é ela que materializa a ordem jurídica deste Estado, isto é, a Constituição Federal é o elo entre a ordem jurídica, política e social de uma comunidade.

O Direito Penal é uma amarga necessidade de uma sociedade que busca garantir determinados interesses, posto que “ o Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas.”¹², tornando-se um instrumento da política social de que se vale o Estado à aplicação de sanções. Desta forma, tem-se no Direito Penal a subordinação do indivíduo ao poder estatal, poder este que tem por finalidade impor a aplicação de uma pena à realização de um crime. Assim, no dizer de Zaffaroni

(...) podemos dizer provisoriamente que o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama delito, e aspira a que tenha conseqüência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. (...).¹³

¹⁰ QUEIROZ, Funções do Direito Penal. 2005, p. 115.

¹¹ ZAFFARONI, Manual de Direito Penal Brasileiro – Vol. I. 2004, p. 132.

¹² JUAREZ CIRINO, Direito Penal-parte geral. 2007, p.3.

¹³ Op. cit., p. 85.

Assim sendo, surge o Direito Processual Penal que prevê a forma de realização e aplicação do *'jus puniendi'* do Estado, em conflito com o *'jus libertatis'* do acusado, em outras palavras, "(...) o direito processual penal põe em funcionamento a ação penal (...)" ¹⁴, isto é, a efetiva aplicação do Direito Penal, levando-se sempre como premissa a busca da verdade para impedir que inocentes sejam condenados e percam o seu direito de ir e vir, sua liberdade, assegurados pela Constituição Federal de 1988, e para que não fiquem impunes àqueles que descumprem a norma.

Destarte, "a descoberta da verdade se apresenta como meio e modo para a reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal." ¹⁵Essa 'verdade' implica em observar que o Direito Penal trabalha com dois pontos extremos, isto é, "duas espécies de certeza, ambas relativas e subjetivas, cada uma delas acompanhada de uma forma correlativa de incerteza" ¹⁶: de um lado tem-se um direito penal mínimo que busca uma verdade pela qual nenhum inocente seja punido no lugar de um culpado ficar impune e, de outro lado um direito penal máximo que ao contrário do anterior busca uma verdade pela qual nenhum culpado fique impune no lugar de um inocente ser punido. A busca pela verdade formal ou certeza de culpabilidade é o fim perseguido pelo Processo Penal e, no momento em que ocorrem ausências de elementos que configurem um delito, o Direito Processual Penal está diante do princípio *'in dubio pro reo'*, que optará pela absolvição do acusado. Desta forma,

A certeza, ainda que não absoluta, a que aspira um sistema penal do tipo garantista não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos todos os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos somente aqueles nos quais se tenha comprovado a culpabilidade por sua comissão. ¹⁷

1.2 DIREITO PENAL COMO MEIO DE CONTROLE SOCIAL

Falar em Direito Penal é falar de violência, mas não só a violência materializada no Código Penal, mas é falar da violência proporcionada pela Lei Penal através do Código Penal e o modo de aplicação de suas sanções, pois a Lei

¹⁴ ZAFFARONI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 138.

¹⁵ MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal – Vol. I. 2003, p. 64.

¹⁶ FERRAJOLI, Direito e Razão. 2006, p. 103.

¹⁷ Op. cit, p. 103.

só rege as situações que nela se encontram como o homicídio, as penas privativas de liberdade, e, o que é a aplicação dessa mesma Lei pelo Estado senão um modo de infração cometida por Ele? Então, pode-se dizer que o Direito Penal é a “(...) violência a serviço do controle da violência.”¹⁸

Destarte, o Direito Penal é um instrumento privilegiado de política e utilidade social de que se vale o Estado para a realização dos fins que lhes são constitucionalmente destinados, como visualiza Dotti,

O Direito Penal é a ciência destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do Homem. A sua tutela envolve a comunidade e o Estado como expressão coletiva da pessoa humana, em torno de que gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem. Desde o direito á vida até o direito à sepultura, começo e fim da existência, (...). Em todos os trechos do funcionamento do sistema, o Homem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que na categoria de direitos humanos, o Direito Penal é o mais relevante, o de maior transcendência.¹⁹

No entanto, não se deve perder o foco, pois a atuação do Direito Penal traz uma gama de violência inerente a essa forma de intervenção estatal, pois carrega consigo uma violência desregrada e de difícil controle, com um agravante: a violação dos direitos humanos por parte das pessoas que estão incumbidas desta função. Por isso o ordenamento jurídico penal torna-se um direito criminalizado, através de normas que prevêem penas para todo tipo de ação que seja incoerente com o que é determinado pelos tipos legais prescritos no Código Penal. Assim sendo, Juarez Cirino afirma:

O Direito Penal e o sistema de justiça criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo.²⁰

É nesse momento que se deve voltar para a seguinte questão: qual a função social do Direito Penal? É ele apenas um instrumento de controle da criminalidade que usa da violência para cumprir seu papel punitivo ou, tem como função assegurar a todos os cidadãos, proteção a sua integridade física e moral, assim como ao seu patrimônio. A resposta é que, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, no qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes

¹⁸ QUEIROZ, Funções do Direito Penal. 2005, p. 111.

¹⁹ DOTTI, Bases e alternativas para o sistema de penas. 1998, p. 154.

²⁰ JUAREZ CIRINO, Direito Penal-parte geral. 2007, p. 9.

(...)²¹, cabe ao Direito Penal possibilitar dentro de uma política social, a convivência social, condicionando o exercício da liberdade e impedir o uso da violência. Pois, “Democracia é o regime político que consente o desenvolvimento pacífico dos conflitos (...)²²”.

Nestas condições, diz-se que o homem vive em sociedade interagindo com outros homens, que vivem em uma sociedade em forma de grupos, e ao resolver seus conflitos demonstram uma estrutura de poder, e através desta estrutura de poder controlam socialmente a conduta dos demais. Isto posto, pode-se dizer que

(...) toda sociedade tem uma estrutura de poder (político e econômico) com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados do poder, na qual, logicamente, podem distinguir-se graus de centralização e de marginalização. Há sociedades com centralização e marginalização extremas, e outras em que o fenômeno se apresenta mais atenuado, mas em toda sociedade há centralização e marginalização do poder.²³

Esta centralização e marginalização do poder demonstra que os cidadãos privilegiados socialmente, geralmente os que detêm poder econômico e possuem riqueza, são beneficiados e afastados da aplicação da Lei Penal; e aqueles que se encontram a margem da pobreza e miséria social, geralmente são visados e abarcados pelo nosso sistema penal, não possuindo sequer o mínimo de dignidade humana e, são denominados os “marginais” da sociedade ou como denomina Juarez Cirino²⁴: sujeitos criminalizáveis. O grupo dominante necessita uma forma de controle destes “sujeitos criminalizáveis”, que seguidamente afrontam seu “status”. Para tanto, aplicam seu poder como controle social, que é o processo através do qual uma “(...) sociedade determinada é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos (...)”.²⁵ No entanto, segundo Rosa “(...), nem mesmo, por maioria se pode violar/negar os *Direitos Fundamentais* dos indivíduos.”²⁶

O controle social da “classe marginal”, devido à necessidade de garantir a ordem contra seus comportamentos desviantes, é exercido de modo difuso, através da família, da religião, das atividades artísticas, dos meios massivos de comunicação, estes por sua vez, induzem padrões de conduta sem que a sociedade

²¹ BRASIL Constituição (1988), art. 1º, parágrafo único.

²² FERRAJOLI, Direito e razão. 2006, p. 871.

²³ ZAFFARONI, Manual de direito Penal Brasileiro. Vol. I. 2004, p. 61.

²⁴ JUAREZ CIRINO. Direito Penal – parte geral. 2007, p. 12.

²⁵ KELSEN, Teoria Pura do Direito. 1998, p. 96.

²⁶ ROSA, Decisão Penal: a Bricolage de Significantes. 2006, p. 87.

perceba esse efeito, acreditando ser esta uma forma de recreação; ou de modo institucionalizado, exercido através da educação, da medicina, da investigação científica, da lei, etc. Vale lembrar que “(...) qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência (...)”²⁷

Sobretudo, um controle social eficaz, se dará com a melhora das condições de vida da sociedade dita marginalizada, através de políticas sociais, educacionais que venham a interagir com os indivíduos desta sociedade, assim como uma melhor condição de vida, por exemplo, saneamento básico, saúde, alimentação balanceada e saudável, moradia e tantos outros que merecem destaque. E mais, uma justiça social bem sucedida propiciará aos cidadãos segurança e bem-estar, assim como, sentir-se-ão garantidos no exercício de seus direitos fundamentais expressos na Constituição, conforme Baratta *apud* Queiroz “(...) limitar o poder punitivo (...) e assegurar as condições de poder viver condignamente (realização dos direitos sociais) – equivale à relação que existe entre política de direito penal e política integral de proteção dos direitos.”²⁸

1.3 CONCRETIZAÇÃO DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS

“O verdadeiro processo começa apenas no momento do julgamento.”²⁹ Assim, diz-se que se um homem for acusado ou vítima de algum crime, deve ter assegurado o direito à palavra e ao silêncio, o direito de ser defendido, de discutir as provas, enfim, o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial, isto é, direito a um julgamento justo, seguido de todos os atos processuais garantidos pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Greco Filho

(...), fala em processo como garantia ativa e garantia passiva. É garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do habeas corpus, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra a violação de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc. É garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado à possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o, qual não pode impor restrições à liberdade sem o competente e devido

²⁷ ZAFFARONI, Manual de direito penal brasileiro. Vol. I. 2004, p. 61.

²⁸ QUEIROZ, Funções do direito penal. 2005, p. 113.

²⁹ DELMAS-MARTY, Processo penal e direitos do homem: rumo a consciência européia. 2004, p. XVI.

processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão.³⁰

O processo só existe quando ocorre um conflito de interesses, isto é, quando duas pessoas ou mais não concordam em fazer ou não fazer alguma coisa, em confronto com o princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. É nesse momento que surge a lide, e é através do processo que se buscará a melhor solução para tal conflito. “Couture define o processo como sendo um meio idôneo para dirimir imparcialmente, por ato de juízo de autoridade, um conflito de interesses com relevância jurídica.”³¹

No entanto, o presente trabalho tem buscado relacionar conceitos penais e processuais penais, tendo sempre em vista a Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual vislumbra-se o relacionamento entre o processo e o Estado com observação das normas processuais constitucionais. Diante do exposto,

o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinárias, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive. Por isso, a cada dia que se passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia da liberdade.³²

No livro *Processo Penal Constitucional*, Fernandes³³ elaborou tópicos de forma didática para elucidar o caminho traçado pelo Processo Penal conforme os preceitos constitucionais: a investigação criminal, prisão e liberdade, ação penal, proteção à identidade e ao sigilo, juiz natural, promotor natural, a vítima e a reparação do dano, acordo civil e transação penal e a suspensão condicional do processo, elementos que se dividem nos cinco institutos fundamentais do Processo

³⁰ GRECO FILHO, Tutela constitucional das liberdades. 1989, p. 60.

³¹ ALVIM, Teoria geral do processo. 2002, p. 19.

³² GRINOVER, Novas tendências do direito processual com a Constituição de 1988. 1990, p. 14-15.

³³ FERNANDES, Processo Penal Constitucional. 2005, p. 18-25.

Penal à luz da Constituição em face dos princípios, garantias e direitos constitucionais do Processo Penal: o processo, a jurisdição, a ação penal, defesa e medidas cautelares que têm relevante importância no Processo Penal por envolverem a prisão e a liberdade do acusado.

Desta forma, “o processo é enfim mera seqüência de atos coordenados que se desenvolvem até a sentença. Interessa apenas o seu caráter evolutivo, a marcha que se desenvolve, o caminho que percorre de forma progressiva.”³⁴

³⁴ Op. cit., p. 35.

2. PENA

Pena pode ser conceituada como “uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo e, ainda, o regime político a que está submetido”.³⁵

“Pena é a expiação ou castigo, estabelecido por lei, no intuito de prevenir ou reprimir a prática de qualquer ato ou omissão de fato que atente contra a ordem social, o qual seja qualificado como crime ou contravenção.”³⁶

No entanto, deve-se observar que não há necessidade da pena ser maior que o mal causado pelo criminoso e sim suficiente para que produza o efeito desejado, segundo Ferrajoli, “a pena – segundo a já aludida tese que une Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham e Carmignani – deve ser ‘necessária’ e a ‘mínima dentre as possíveis’ em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos.”³⁷

2.1 FUNÇÃO DA PENA

A pena é o modo de coerção estatal. E mais, a intervenção penal é uma das formas mais lesivas de restrição da liberdade, cuja aplicação é devidamente autorizada pela Constituição. Diz-se que,

a pena caracteriza-se como um verdadeiro instrumento da autoconstatação do Estado, ou seja, serve para a reafirmação de sua existência, constituindo-se assim em uma necessidade para a própria sobrevivência do Estado.³⁸

Porém o Estado não pode intervir arbitrariamente na vida das pessoas apenando-as, visto que num ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, ele próprio deve respeitar os princípios constitucionais.

Assim, no Estado Democrático de Direito a pena possui dupla função: a limitação do *jus puniendi* e a conservação da paz social. Desta forma, a pena deve perseguir um fim condizente com a democracia e os ditames constitucionais, e para determinar a função da pena dentro de um Estado de Direito, deve-se analisar qual

³⁵ DOTTI, Reforma penal Brasileira. 1988, p. 259.

³⁶ SILVA, Vocabulário Jurídico. 2005, p. 1021.

³⁷ FERRAJOLI, Direito e razão. 2006, p. 362.

³⁸ SHECAIRA, Teoria da pena... . 2002, p. 144.

o modelo de Estado adotado pela Constituição. Dotti, expressando o pensamento de Mir Puig, diz:

(...) fiel a um modelo de um Estado social e democrático de Direito, a pena há de cumprir uma missão (política) de regulação ativa da vida social que assegure o seu funcionamento satisfatório mediante a proteção dos bens de todas as pessoas. Tal perspectiva supõe a necessidade de se conferir às sanções penais a função de prevenir os delitos. Ao Estado social – que não deve se converter em autoritário, mas se manter em democrático e de Direito – impõe-se a obrigação de respeitar uma série de limites no sentido de que a prevenção será exercida em benefício e sob o controle de todos os cidadãos. Se o Direito Penal liberal atribui à pena tanto a função de prevenção como a de retribuição, conforme estivesse a serviço do homem empírico ou do homem ideal, o Direito Penal do Estado Social não poderia senão conferir à pena a função preventiva.³⁹

Na legislação brasileira, “observa-se a opção político-criminal do legislador pelo pragmatismo, não se identificando filiação a qualquer teoria da pena em particular”.⁴⁰

Segundo alguns doutrinadores, pode-se dizer que o Brasil adota a teoria mista ou eclética, tendente a agrupar um conceito único os fins da pena. Essa corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absoluta e relativa. Como explica Juarez Cirino,

No Brasil o Código Penal consagra as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena ‘conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção do crime**’ (art. 59, CP): a *reprovação* exprime a idéia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (neutralização e correção do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.⁴¹

As teorias mistas sustentam que essa unidimensionalidade em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com conseqüências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem. Esse é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena. De fato, na ocasião da aplicação da pena e na posterior execução, percebe-se que o objetivo maior está na reintegração social do condenado, em sua ressocialização, situação que se encontra evidente no artigo 59 do Código Penal.

³⁹ DOTTI, Bases e alternativas para o sistema de penas. 1998, p. 326.

⁴⁰ QUEIROZ, Funções do direito penal. 2005, p. 79.

⁴¹ JUAREZ CIRINO, Direito Penal - parte geral. 2007, p. 465.

A ressocialização deve ser encarada não no sentido de reeducação do condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja, mas sim como reinserção social, isto é, torna-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o delinqüente retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou seqüelas que impeçam uma vida normal.⁴²

Assim como as teorias isoladas possuem falhas, as teorias unificadoras passam a somar as falhas e defeitos que as particulares possuem, desta forma pode-se definir o “Direito Penal como sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções”⁴³

Na visão de Ferrajoli⁴⁴, “(...) a única coisa que se pode e se deve pretender com a pena é que, como escreveu Francesco Carrara, ‘não perverta o réu’.” Isto é, nem educar nem deseducar, nem fazer dele uma pessoa melhor nem piorá-lo e sim permitir que ele encontre caminhos que possibilitem um esperança de vida melhor, e essa mudança só será alcançada com a melhora das penitenciárias através de projetos educacionais, sociais, que permitam uma melhor condição de vida dentro da prisão.

2.2 ESPÉCIES DE PENA

Se é sabido que a pena surgiu como manifestação de vingança punitiva que ocorria por particulares e que não possuía limites entre a proporção do mal sofrido e a reação cabível, hoje nós possuímos um sistema punitivo que é exercido pelo Estado com autolimitação à reação de vingança e a legitimação do *jus puniendi*.

No Código Penal Brasileiro, em seu artigo 32⁴⁵, as penas são divididas em:

1. privativas de liberdade – privam o condenado do seu direito de ir e vir e permanecer;
2. restritivas de direito – diminuem alguns direitos do condenado;
3. multa – acarretam uma certa diminuição do patrimônio do condenado.

No entanto, a pena privativa de liberdade é a forma mais violenta de controle penal em nossos tempos. Como observa Foucault,

⁴² SHECAIRA, Teoria da pena... . 2002, p. 144.

⁴³ Op. Cit., p. 487.

⁴⁴ Op. Cit., p. 365.

⁴⁵ CÓDIGO PENAL, Decreto-Lei nº 2848, de 7 dezembro de 1940.

(...) a punição é uma técnica de coerção de indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena. O soberano e sua força, o corpo social, o aparelho administrativo. A marca, o sinal, o traço. A cerimônia, a representação, o exercício. O inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata. O corpo que é supliciado, a alma cujas representações são manipuladas, o corpo que é treinado, (...).⁴⁶

Desta forma, as penas foram criadas pelo Estado. Como já citado acima, Shecaira diz que é a reafirmação da existência do Estado constituindo a sua própria sobrevivência, visto que a pena surge quando fracassam todos os meios de controle social, então a pena é o meio do qual o Estado mostra o seu poder e acaba por esquecer a sua eficiência.

⁴⁶ FOUCAULT, Vigiar e punir: nascimento da prisão . 1987, p. 108.

3. PRINCÍPIOS

“Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica.”⁴⁷ Eles consubstanciam as premissas básicas, são a síntese dos valores mais relevantes de uma dada ordem jurídica.

As Constituições modernas incorporaram os princípios de Estado liberal e social, assim, renovam as garantias individuais e introduzem normas destinadas a tornar concretas a liberdade e a igualdade dos cidadãos.

Para Luisi, “os princípios que asseguram os direitos humanos e a cidadania são denominados Rechtsstaats e os que tutelam valores sociais são denominados Sozialstaats.”⁴⁸ Nesse sentido,

(...) nos princípios constitucionais se situam de um lado, os fundamentos do direito de punir do Estado, indicando seus fins e seu alcance como também as suas fontes e exigências de seus enunciados. E principalmente fixando os seus infranqueáveis limites. E, de outro lado, as exigências do Sozialstaats, fazendo do Direito Penal um instrumento na construção de uma sociedade que, mantendo-se fiel as instâncias inderrogáveis dos postulados iluministas, almeje, também, ser mais igualitária, isto é, mais justa.⁴⁹

Os princípios elencados neste trabalho, segundo Barroso⁵⁰ são chamados de princípios gerais, e se concentram no Capítulo I, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dedicado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS

3.1.1 Princípio da legalidade

O Princípio da Legalidade, desde o Iluminismo do século XVIII, exerce suma importância para o Direito Penal, e se insere numa lógica em que o poder estatal é

⁴⁷ BARROSO, Interpretação e aplicação da Constituição. 2004, p. 151.

⁴⁸ LUISI, Os princípios constitucionais penais. 2003, p. 11.

⁴⁹ Op. cit., p. 15.

⁵⁰ Op. cit., p. 158.

restringido, tendo como principal papel garantir direitos mínimos para os indivíduos, aos quais pode ser imputada a prática de crime somente se a lei prévia estabeleceu determinada conduta como tal.

Está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988⁵¹ e no artigo 1º do Código Penal⁵²: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal, ou seja, pelo brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Feuerbach).

Trata-se de uma garantia constitucional que representa uma limitação imposta pela sociedade ao poder punitivo do Estado, pois ninguém pode ser punido senão por virtude de lei. Existem divergências sobre o nascimento do referido princípio, mas o que está claro é que “o princípio da legalidade transformou-se em grande aforismo político apenas através do surgimento e difusão do ideário iluminista, proposto por diversos pensadores e filósofos do século XVIII.”⁵³

O princípio da legalidade tem significado político e jurídico: no primeiro caso, é garantia constitucional dos direitos do homem, e, no segundo, fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente sem definição prévia da conduta punível e determinação da *sanctio juris* aplicável.⁵⁴

Do princípio da legalidade penal decorre o princípio da reserva legal, o princípio da anterioridade e o princípio da taxatividade.

3.1.1.1 Princípio da reserva legal

Este princípio deve ser entendido como exigência de lei para criminalizar condutas ou impor penas, isto é, só “a lei pode disciplinar a matéria criminal, excluindo-se qualquer outro tipo de disciplina normativa.”⁵⁵ Essa exigência de lei, refere-se à lei escrita aprovada pelo Congresso Nacional.⁵⁶

3.1.1.2 Princípio da anterioridade

⁵¹ BRASIL, Constituição (1988), artigo 5º.

⁵² CÓDIGO PENAL, Decreto-Lei nº2848 de 7 de dezembro de 1940.

⁵³ SHECARIA, teoria da pena.... 2002, p. 74.

⁵⁴ MARQUES, Tratado de direito penal – Vol. I. 2002, p. 153.

⁵⁵ LUISI, Princípios constitucionais penais. 2003, p. 22.

⁵⁶ Op. cit., p. 77.

Este princípio vem previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, inciso XL⁵⁷: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, e, no artigo 2º do Código Penal⁵⁸: ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. É uma garantia ao cidadão de que somente será punido pela lei em vigor na data do crime, isto é, “a irretroatividade das normas penais incriminadoras decorre diretamente do conceito de anterioridade, pois a lei posterior não pode servir para punir ou agravar a pena de um fato praticado anteriormente.”⁵⁹

3.1.1.3 Princípio da taxatividade

Este princípio determina que “as normas penais devem ser claras e objetivas, a fim de evitar formulações vagas e imprecisas, acarretando a inconstitucionalidade de tipos penais vagos e de determinadas normas penais em branco.”⁶⁰

A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixando com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a descricionariedade do aplicador da lei.⁶¹

3.1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988⁶²: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A presunção de inocência é uma das mais importantes garantias constitucionais, pois através dela o acusado deixa de ser um mero objeto do processo, passando a ser sujeito de direitos dentro da relação processual.

⁵⁷ BRASIL, Constituição (1988), artigo 5º.

⁵⁸ CÓDIGO PENAL. Decreto-Lei nº2848, de 7 de dezembro de 1940.

⁵⁹ SHECAIRA, Teoria da pena... . 2002, p. 78.

⁶⁰ Op. cit., p. 77.

⁶¹ LUISI, Princípios constitucionais penais. 2003, p. 25.

⁶² BRASIL, Constituição (1988), artigo 5º.

No entanto, não está dito no texto constitucional que todo o homem se presumirá inocente até que seja condenado, mas sim que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A lei considera a inocência de todos até que eventual condenação seja transitada em julgado, ou seja, “(...) o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.”⁶³ Durante todo esse período, o criminoso tem todos os seus direitos e garantias fundamentais tutelados por lei.

Não pode haver precipitação no momento de decidir o futuro do acusado pois, assim como o ser humano é passível de erros ao ponto de praticar um delito, assim também poderá sê-lo no julgamento.

3.1.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988⁶⁴: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Todo o processo tem que caminhar dentro do devido processo legal e, mesmo após trânsito em julgado, o condenado somente será apenado dentro do que a lei prevê, respeitando-se o princípio da legalidade.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (...).⁶⁵

Sendo assim, faz-se indispensável à citação, as intimações para a prática dos atos processuais, a publicidade das decisões, a produção de provas, à defesa etc.

3.1.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Por ampla defesa, “entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes

⁶³ MIRABETE, Processo Penal. 2004, p. 45.

⁶⁴ BRASIL, Constituição (1988), artigo 5º.

⁶⁵ MORAES, Direito Constitucional. 2002, p. 123.

a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.”⁶⁶

A pessoa humana é isenta de culpa, ao ver-se defronte a uma acusação, o mesmo tem todos os recursos jurídicos disponíveis para defender-se delas. O Processo Penal é, pois, fundamental dentro de um processo de democratização. Seus princípios são as células para a constituição de um organismo sadio que respire a democracia.

3.1.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório e a ampla defesa são garantias do cidadão e têm por base o princípio da igualdade, ambos previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988⁶⁷: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁶⁸

Robert Wyness Millar, citado por Frederico Marques, diz que o princípio do contraditório “é inseparável da administração de uma justiça bem organizada e encontra sua expressão na parêmia romana do “audiatur et altera pars”, pois o juiz deve ouvir ambas as partes para poder decidir e julgar”⁶⁹. Isto significa que ninguém pode ser acusado sem ser ouvido e que as partes devem ter as mesmas prerrogativas durante o desenvolvimento da relação jurídica processual. É imprescindível que o réu tenha todas as oportunidades de fazer valer o seu direito.

3.1.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

⁶⁶ Op. cit., p. 124.

⁶⁷ BRASIL, Constituição (1988), artigo 5º.

⁶⁸ MORAES, Direito constitucional. 2002, p. 124.

⁶⁹ MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal – Vol. I. 2003, p. 90.

Segundo Nunes, “estudar direito é, desde logo, a priori, conhecer certos princípios, e dentre estes está o da necessária garantia da vida humana, como condição básica da própria existência social.”⁷⁰ O princípio da dignidade da pessoa humana, concebida como uma idéia surgiu no plano filosófico como categoria de pensamento, para em seguida ser consagrado como valor moral ao qual, finalmente, agregou-se um valor jurídico. Referido princípio,

(...) identifica um aspecto de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. (...). A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.⁷¹

No contexto moderno, “a liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado”⁷², não se pode esquecer que a pessoa humana não é um objeto, pois segundo Kant “todo homem é um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada (...)”⁷³. Assim, Bettiol *apud* Prado diz: a pessoa, o ser humano,

(...) é o protagonista da política e da história e, portanto, do direito, uma das manifestações típicas da política e da história, se não mesmo a mais típica (...). numa sociedade democrática aberta, ou seja, autenticamente democrática, a pessoa surge no primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica que eleva acima de qualquer outra realidade ou exigência, pelo que se torna valor absoluto e determinante de toda decisão, de modo que não pode ser degradada a um mero meio em vista de uma fim a realizar. A pessoa goza assim duma esfera de autonomia própria que não pode ser tocada ou agredida, sem se abalarem as bases da própria convivência.⁷⁴

Por isso a pessoa humana tem valor absoluto, não podendo ser usado como instrumento para algo; possuindo, portanto, dignidade.

Desta forma, o advento da Constituição pátria imputou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo frisando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça de validade a priori.”⁷⁵

É importante frisar, não obstante, que a dignidade do homem e os outros dispositivos garantistas constitucionais frente ao sistema penal e seu *jus puniendi*

⁷⁰ NUNES, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 2002, p. 61.

⁷¹ BARROSO, interpretação e aplicação da constituição. 2004, p. 381.

⁷² PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 84.

⁷³ KANT, Fundamentos da metafísica. 1997, p. 79.

⁷⁴ Op. cit., p. 83.

⁷⁵ Op. cit., p. 84.

não são elementos excludentes, sendo plenamente possíveis de serem utilizados em conjunto em nome da harmonia e bem estar social.

O texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, se a pessoa humana é a medida primeira para a tutela do Estado, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado, como cita Prado, “o Estado existe para o indivíduo e não o oposto (...).”⁷⁶ Com efeito, “a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.”⁷⁷ Impõe-se, por conseguinte, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável, ou seja, “cada homem é um ser dotado de autonomia ética pelo mero fato de ser homem, ou seja, que por esta circunstância é capaz de escolher entre o bem e o mal e de decidir a respeito.”⁷⁸

Além da garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade, pilar fundamental do princípio da dignidade humana,

(...) embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça.⁷⁹

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Daí falar-se, em conseqüência, na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, que eles apresentam não apenas um caráter subjetivo, mas também cumprem funções estruturais.

3.1.7 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade encontra-se expresso em vários dispositivos constitucionais, e sendo a pessoa humana dotada de dignidade como afirmado no item anterior, “o condenado deverá ser encarado como sujeito de direitos e deverá

⁷⁶ PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 90.

⁷⁷ MIRANDA, Manual de Direito Constitucional. 1991, p. 168.

⁷⁸ ZAFFARONI, Manual de direito penal brasileiro – Vol. I. 2004, p. 172.

⁷⁹ BARROSO, Interpretação e aplicação da constituição. 2004, p. 381.

manter todos os seus direitos fundamentais que não forem atingidos pela condenação.”⁸⁰ Neste sentido a pena de prisão cerceia a liberdade de locomoção do condenado e não sua dignidade, respeito, saúde etc.

O princípio da humanidade tem suas raízes no “Iluminismo”⁸¹, quando afastou de forma contundente

a pena de morte, perpétua, de banimento, trabalhos forçados e penas cruéis, ou seja, toda a forma de pena que desconsiderasse o homem como pessoa, o Iluminismo buscou uma pena diametralmente oposta a pena cruel, encontrando-a na pena racional.⁸²

Moretto, citando Carvalho, diz:

arraijada nos princípios iluministas, a Constituição brasileira, mesmo sem esgotar os direitos humanos, vistos que esses alteram de acordo com o grau de civilização de cada sociedade, instituiu alguns que devem ser respeitados quando tratam da pena.⁸³

O artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁸⁴, estabelece que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, assim como em outros incisos do referido artigo – inciso XLVII – “não haverá penas de: morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; cruéis.” No inciso XLIX – “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.” No inciso L – “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”

A humanização das penas arranca do sentimento comum aos homens de boa formação ética, pois, embora se admita a necessidade da punição, repugna à consciência de todos a infligência de castigos cruéis e ofensivos à dignidade que sempre permanece em maior ou menor escala, até no pior delinqüente.⁸⁵

Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada, primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade. (...) Aí está a raiz do princípio de que se deve aplicar só punições humanas, sempre, a um criminoso que pode muito bem ser um traidor e um monstro, entretanto. Se a lei agora deve tratar humanamente aquele que está fora da natureza (enquanto que a justiça de antigamente tratava de maneira desumana o fora-da-lei), a razão não se encontra numa humanidade profunda que o criminoso esconda em si, mas no controle necessário dos efeitos de poder. Essa racionalidade econômica é que deve medir a pena e

⁸⁰ SHECAIRA, Teoria da pena. 2002, p. 86.

⁸¹ BOSCHI, Das penas e seus critérios de aplicação. 2000, p. 40.

⁸² ZAFFARONI, Manual de direito penal brasileiro. 2004, p. 172.

⁸³ MORETTO, Crítica interdisciplinar da pena de prisão 2005 p. 118.

⁸⁴ BRASIL, Constituição (1988), artigo 5º.

⁸⁵ DOTTI, Bases e alternativas para o sistema de penas. 1998, p. 222.

prescrever as técnicas ajustadas. Humanidade é o nome respeitoso dado a essa economia e a seus cálculos minuciosos. Em matéria de pena o mínimo é ordenado pela humanidade e aconselhado pela política. Sob a humanização das penas, o que se encontra, são todas essas regras que autorizam, melhor, que exigem a suavidade, como uma economia calculada do poder de punir. Mas elas exigem também um deslocamento no ponto de aplicação desse poder: que não seja mais o corpo, com o jogo ritual dos sofrimentos excessivos, das marcas ostensivas no ritual dos suplicios; que seja o espírito, ou antes, um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente, mas com necessidade e evidencia no espírito de todos.⁸⁶

Porém, o princípio da humanidade não significa a vedação de qualquer punição, mas sim que esta seja aplicada na medida dos crimes, ou como diz Beccaria “que as penas devem ser proporcionais aos delitos.”⁸⁷ E, é através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma sociedade, não admitindo pois, nos tempos atuais, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do Homem, sujeito de direitos fundamentais invioláveis.

O princípio da humanidade das penas tem vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger tanto a ação legislativa – o geral – como a ação judicial – particular –, o que indicaria que o juiz deve ter cuidado de não violá-lo.⁸⁸

Desta forma, depreende-se que todas as relações humanas disciplinadas pela lei penal devem ser assistidas pelo princípio da humanidade.

⁸⁶ FOUCAULT, Vigiante e punir. 2004, p. 63 – 77 – 84.

⁸⁷ BECCARIA, Dos delitos e das penas. 2001, p. 68.

⁸⁸ ZAFFARONI, Manual de direito penal brasileiro. 2004, p. 172.

4. DIREITO E LIBERDADE

4.1 CONCEITO

Para conceituar liberdade se deve ter em mente que os homens são seres humanos e, para tanto “os homens são livres – diferentemente de possuírem o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são a mesma coisa.”⁸⁹ O Vocabulário Jurídico traz a seguinte definição:

(...) a liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando não haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade.⁹⁰

A noção de liberdade é importantíssima, pois as pretensões jurídicas são menores que as pretensões morais: as primeiras são reguladoras das condutas de fazer e não-fazer e as segundas visam à moralização do homem no conceito de dever, da intenção de agir. E segundo Kelsen

(...) se a afirmação de que o homem, como personalidade moral ou jurídica, é livre, deve ter qualquer sentido, tem esta liberdade moral ou jurídica de ser compossível com a determinação, segundo a lei da causalidade, da conduta humana. O homem é livre porque e enquanto são imputadas a uma determinada conduta humana, como ao seu pressuposto a sua recompensa, a penitência ou a pena – não porque essa conduta não seja causalmente determinada, mas não obstante ela ser causalmente determinada. O homem é livre porque esta sua conduta é um ponto terminal de imputação, embora seja causalmente determinada. Por isso, não existe qualquer contradição entre a causalidade da ordem natural e a liberdade sob ordem moral ou jurídica; tal como também não existe, nem pode existir, qualquer contradição entre a ordem da natureza, por um lado, e a ordem moral e jurídica, pelo outro, pois a primeira é uma ordem de ser e as outras são ordens de dever-ser, e apenas pode existir uma contradição lógica entre um ser e um ser, ou entre um dever-ser e um dever-ser, mas não entre um ser e um dever-ser – enquanto objeto de asserções ou enunciados.⁹¹

4.2 LIBERDADE – DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIMEIRA GERAÇÃO

⁸⁹ ARENDT, Entre o passado e o futuro. 1992, p. 199.

⁹⁰ SILVA, Vocabulário Jurídico. 2005, p. 843.

⁹¹ KELSEN, Teoria pura do direito. 1998, p. 109-110.

Num momento em que a cidadania enfrenta novos desafios, busca novos espaços de atuação e abre novas áreas por meio das grandes transformações pelas quais passa o mundo contemporâneo, é importante ter o conhecimento de realidades que, no passado, significaram e, no presente, ainda significam passos relevantes no sentido da garantia de um futuro melhor para todos.

Pensar o Direito é pensar a Liberdade, neste sentido, “a liberdade, no sistema democrático, é, a um tempo, o limite e o fim do direito penal.”⁹² Fazer agir o Direito, é viver a Liberdade. “O direito é o lugar da liberdade”⁹³. Intrinsecamente ligados, mister é que se faça valer o direito à liberdade dentro dos parâmetros e paradigmas do Direito, isto é, temos o direito de nascer, crescer, estudar, comer, morar e morrer. Esses direitos são necessários para se encontrar, de uma forma ou de outra, os caminhos, as metas e os objetivos de cada indivíduo – tanto para o bem, quanto para o mal –, ou seja, a liberdade será determinada pelos seus princípios de direito: o errar e o acertar. Desta forma, “o ser humano é aquele que possui a liberdade, que tem a possibilidade de, ao menos teoricamente, determinar o seu dever-ser.”⁹⁴

O que o pensamento liberal e humanista quer é o máximo de respeito pela liberdade do indivíduo, isto é, “não há liberdade, escreveu o Nobre Milanês, - onde as leis permitem que em determinadas circunstâncias o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa.”⁹⁵

A destruição da ordem e das referências de valores faz exatamente o contrário: reduz o espaço da liberdade. E a necessidade dessa ordem é condição primordial para a vida civilizada e para o desenvolvimento máximo do potencial humano, ou seja, “o humanismo jurídico, em sua preocupação com a liberdade, implica referência ao homem como sujeito que dá sentido a sua existência, porque o ser verdadeiramente humano almeja ter domínio de si mesmo e autonomia.”⁹⁶ E, essa autonomia só será alcançada se o Estado Democrático de Direito proporcionar a cada indivíduo uma vida digna conforme sua prescrição constitucional, isto é, permitir que cada indivíduo tenha um emprego com remuneração justa, acesso à escola, saúde, moradia, deixando de ser um nada (visto como delinqüente/marginalizado) na sociedade e passando a ser um produtor dentro dela.

⁹² QUEIROZ, Funções do direito penal. 2005, p.119.

⁹³ SALGADO, A idéia de justiça em Hegel. 1996, p. 324.

⁹⁴ BITTAR, Curso de filosofia do direito. 2001, p. 454.

⁹⁵ LUISI, Os princípios constitucionais penais. 2003, p. 103.

⁹⁶ PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 72 – 73.

Liberdade, como Hegel certa vez falou, é a consciência da necessidade. Desta forma, “a vida humana não é simplesmente existência, mas sobretudo existência consciente.”⁹⁷ Não se pode existir no vazio, como mera indeterminação. Liberdade requer um sistema de regras eficazes, isto é, regras que sejam cumpridas e que se encontram nas diversas ordenações jurídicas, que sempre respeita o texto constitucional.

É que, para que exista o Estado de Direito, requer-se legitimidade, o que nas sociedades avançadas modernas se estabelece através de um complexo processo político, cujos sucessivos degraus devem ser sancionados pela maioria dos cidadãos. “Trata-se do Estado da cidadania, através do qual o indivíduo é feito cidadão, a democracia se institucionaliza jurídico-politicamente e o sistema de valores é convertido em legalidade, base fundante da legitimidade democrática.”⁹⁸ Assim, “o Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na idéia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos e, por ela, busca-se a limitação do poder político.”⁹⁹ O Estado pode e deve interferir no comportamento humano, mas sempre visando apenas, e não mais do que isso, a preservação da liberdade de todos, dentro de uma organização social, ou seja, “a ordem democrática, opera uma autolimitação para resguardar os direitos fundamentais.”¹⁰⁰

A liberdade é uma das mais belas conquistas do homem. Esta é a razão pela qual o direito das liberdades ocupa um lugar cada vez mais importante nos países democráticos, que constituem as sociedades de Direito. As liberdades fundamentais constituem uma matéria interdisciplinar, pois interessam a todos os segmentos do Direito. No entanto, o estudo das liberdades tem também um movimento próprio, já que, se ele está condicionado pelo direito público, também está centrado no indivíduo, na pessoa privada e nos direitos que lhe são próprios. Dessa forma, além de seu valor jurídico, as liberdades têm importância social e ressonância humana. Tanto o é que, atualmente, os direitos fundamentais apresentam uma nova classificação¹⁰¹, são eles: direitos fundamentais de 1ª geração – direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas); direitos fundamentais de 2ª geração – direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos fundamentais de 3ª

⁹⁷ BITTAR, Curso de filosofia do direito. 2001, p. 277.

⁹⁸ PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 71.

⁹⁹ Op. cit., p. 72.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 73.

¹⁰¹ MORAES, Direito constitucional. 2002, p. 59.

geração que são os direitos de solidariedade ou fraternidade. Como conclui Ferreira Filho, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.”¹⁰²

No pensamento democrático, a eminente dignidade da pessoa humana aparece desenvolvida, numa primeira explicitação, através dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O primeiro – a liberdade – traduz a autonomia da razão pessoal existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência de sua própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade. (...).¹⁰³

4.3 A LIBERDADE E NÃO-LIBERDADE

Inicia-se do pressuposto que a liberdade é a regra e a não-liberdade a exceção. O Direito visa à preservação do ser humano dentro de sua condição fundamental, para que este goze de todos os elementos primordiais à sua existência. De nada adianta um país com leis absolutamente humanistas, onde o Estado garante todos os meios de subsistência, as pessoas são igualmente tratadas, todos têm seu emprego garantido se, na realidade fática, esses mesmos preceitos legais não ultrapassam as barreiras da utopia, isto é,

a intervenção estatal, as violações autorizadas da liberdade pelo Direito Penal somente podem ser toleradas quando necessárias à afirmação da liberdade mesma, razão pela qual, crime só pode consistir em lesão à liberdade de alguém, isto é, lesão a um bem jurídico definido, não se tolerando intervenções pedagógicas ou moralizadoras para coibir comportamentos que não lesam ninguém (...).¹⁰⁴

Entendida como poder de autodeterminação inerente a todo homem, que por força da qual direciona sua conduta, a liberdade é um contínuo e pleno operar de um ente capaz de opções, sem lacunas e sem obstáculos. Os problemas da liberdade são, pois, na sua essência, problemas de não-liberdade. Os limites impostos pela natureza escapam ao interesse imediato do jurista e as ciências de que ela é objeto. A reflexão está na problemática dos obstáculos postos socialmente à liberdade do indivíduo, isto é, as limitações decorrentes da convivência humana, conclusão a qual Bittar também chegou ao afirmar que “o sistema jurídico que defende a liberdade, e não a oprime; a liberdade absoluta do espírito diz que tudo é possível, percebe-se

¹⁰² FERREIRA FILHO, Direitos humanos fundamentais. 1995, p. 57.

¹⁰³ PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 82.

¹⁰⁴ QUEIROZ, Funções do direito penal. 2005, p. 119.

de fato que as liberdades individuais devem conviver, e convívio é sinônimo de limitação.”¹⁰⁵ Precisamente a resistência a esses limites é que determina o conflito social, razão de ser do Direito.

Assim, todo ato de liberdade é também um ato de não-liberdade. Disso conclui-se que apenas a não-liberdade é suscetível de institucionalização e de coerção, ou seja, todo o emaranhado de direitos e garantias positivados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dizem respeito à liberdade concedida aos indivíduos pelo primado de que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei, e aquilo que vem positivado no restante do ordenamento torna-se a não-liberdade (vedação). Assim sendo, “as normas de conduta prevêem um fato e a ele atribuem uma determinada consequência jurídica.”¹⁰⁶ Exemplificando: ninguém é livre a matar alguém porque a liberdade de decidir sobre a vida ou morte foi afastada e institucionalizada pelo Estado através de uma lei que veda tal conduta.

A liberdade, por força de sua própria natureza, é incompatível com qualquer tipo de imposição, visto que mesmo obrigar alguém a ser livre implicaria em privá-lo de sua liberdade. Como já salientado, todo ato de liberdade implica sua compreensão também em termos de não-liberdade, dado que entre as alternativas possíveis, uma foi eleita e as demais rejeitadas pelo indivíduo. Essa rejeição, contudo, ainda não configura autolimitação da liberdade, pois a escolha se consumou em decorrência de valoração feita pelo indivíduo, tendo em vista interesses que apenas lhe dizem respeito. A dimensão da liberdade que interessa ao Direito é a liberdade social, relação de interação entre pessoas ou grupos, ou seja, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto de lesividade ou descumprimento pelo indivíduo de uma norma. Essa tutela estatal será

considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária (...) quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção da liberdade – e da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁷

O homem é socialmente livre quando inexistente algum agente em condições de obstá-lo de fazer aquilo que se dispunha a fazer. Em princípio, um indivíduo é livre para agir da forma que mais lhe agrade, contanto que não exista um outro indivíduo que o torne não-livre para agir, ou seja, de acordo com o artigo 5º, inciso II, da

¹⁰⁵ BITTAR, Curso de filosofia do direito. 2001 p. 282.

¹⁰⁶ BARROSO, Interpretação e aplicação da Constituição. 2004, p. 109 - 110.

¹⁰⁷ PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 70.

Constituição Federal de 1988, “ninguém será obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, o cerceamento da liberdade é fundamentado por esse artigo que ao mesmo tempo em que assegura a liberdade, permite o cerceamento da mesma pelo Estado. Retornando ao exemplo: se através de lei o Estado não tivesse vedado o homicídio, qualquer pessoa seria livre para matar outra pessoa.

Disso se conclui inexistir limitação efetiva à liberdade se ausente o fato do poder, tanto do poder da vontade do indivíduo sobre seus impulsos ou motivações quanto o poder sobre o outro. E também demonstra que tal limitação da liberdade não pode ser executada pelo exercício da força bruta, mas só deve ser exercida mediante coerção legitimada, seja por sua institucionalização social (sanção difusa) ou política (sanção jurídica), neste sentido “a liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de se desenvolver livremente constituem um limite infranqueável ao Estado.”¹⁰⁸

A não-liberdade social e poder ou controle são, destarte, categorias indissociáveis, isto é, “o poder, origem do Estado, não cabe mais ao soberano, já que o dogma do direito divino de governar é substituído pela máxima, todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.”¹⁰⁹

A não-liberdade jurídica traduz-se em mera expectativa compartilhada pelos integrantes do grupo social, sem possibilidade de ser garantida sua efetividade em todos os lugares e em todas as circunstâncias, nos termos prometidos. Diversamente, a não-liberdade de fato é sempre o resultado da atuação de uma força inibidora mais decisiva, porque deriva da pressão social do grupo, sendo mais constante e abrangente. Conclui-se, portanto, serem a autolimitação e a heterolimitação social da liberdade, as que mais contam, por sua eficácia abrangente e imediata como forma de tutela das liberdades, em lugar da tutela jurídica, como diz Hegel,

ele parte da premissa de que toda coação ou violência é idealmente injusta, porque atenta contra a existência da liberdade. O direito abstrato, disse, é o direito de coação, pois o ato injusto é uma violência contra a existência da minha liberdade numa coisa exterior. A primeira coação, exercida pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime – juízo negativo em todo o seu sentido.¹¹⁰

¹⁰⁸ PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 84.

¹⁰⁹ BITTAR, Curso de filosofia do direito. 2001, p. 439.

¹¹⁰ QUEIROZ, Funções do direito penal. 2005, p. 22.

Dessa verdade incontestada infere-se que a garantia da liberdade repousa muito menos no que é prometido em proclamações político-jurídicas e muito mais, senão quase que exclusivamente, na institucionalização social de limites postos à liberdade dos indivíduos, isto é, das não-liberdades sociais.

Sabe-se que o homem é um animal desaparelhado para agir à base de seus instintos. Por outro lado, a ponderação das alternativas possíveis em cada situação concreta do agir humano é tarefa, da qual procura o homem libertar-se ou reduzir-lhe o impacto. Isso ele logra mediante a aquisição de hábitos.

Em verdade, a tutela das liberdades, pelo grau ótimo de eficácia, é a resultante da autolimitação que os indivíduos se impõem, esta coerção está presente sempre e é plenamente eficaz quando operacionalizada, dispensando qualquer agente inibidor externo. É o que se pode chamar de institucionalização do dever. Falhando, sua falta é suprida pela sanção difusa da heterolimitação social. Diante do fracasso desses meios, lança-se mão do recurso extremo e menos desejável da sanção política institucionalizada de que se ocupa o Direito.

Quem carece de proteção não é livre, senão na medida da vontade de quem o protege. Isso nos alerta, mais uma vez, para a inocuidade das proclamações de liberdades, um modo de dizer sem conseqüências, porque dependente da efetividade da proteção prometida. Livre, portanto, é o protetor, não o protegido.

Toda tutela implica em poder do tutor sobre o tutelado, que permanece dependente e inferiorizado. Na tutela jurisdicional, esse tutor é o juiz. Será ele, dentre os agentes do poder político institucionalizado, alguém que escapa aos condicionamentos do sistema de dominação que o legitima, nesse sentido, Beccaria diz "o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a conseqüência, a liberdade ou a pena."¹¹¹ Podemos, concluir, portanto, que os problemas da liberdade são, fundamentalmente, problemas políticos, problemas de não-liberdade que subsistem enquanto não resolvidos politicamente, posto que, são problemas das desigualdades sociais que causam o aparecimento das condutas desviantes, que exigem uma castração da liberdade.

As liberdades políticas têm a seu serviço um inexcedível arsenal de instrumentos. Dispõe-se do habeas-corpus e do habeas data, do mandado de

¹¹¹ BECCARIA, Dos delitos e das penas. 2001, p. 22.

segurança, tanto individual quanto coletivo, sem esquecer o mandado de injunção. Ainda se colocam a nosso dispor a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade, o controle difuso da constitucionalidade das leis, com possibilidade de tutela liminar satisfativa.

Nesse sentido Mir Puig e Figueiredo Dias, *apud* Prado, cita:

O Estado de Direito material – democrático e social – busca, além da afirmação das garantias jurídicas, alterar as relações sociais, com vista a uma democracia real. Essa forma de configuração do Estado deve ser entendida como aquela que por um lado mantém incólume a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido da legalidade, bem como ao respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, mas que por outro lado, se move, dentro deste esquema, por considerações axiológicas de justiça na promoção e na realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem (...).¹¹²

Sendo o homem um ser livre e “a liberdade e a dignidade pertencem à essência do ser humano, sendo valores fundamentais do ordenamento constitucional brasileiro”¹¹³, e só há liberdade quando existe a opção de escolha, temos na visão de Reale, *apud* Bittar, que “a pessoa é o homem no exercício de sua liberdade, que implica, necessariamente, um a escolha entre diversos valores. Só é possível consumir a liberdade com um prévio ato de valorar.”¹¹⁴ Desta forma, a liberdade é regra para a existência do homem enquanto ser humano.

¹¹² PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 88.

¹¹³ PRADO, Bem Jurídico Penal. 2003, p. 85.

¹¹⁴ BITTAR, Curso de filosofia do direito. 2001 p. 452.

CONCLUSÃO

Trabalhar Direito Penal é um exercício árduo, que se modifica diariamente com as experiências vivenciadas pelo homem, pois as pessoas mudam, o complexo humano se intensifica, posto que o homem está constantemente em busca do desconhecido e do inatingível, isto é, do diferente.

O desenvolvimento deste trabalho demonstra essa busca, pois cada livro pesquisado apresenta o mesmo assunto de variadas formas, os focos são divergentes, mas o que todos buscam é a solução para os conflitos sociais que causam e, em outros momentos são os fatores que ocasionam a criminalidade.

Não existe e nem existirá uma fórmula exata, que seguida por todos mudará a realidade que conhecemos, mas sim, existem medidas através de uma política voltada para o bem comum, para o bem estar de toda a sociedade, que são capazes de modificar o quadro de criminalidade que vivenciamos dia após dia em nossos noticiários e até mesmo em muitos casos, situações reais ao vivo e a cores que ocorre em nossa frente. Porém, para o Estado continua sendo mais fácil criar prisões e soluções emergenciais do que medidas que venham a assegurar uma vida digna, assim estamos diante de um Direito Penal criminalizado, posto que todas as suas normas são de aprisionamento, seja no cárcere privado ou no cárcere da sociedade brasileira.

Ao ser fiel à realidade, conclui-se que a segurança das liberdades sociais assenta, em termos de sua efetiva garantia, em primeiro plano, e quase decisivamente, na autolimitação da liberdade, fruto do poder de escolha pelo indivíduo.

A modernidade libertou o homem dessas amarras e colocou-o como sua própria medida, fê-lo senhor de si mesmo. Daí para o subjetivismo, o individualismo e o relativismo foi um passo curto. Se eu sou a medida de mim mesmo, é a partir dessa minha autarquia que a melhor conduta deve ser institucionalizada.

No entanto, hoje, o Estado Democrático para enfrentar os problemas decorrentes da vasta gama de proteção aos direitos fundamentais, entre eles a liberdade, o Estado “ao invés de procurar o caminho das soluções, partindo da necessidade de preservar a autonomia da pessoa humana e uma esfera de

liberdade ao cidadão, vem adotando o caminho inverso.”¹¹⁵ Como reflete no pensamento de Baratta:

(...) a classe operária, no que se refere à representação da criminalidade e do sistema penal, é subordinada a uma ideologia que corresponde aos interesses das classes dominantes, (...), para uma política criminal alternativa, a batalha cultural e ideológica para o desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo do desvio e da criminalidade.¹¹⁶

Diz-se, entretanto, que tal posicionamento nem é insano, nem irrefletido, nem ressentido. Resgata-se apenas um compromisso assumido de dizer a liberdade. Aquela liberdade garantida pelo texto constitucional no artigo 5º, inciso XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

Apesar dos pesares avançamos muito nestes dois séculos. E, sobretudo temos um objetivo certo e definido a alcançar, como todos os amantes da liberdade, que é o de ajudar a construção de um mundo onde o homem não seja o lobo do homem, mas o irmão, o semelhante, a pessoa portadora de direitos alienáveis.¹¹⁷

Precisa-se de muita luta ainda, para que possamos viver nessa utopia da liberdade, dos direitos iguais, só alcançaremos esses objetivos quando unidos por um mesmo objetivo, este por sua vez é a busca de uma consciência coletiva que valorize o ser humano através do seu trabalho e de sua dignidade, afastando a opinião das classes dominantes que vêem o papel do Direito Penal como opressor dos indivíduos criminalizáveis.

Posto que, atualmente a sociedade busca uma solução para os conflitos sociais, e, a solução está na modificação do sistema penal, deve haver uma “redução do genocídio social produzido pelo sistema penal”.¹¹⁸ Pois, o dever de um Estado Democrático de Direito é substituir o sistema de política criminal por políticas públicas que garantam emprego com salário justo, saúde, moradia, saneamento básico, educação, lazer a todo e qualquer cidadão.

E, para finalizar Baratta diz:

A função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente. Uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente

¹¹⁵ LUISI, Os princípios constitucionais penais. 2003, p. 325.

¹¹⁶ BARATTA, Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. 2002, p. 205.

¹¹⁷ Op. cit., 2003, p. 109 - 110.

¹¹⁸ JUAREZ CIRINO. Direito Penal – parte geral. 2007, p. 708.

avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em um tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa.¹¹⁹

¹¹⁹ BARATTA. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2002, p. 221.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J. E. C.** Teoria geral do processo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARENDT, H.** Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- BARATTA, A.** Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BARROS, S. T.** O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, L. R.** Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BECCARIA, C.** Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BITTAR, E. B. C. e ALMEIDA, G. A.** Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOBBIO, N.** A era dos Direitos. Nova Ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.
- BOSCHI, J. A. P.** Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- CANOTILHO, J.J G.** Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, A. B. e CARVALHO, S.** Aplicação da pena e garantismo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1940.**
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988.**
- DELAMS-MARTY, M.** Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência européia. Trad. Fernando de Freitas Franco. São Paulo: Manole, 2004.
- DOTTI, R. A.** Bases e alternativas para o sistema de penas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Reforma penal brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- GRECO FILHO, Vicente.** Tutela constitucional das liberdades. São Paulo, 1989.
- GRINOVER, A. P.** Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1998. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- FARIAS, E. P.** Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Safe, 1996.

- FERNANDES, A. S.** Processo penal constitucional. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, L.** Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FERREIRA FILHO, M. G.** Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FOUCAULT, M.** Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 29ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GOMES, L. F. e YACOBUCCI, G. J.** As grandes transformações do direito tradicional – Vol. XIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- GUSMÃO, P. D.** Introdução ao estudo do direito. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- IHERING, R. von.** A luta pelo direito. Trad. Mário de Méroe. São Paulo: Centauro, 2003.
- KANT, I.** Fundamentos da metafísica dos costumes. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.
- KELSEN, H.** Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUIZI, L.** Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 2003.
- MARQUES, J. F.** Elementos de direito processual penal – vol. I. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000.
- _____. Estudos de direito processual penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.
- _____. Tratado de direito penal – vol. I. Campinas: Millennium, 2002.
- MIRANDA, J.** Manual de Direito Constitucional. Tomos IV. 3ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- MIRABETE, J. F.** Manual de Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- MORAES, A.** Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. Processo penal. 16ª. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORETTO, R.** Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO, L. R.** Bem jurídico-penal e Constituição. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, P. Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROSA, A. M. Decisão Penal: a Bricolage de Significantes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SALGADO, J. C. A idéia de justiça em Hegel. São Paulo: Loyola, 1996.

SANTOS, J. C. Direito Penal: parte geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007.

_____. A Criminologia Radical. 2ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

SHECAIRA, S. S. e CORRÊA JÚNIOR, A. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, L. Direito penal de emergência e alternativas à prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

STRECK, L. L. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.