

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FINALIDADE DA PENA

Lígia Alves GALINDO¹
Jurandir José dos SANTOS²

RESUMO: Após o advento, em 1988, de um novo Estado pautado em valores iluministas e humanitários, o Direito Penal passou a ser visto sobre o prisma da retribuição, não mais sujeitando os transgressores a penas injustas e desproporcionais. Em um país cujos valores éticos e constitucionais se voltam para a sociedade, é absolutamente errôneo afirmar que o Estado é o detentor absoluto de poder. A democracia o limita. Esta limitação à soberania estatal restringe o “jus puniendi” ao “status libertatis” e o Estado somente intervirá quando acionado e dentro dos limites estabelecidos para tanto. A Constituição Federal, através de normas principiológicas estabelece os parâmetros de atuação do Direito Penal e, ao constituir o rol de direitos e garantias fundamentais, taxativamente dispõe sobre os bens jurídicos que devem ser tutelados. Mas este mesmo dispositivo que busca avançar para assegurar o direito à liberdade, que visa a apagar a opressão e instituir um Estado nobre no sentido de preservar os direitos naturais, ainda é palco de diversas desigualdades e desproporcionalidades que desencadeiam conflitos doutrinários. Em um Estado Democrático de Direito não há de se falar na criação de leis que ceifam premissas irrenunciáveis e instituem um Estado fundado na opressão, não obedecendo a finalidade da pena, que é a de ressocializar o preso para reinseri-lo no convívio social. No presente trabalho será abordada esta questão relacionada com os preceitos constitucionais. Foi feita uma pesquisa bibliográfica sobre o tema e utilizados os métodos dedutivo e indutivo, sendo que as conclusões estão no último capítulo.

Palavras-chave: Estado Democrático. Constituição Federal. Finalidade da Pena. Poder Estatal. Princípios Constitucionais do Direito Penal.

1 INTRODUÇÃO

¹ Discente do 7º Termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: li_galindo@hotmail.com

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: jurandir@mp.sp.gov.br. Orientador do trabalho.

Com o advento de um novo regime jurídico, pautado no bem estar social, nosso país deixou de ser arbitrário e, com a criação de normas fundamentais, passou a ser limitado. Foi longa e árdua a luta que culminou na promulgação da Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã. O país sai de um patamar de desigualdade e constitui um Estado Democrático, focado principalmente no homem e em suas necessidades. Com isso, estabeleceu-se um novo conceito de pena e sua finalidade, que não mais se baseia na retribuição ao bem jurídico lesionado, mas sim na ressocialização do transgressor.

Mas, mesmo diante desse novo conceito de pena e o estabelecimento de normas de direitos fundamentais, o legislador ainda cria leis que as violam incessantemente, mas o Direito Penal Moderno está centrado na despenalização. Isto significa que as leis devem estabelecer penas estritamente necessárias. A supressão da liberdade não pode ser vista arbitrariamente, já que suspende tais direitos.

Para que haja o cumprimento da missão conferida ao Direito Penal, deve haver a observância aos princípios que limitam o *juz puniendi* e concedem ao Estado um caráter humanitário.

A pena deve ser vista como medida ressocializadora e não com caráter punitivo. Seu caráter primordial não pode ser desviado.

2 A INSTITUIÇÃO DE UM NOVO REGIME JURÍDICO: ESTADO LIBERAL DE DIREITO E ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Após décadas de represálias ditatoriais e supressões de direitos fundamentais inerentes ao homem e a sociedade, em 1988 houve a promulgação da Constituição Cidadã, que constituiu e consagrou o Estado Democrático de Direito no caput de seu artigo 1º, estabelecendo seus fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico. Este período foi demasiadamente devastador do ponto de vista

constitucional e humanitário e foi por esta razão que houve tamanho clamor social para exigir a instituição de um estado voltado para as necessidades do povo.

A busca pela redemocratização deu origem a vários movimentos civis ocorridos entre o período de 1983-1984. São as chamadas Diretas Já! caracterizadas pelas lutas incessantes e utópicas de um país em que haja a possibilidade de eleições diretas para Presidente da República. Esse sonho tornou-se realidade com a proposta e posterior votação da Emenda Constitucional Dante de Oliveira, que foi abruptamente rejeitada. Mas o sonho não foi extirpado da mente daqueles que almejavam um direito mais justo e democrático e a vitória foi parcial, pois Tancredo Neves, um dos líderes do movimento, foi eleito presidente pelo Colégio Eleitoral.

Em meio a esta profunda pressão social cívica, surge o Estado Democrático de Direito que, nos dizeres de Afonso da Silva (2009, p. 119-20):

Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um elemento revolucionário de transformação do status ad quo. A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício... É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social. Em suma, o Estado Democrático de Direito significa entender a incorporação de todo o povo no mecanismo de controle das decisões e da real participação nos rendimentos da produção.

O artigo 1º da Constituição Federal, impõe cristalinamente dois princípios democráticos: o Estado Social de Direito e o Estado Liberal de Direito.

Inicialmente, é preciso identificar e esboçar a ideia do Estado de Direito. Este, conforme o entendimento de Fábio Roque Sbardelotto (2001, p. 30-5) sobre a concepção contratualista de existência do Estado de Jean Jaccques

Rousseau (O Contrato Social), John Locke (Dois Tratados sobre o Governo) e Thomas Hobbes (Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil) afirma que:

Primeiramente, a ideia de Estado de Direito surgiu com o objetivo de submeter o poder político às regras de direito, de modo que a administração do governante encontraria no mesmo as balizas à ação do Estado em face dos direitos reservados aos cidadãos. Pode-se identificar que o Estado de Direito caracteriza-se pela existência de uma ordem jurídica definindo os limites de atuação dos cidadãos e delimitando o poder político do Estado, bem como pela existência de um controle judicial, indispensável para a realização do Estado de Direito e para aplicação das regras transformadoras da realidade, não se restringindo a uma adaptação melhorada das condições sociais da existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem, e passa agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução dos problemas das condições materiais de existência... Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito, vinculado ao Welfare State neocapitalista – impondo a ordem jurídica e a atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Corolário da necessidade do controle judicial da aplicação das regras de Direito é a recompensa e o estabelecimento de uma ordem jurídica hierarquizada, tendo como princípio de base a supremacia da Constituição. Mas essa definição fundada no estágio absolutista, não é suficiente para delinear a ideia de Direito subjacente ao Estado contemporâneo, havendo a necessidade de se introduzir um qualitativo, que configurará as formas identificadas por Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito. O Estado Liberal de Direito provém da ideologia do liberalismo e seu escopo se concretiza pela não intervenção estatal nas relações entre particulares onde o Estado é apenas garantidor das liberdades individuais e da propriedade. Isto significa que há limitação quanto a soberania estatal. É o Estado idealizado por John Locke que, por meio de um contrato, há a renúncia parcial dos direitos por parte dos cidadãos ao Estado, consistindo ela em conferir ao soberano o direito de fazer justiça, por meio de juízes imparciais, impedindo o exercício da vingança privada. Essa função é exercida por meios de sanções, estabelecidas por leis abstratas. Já o Estado Social de Direito parte do pressuposto da não intervenção estatal nas relações entre os indivíduos em que o objetivo do direito é promover o bem estar social. Isto significa que há a consagração do Welfare State, àquele no qual o cidadão, independente da sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que assegure garantias mínimas de renda, acesso à alimentação, saúde, habitação, educação, garantidos a todo e qualquer cidadão, não como caridade mas como direito político.

Por fim, o Estado Democrático de Direito é a junção dos princípios do Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito e visa, acima de tudo, à promoção do bem estar social (Welfare State) por meio de políticas que consagram

os direitos fundamentais como premissas primordiais e que não afastam a proteção ao cidadão quando houver lesão ou ameaça a bem jurídico tutelado, bem como conceder garantias por meio das quais o cidadão exerça seus respectivos direitos. Consagra-se como um Estado mais justo e que há uma sociedade participativa de maneira que o poder não fica atrelado nas mãos de um só indivíduo, pois todos fazem parte do Estado e este somente intervirá na relação entre os particulares quando provocado.

3 A POLÍTICA PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS VINCULAÇÕES AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Cumprir dizer inicialmente o conceito de Direito Penal. Para tanto, utilizo as palavras do professor Mirabete (2009, p.3):

O Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, liberdade, integridade física e mental, patrimônio, costumes, paz pública etc.)...É o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança, é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, que disciplinam as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado, é o conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, estabelecendo o conceito do crime como pressuposto da ação estatal, assim como a responsabilidade do sujeito ativo, e associando à infração da norma uma pena finalista ou uma medida de segurança. Têm uma aspiração ética: deseja evitar o cometimento de crimes que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

Nossa Carta de Direitos apresenta um modelo misto, pois estipula o rol dos bens jurídicos a serem tutelados e as normas principiológicas de direito e processo penal que limitam o “jus puniendi”. O conteúdo material do Direito Penal encontra-se entranhado nesses catálogos. Mesmo que não se verifique

expressamente a penalização desses valores, é evidente que esse conteúdo impõe sua proteção.

Nos dizeres de Luiz Luisi (2003, p. 41-42):

Essas normas constitucionais destinam a fazer do Direito Penal um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências da Justiça material. Expressam esses tipos de formas constitucionais e fazem com que o Estado exerça uma função ativa, ampliando a área de atuação do Direito Penal. Ressalte-se que não se exclui dessa atividade ampliadora da interferência penal a proteção de certos direitos rigorosamente individuais, não tutelados no Regime Penal, como o personalíssimo direito à intimidade. Esse tipo de normas constitucionais tem sido chamadas de cláusulas de criminalização, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis no contexto das normativas constitucionais.

E, conforme expõe Maurício Ribeiro Antônio Lopes (1997, p.120-1):

Essa razão pela qual se reputa tão significativa e salutar a fixação de princípios constitucionais em matéria penal, como meio de condição de resguardar um determinado conjunto de valores sociais, individuais, éticos e humanistas, postos a salvo das questões meramente circunstanciais e temporais, como forma de eleição de um modelo de sistema de proteção aos interesses humanos fundamentais nas duas pontas de atuação do Direito Penal: a orientação criminalizadora e a orientação salvaguarda da liberdade.

Ora, um Estado que se diz Democrático deve, em sua norma “topoi”, garantir e combater violações a direitos individuais e coletivos e o Direito Penal somente estará dotado de legitimação quando for a última “ratio”, pois é mais gravoso e ataca um bem fundamental indisponível que é o direito de ir e vir. O direito à liberdade é supra e, desde que indispensável e imprescindível, o Estado não poderá suprimi-lo. É neste ponto de vista que o Direito Penal se materializa constitucionalmente, ao mesmo passo que, para haver sua intervenção deverá ser precedido pela Carta Magna - e aí estamos falando em limitação do “jus puniendi” - , por outro lado somente em última “ratio”, ou seja, somente após esgotados todos os meios cabíveis de tutela a determinado bem jurídico poderá ser convocado. Guarda visível relação com o Direito Constitucional, visto que este , através de normas

princípios e definição dos bens jurídicos tutelados, limita sua aplicabilidade bem como a intervenção estatal.

Hans Kelsen já apregoava na Teoria Pura do Direito (tradução João Baptista Machado, ed. 2000) que:

A Constituição constitui o padrão de validade das normas penais em que existe uma hierarquia no sistema, e as normas inferiores não alcançam validade jurídica se contrariarem a norma fundamental. Destarte, o dispositivo constitucional não possui normas penais completas, ou seja, não prevê conduta nem comina penas, mas contém disposições de Direito Penal que determinam em parte o conteúdo das normas penais.

Ainda sobre o tema, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p.55) nos dizem que nesse sentido, portanto, “a Constituição Federal pode ser considerada não apenas como padrão de validade das normas penais, mas também como limitação ao poder punitivo do Estado, visto que esse deve obedecer aos ditames constitucionais ao realizar a persecução penal.”

A Política Penal está elencada na Constituição de maneira a garantir a inviolabilidade de direitos fundamentais. Não explicitamente, mas através de normatização principiológica, visto que é através de princípios que a intervenção estatal é limitada. São dados embaixadores da ordem jurídica penal.

Podemos extrair como exemplo, o princípio da legalidade que condiciona a existência de um delito e a pena a ele aplicável a uma lei anterior, clara e precisa. Trata-se de garantia da liberdade individual onde o Estado jamais poderá intervir sem prévia lei. Dissecando sobre a legalidade, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p. 18-9) “a caracteriza como o fruto do pensamento democrático e instrumento necessário para sua operacionalização. A legalidade penal é a estrutura que oferece maior garantia perante a excepcional violência da sanção criminal.”

Luiz Luisi (2003, p. 14-5) elenca precisamente sobre os princípios constitucionais penais:

Embora os princípios sejam em sua quase totalidade tradução das exigências de criminalização para a proteção de bens coletivos, episodicamente podem ser concernentes aos aspectos gerais do Direito Penal. Mas via de regra se caracterizam por ampliarem a área de

abrangência da resposta penal, alargando o campo dos bens penalmente tutelados, neles incluindo os de natureza transindividuais. Tais princípios, pois, se propõe a fazer do Direito Penal um dos instrumentos necessários à correção das distorções causadas por um individualismo exacerbado favorecendo a homogeneização social, com vistas a realização da igualdade concreta possível entre os cidadãos, ou seja, com a finalidade de contribuir para que se realize uma sociedade dotada de justiça material.

4 GARANTIA DO CIDADÃO FRENTE O PODER ESTATAL

O Estado Democrático de Direito, através de princípios informadores, limitam a soberania estatal e conferem segurança jurídica formal e material. São simples orientações para a aplicação da política penal que limita o legislador infraconstitucional.

Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p. 124-5) nos explica que :

Entre as funções primordiais atribuídas ao Estado encontram-se a proteção dos bens jurídicos de maior relevância para o homem e para a sociedade. Diante disso, o Estado cria uma Direito Penal objetivo definido como o conjunto de normas jurídicas que descrevem delitos e estabelecem sanções com o escopo de proteger subsidiariamente bens jurídicos penais... As limitações impostas ao poder punitivo do Estado visam impedir o despotismo do poder público e evitar atrocidades ocorridas antes da reforma penal, no século XVIII. É o direito objetivo que deve consagrar normas e princípios que coloquem o homem como medida do poder punitivo.

É sobre este prima que devemos entender a garantia do cidadão frente ao poder estatal e, com conseqüente e breve análise sobre as teorias de que conceituam o delito.

A Teoria Jurídica do Delito o explica em três teorias: Formal ou Nominal, Material ou Substancial, Dogmático ou Analítico.

Quanto à Teoria Formal ou Nominal “o delito é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência (LISZT, F. Von. Tratado de Derecho Penal II, pag. 262).“

Diz respeito a perspectiva clássica – positivista-legalista. Trata-se do conjunto de normas jurídicas que vinculam os comportamentos humanos que, se transgredidos, sofrerá consequências advindas do Direito Penal. É a auto-limitação do resguardo inerentes aos direitos fundamentais.

Isto significa que para se praticar um crime, o agente precisa realizar a conduta descrita na lei pelo legislador, violando desse modo a correspondente norma penal. A sanção cominada (para essa infração) ou é uma pena ou é uma medida de segurança. O conceito formal de delito está vinculado ao princípio da legalidade (“nullan crimen nulla poena sine lege), que foi a fonte da inspiração da teoria da tipicidade. Não existe crime nem pena sem lei. Logo, o Direito Penal tem que operar com esse conceito formal, ao menos como ponto de partida (GOMES, Luiz Flávio Gomes e MOLINA, Antônio Gracia Pablos – Direito Penal - 2007, p. 165-7).

Diz ainda o Professor Mirabete (2009, p.81) quanto ao conceito formal:

Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena, é uma conduta contrária ao Direito, e que a lei atribui uma pena. Essas definições, entretanto, alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal. Não penetram, contudo, em sua essência, em seu conteúdo, em sua matéria.

Para analisar o critério material ou substancial de crime, me utilizo das palavras sucintas de Cleber Masson (2009, p.176):

Crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. Essa forma leva em conta a relevância do mal produzido aos valores selecionados pelo legislador como merecedores da tutela penal. Destina-se a orientar a formulação de políticas criminais, funcionando como vetor ao legislador, incumbindo-lhe a tipificações como infrações penais exclusivamente das condutas que causarem danos ou ao menos colocarem em perigo bens jurídicos penalmente relevantes, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Com efeito, esse conceito de crime serve como fator de legitimação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. O mero atendimento ao princípio da reserva legal se mostra insuficiente.

Para Jorge Figueiredo Dias (1999, p.55);

O conceito material de crime é, neste sentido, previamente dado ao legislador e constitui-se um padrão crítico tanto do direito vigente quanto do direito a construir, indicando ao legislador tudo o que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal. Com o tal conceito deve-se poder medir a correção ou incorreção político-criminal de cada uma das incriminações constituídas ou a constituir, alimentar a discussão científica sobre a criminalização e descriminalização.

O conceito analítico, conforme nos ensina o professor Regis Prado (2002, p. 207):

Trata-se de uma questão metodológica onde o método analítico é decomposto sucessivamente de um todo em suas partes, seja materialmente, seja idealmente, visando agrupá-las em uma ordem simultânea.

Magalhães Noronha (ed. p.97-9), o conceitua como:

A ação humana que, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita na lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. Considera-se então, o delito, como a ação típica, antijurídica e culpável. Ele não existe sem uma ação (compreendendo também a omissão), a qual se deve ajustar à figura descrita na lei, opor-se ao direito e ser atribuível ao indivíduo a título de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa).

Conclui-se, finalmente, que o delito é toda ação ou omissão, típica, ilícita ou antijurídica e culpável. Esses elementos são cumulativos, pois para chegar-se a culpabilidade, o fato deverá ser típico e antijurídico.

Posto isso, a finalidade do Direito Penal não é a de violência estatal, isto é, de punir estritamente o indivíduo cometedor de determinado fato, mas sim a de prevenção. E com isto, não age arbitrariamente e utiliza-se dos meios necessários e garantidores de proteção integral ao bem jurídico penalmente tutelado. É um erro sem precedentes pensar o oposto pois ignoraríamos toda a

trajetória em busca do Direito Penal Humanitário. Estaríamos diante de séculos sombrios cuja única finalidade do Direito Penal era a de agredir sistematicamente o autor de delito, impondo-lhe penas exorbitantes e totalmente desproporcionais, além de não haver o devido processo legal.

Nasce, nesta ideia, o Princípio da Legalidade apreciado por Cesare Beccaria – Dos Delitos e das Penas (p. 18):

[...] Só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer as leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa a sociedade unida por um contrato social.

Princípio este que estabelece que não há crime nem pena sem prévia lei que o defina.

Garantia fundamental de um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade exprime o mais alto grau de proteção ao cidadão frente ao “jus puniendi”. É a proclamação do “status libertatis” como premissa maior surgido pela conquista do indivíduo pela retomada do antropocentrismo.

Valho-me agora das palavras de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p. 18-20) :

O Direito Penal contemporâneo é amplamente inspirado no Iluminismo, e em sua vertente de freios ao Estado. A legalidade é fruto do pensamento democrático e instrumento necessário para a sua operacionalização... O Direito Penal positivado, não é um simples arrolar ordenado de sanções, mas um Direito de Liberdades. Garante ao cidadão o conhecimento de toda a atitude sancionada pelo ordenamento jurídico de forma prévia para que possa conhecer os limites de sua liberdade. A contrapartida é a limitação da atuação estatal, que só pode agir nos estritos contornos autorizados, sob pena de legitimidade, com consequências jurídicas e políticas graves e variáveis.

O modelo adotado pela nossa Carta de Direitos é amplamente garantidor, ao passo que as penas estipuladas estão enlaçadas às premissas constitucionais, bem como o tratamento dado a todo ordenamento jurídico. A pena só será legítima se compatível com os valores elencados na Constituição Federal, caso contrário, ensejaria a inconstitucionalidade de tal norma.

Como dito anteriormente, as normas penais são mais gravosas, haja vista que suprime direitos fundamentais e por serem de tal natureza, o Estado Democrático de Direito concede garantias ao transgressor e não somente, visto que deverá ser preenchidos requisitos essenciais a sua aplicação. A Carta Magna o faz não estipulando penalizações, mas premissas e o rol de bens jurídicos a serem tutelados. É através de princípios que ela exterioriza sua finalidade, garantindo aos cidadãos absoluta inviolabilidade de direitos e a mínima intervenção estatal.

Falaremos posteriormente sobre os princípios garantidores elencados no rol de direitos e garantias fundamentais da nossa Constituição, mas por ora, somente a breve análise do princípio da legalidade, bem como um esboço sobre suas garantias.

5 FINALIDADES DA PENA

Para que possamos explicar corretamente quais são os fins da pena, mister compreender suas teorias: Absoluta ou Retributiva, Relativa ou Preventiva, Mista ou Unificadora.

A Teoria Absoluta ou Retributiva visa reparar o mal cometido, onde a pena seria a necessidade de restaurar a ordem atingida pelo delito, isto é, vingança estatal frente ao mal praticado. Não se atém a reinserção social do transgressor, mas sim a imposição de uma medida para compensar o mal por ele praticado.

Conforme a orientação de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p. 29-3):

É certamente a mais antiga ideia de justiça, uma vez que busca de alguma forma reequilibrar a situação, ou seja, com os mais diversos fundamentos compensar a lesão anterior. É possível reconhecer nessa classificação várias tendências, desde a pura ideia de castigo, passando pela injustiça moral, pela expiação e reparação do ordenamento... Pune-se porque foi praticado um crime, pela necessidade de que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a exposição de um mal penal, e não para evitar nova

prática...A noção absoluta não ignora reflexos preventivos da pena, apenas não os considera capazes de influir na existência ou medida da pena.

Sobre o tema nos dizem Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p. 130-):

Tal teoria é criticada por vários autores. Claus Roxin afirma que não se pode admitir este fundamento, pois se trata de um mero ato de fé, que prescinde, pois, de racionalidade. A retribuição compensadora, ademais, não é consentânea com o Estado Democrático de Direito – que respeita a dignidade humana -, pois é impensável que alguém possa pagar um mal cometido com um segundo mal, que é a expiação através da pena. Todavia, importante contribuição foi deixada pela teoria retributiva: somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal. Com efeito, a principal virtude desta concepção retributiva é a ideia de medição da pena. A teoria retributiva explica que para que haja a pena é preciso a anterioridade de um crime, mas não resolve o problema de quando se deve punir.

Para os adeptos da Teoria Relativa ou Preventiva, a explicam pela sua função teleológica, ou seja, encontra-se respaldo não em restaurar a ordem atingida pelo delito, mas a de prever a efetiva finalidade, mais especificamente, a de prevenir o crime.

Essa ideia de contraponto a teoria absoluta não é recente, pois já dizia Platão sobre a necessidade do implemento da pena para fins preventivos (Diálogos, p. 60):

É certo que ninguém pune os autores de injustiças pela simples consideração ou motivo de haverem cometido injustiça, a menos que se comporte como animal irracional. Mas quem se dispõe a punir judiciosamente não inflige o castigo por causa de falta cometida no passado – pois não poderá evitar que o que foi feito deixe de estar feito – porém com vistas ao futuro para que nem o culpado volte a delinquir, nem os que assistem aos castigos venham a cometer falta idêntica. Essa maneira de pensar implica a convicção de que a virtude pode ser ensinada. O castigo é aplicado para coibir o crime: eis o modo de pensar de todas as pessoas que aplicam penalidades, tanto particularmente como em público.

Platão já ensinava que o que foi ferido pelo crime, não deixará de estar feito e é por esta razão que a pena não deve ser pautada na retribuição, pois

estaríamos diante da perda da utilidade da pena e consequência violência não justificada pelo Estado.

Dotados pelas incandescentes luzes do Iluminismo, Montesquieu e Cesare Beccaria também entenderam que a pena deve ter a finalidade de prevenção :

Beccaria (p. 47):

Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

Montesquieu (Do espírito das Leis, p. 94-5):

Um bom legislador dedicar-se-á menos a punição dos crimes do que à sua prevenção...É essencial que as penas estejam em harmonia umas com as outras, porque é essencial também que se evite , de preferência um grande crime do que um crime menor; aquilo que prejudica mais a sociedade do que aquilo que perturba menos...É um grande mal entre nós, aquele de fazer sofrer a mesma pena ao que rouba numa estrada e ao que rouba e assassina. É evidente que, a bem da segurança pública, torna-se necessário estabelecer alguma diferença entre as duas penalidades.

A finalidade preventiva abarca duas funções: a prevenção geral e a prevenção especial.

A Função de Prevenção Geral consiste em buscar diminuir e prevenir a violência e esta é a justificativa para a utilização da política criminal. Isto significa que o seu escopo fundamental é evitar a prática de novos crime e diminuir o nível de violência. Ela pode ser negativa ou positiva.

Pelas citações de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p. 61) a J. P. Anselm Feuerbach, esclareço a análise do tema:

O grande nome sempre lembrado quando são traçados marcos da prevenção geral negativa é J. P. Anselm Feuerbach. Para este autor, o grande acento na finalidade da pena, diverso da ideia do terror que visa determinar um bom comportamento, é a ênfase na pena como demonstração de efetividade da ameaça da pena. O que importa não é mais

a pena em si, mas a ameaça capaz de servir de contraestímulo criminoso, para que todos evitem cometer crimes com receio do desprazer da sanção. Parte Feuerbach da matriz filosófica de Hobbes na guerra de todos contra todos, em que a racionalidade fez o homem criar o Estado, na busca da plena realização da liberdade individual, que esse Estado protegeria por meio da eliminação das injúrias. Toda injúria contradiz a natureza e o fim da união dos cidadãos, e para a realização desse fim é necessário que não mais se realizem injúrias nesse Estado. Assim, a tarefa é: encontrar um meio pelo qual se possa prevenir todos os tipos de injúrias. Todavia, assevera que a punição para impor a moral só cabe a Deus, bem como seria irracional punir sem qualquer finalidade.

Assevera ainda o autor (2004, p. 63-7) que:

A primeira e mais frequente crítica a tal concepção é que na ideia da prevenção geral negativa, o condenado é exemplo para os demais, ou seja, é tela em que se deve afigurar todo o sofrimento que os outros preferirão evitar. Assim, o homem passa a ser instrumentalizador, servindo de meio para que se alcance um fim, qual seja, a intimidação. Utilizando-se da pena para obter a finalidade utilitária, estar-se-ia fazendo do homem objeto para alcançar tal fim. Como pode existir um direito de impor a um homem um mal simplesmente porque a dor que sofrerá é proveitosa para o Estado? Isso significa tratar o criminoso como uma coisa, e este também é um homem...Por fim, e talvez aqui resida a mais terrível consequência de tal teoria, seria inevitável uma situação extrema a condenação de inocentes, para servir como exemplo e dar mostras de efetividade à ameaça penal, quando necessário. Pela ausência de relação com o fato real e sim com a impressão de certeza na punição de crimes, aquele que fosse acusado de determinada infração, diante do convencimento de sua culpa pela opinião pública (orientada pela mídia, pelo desejo de vingança ou pela retórica de acusação), seria condenado para que não fosse indicada a mensagem de ineficácia da ameaça penal.

Na Função Preventiva Geral Positiva, a pena serviria como garantia da vigência das normas penais. Há a ideia de confiança por parte da população no ordenamento jurídico, pois a pena serviria para garantir a vigência dessas normas.

A maior crítica a esta teoria é a falta de eficácia, pois não há estudos que comprovem que o poder da pena pode enlaçar confiança da sociedade no Direito.

Para concluir a análise da Prevenção Geral, recorro mais uma vez as palavras de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p. 77):

A Prevenção Geral quer negativa quer positiva, na qualidade de ideia preponderante na fixação da pena, conflita com a particular condição humana, que não pode ser instrumentalizada ou utilizada como meio para

um fim social, ou pelo menos, não pode sofrer a mais grave violência em sua esfera de direitos para que o Estado possa alcançar fins de ameaça ou motivação.

A Função de Prevenção Especial, também se desdobra em negativa e positiva. Ela exprime a justificação da pena para que o transgressor não volte a delinquir e, segundo Claus Roxin (Problemas Fundamentais de Direito Penal, p. 20), ocorre da seguinte forma:

Corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável e neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável.

Frans Von Liszt (Trado de Direito Penal, p. 100) nos explica que:

Visa na atuação sobre o delinquente o principal norte da pena, a pena tem índole de correção, que pode ser atingida pela coação direta ou indireta. Direta, com a exclusão da sociedade ou internação, como uma seleção artificial dos indivíduos que não são aptos a viver em sociedade para que se convertam em membros úteis por meio da intimidação jurídica ou da emenda, ou ainda simplesmente tornando impossível a eles lesar bens, uma vez que estariam isolados. Posto que a correção, a intimidação e o fazer inócuo são os únicos efeitos essenciais e admissíveis da pena.

A Prevenção Especial Negativa pode ser decorrente da segregação do indivíduo transgressor da sociedade e, através da intimidação, isto é, da proporção da pena aplicada a ao delinquente com o intuito de desencorajá-lo a prática de novos delitos. Já a Prevenção Especial Positiva, tem caráter curativo e ressocializador. Isto significa que, de acordo com Paulo de Souza Queiroz (1998, p. 57):

A teoria da prevenção especial positiva pretende a substituição da justiça penal por uma medicina social, cuja missão é o saneamento social, seja pela aplicação de medidas terapêuticas, visando ao tratamento do delinquente, tornando-o, por assim dizer, dócil, seja pela sua segregação provisória e definitiva, seja, enfim, submetendo-o a um tratamento ressocializador que lhe anule as tendências criminosas.

A Teoria Mista ou Unificadora reconhece mais de uma finalidade para a pena. Divide-se em Unificadoras Aditivas, onde há a soma das finalidades da pena e Unificadoras Dialéticas que, por sua vez, buscam um equilíbrio entre as finalidades.

Sobre a finalidade da pena no ordenamento jurídico brasileiro, com Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 97-100) nos ensina:

A nova Parte Geral do 1984 (Lei 7209, de 11/07/1984), acolheu expressamente a teoria eclética ou mista da pena, de seguimento mais generalizado, determinando o artigo 59 (*in fine*) do Código Penal que o julgador deve aplicar a pena conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime... Interpretando o referido artigo, verifica-se que, inicialmente, o legislador optou pela retribuição proporcional entre delito e pena, com base na culpabilidade do delinquente, e depois com o critério da prevenção. Entretanto, neste ponto, o Código Penal e a própria Exposição dos Motivos são obscuros, permitindo interpretações diferentes quanto ao modelo preventivo adotado. O Código parece ter acolhido a prevenção geral negativa (intimidação por meio de ameaça legal), como também a prevenção especial positiva, sob o aspecto de ressocialização do delinquente como finalidade de execução da pena... A ressocialização também constitui recomendação da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e de outros ordenamentos jurídicos.

Após descrevermos as teorias referentes aos fins da pena, cumpre nos atermos aos princípios orientadores e de suma importância para que haja o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, limitação a sua soberania.

Somente cabe tratarmos sobre os principais postulados principiológicos de aplicação da pena para posteriormente concluir a análise do tema.

Não há de se falar em um Estado Democrático de Direito sem antes mencionar o Princípio da Legalidade, que consiste na extração do atributo essencial do Direito Penal. Está disposto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se do atributo essencial do Direito Penal que limita a intervenção estatal. É uma função puramente garantista que traz conseqüências. Essas garantias são subprincípios amplamente ligados ao Princípio da Legalidade e disciplinados na Constituição Federal.

Garantias jurisdicional e penitenciária ou de execução:

Art. 5º, LIII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

art. 92 - São órgãos do Poder Judiciário...

art. 5º, XLVII - não haverá penas:

XIX;
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84,

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

art. 5º, XLVIII - “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;”

art. 5º, XLIX - “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”

art. 5º, XL - Princípio da Irretroatividade da Lei - “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”;

arts. 1º a 6º - Princípio da Taxatividade ou da determinação

Encontramos também o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que o consagra como fator inerente ao ser humano. A Constituição Federal em seu artigo 1º, III, o consagra.

Luiz Regis Prado o explica de maneira extraordinária (2002, p. 116):

Como postulado fundamental, peculiar ao Estado de Direito democrático, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade *a priori*, positivado juridico-constitucionalmente...É, pois, um atributo ontológico do homem como ser integrante da espécie humana – vale em si e por si mesmo. A *dignatio* do homem, dizia Pfendorff radica no fato de ser dotado de inteligência, eticamente livre, capaz de distinguir e de escolher. Já a simples menção do termo *homem* - evoca uma dignidade. No mesmo plano, considerava o citado autor a liberdade e a igualdade, como atributos originários de todo homem...Antecede, portanto, o juízo axiológico do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade normativa, mormente no campo penal. Daí porque a lei que viole a dignidade da pessoa humana, deve ser reputada como inconstitucional.

Os Princípios da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade dispõem que somente os bens jurídicos relevantes e imprescindíveis a convivência humana no âmbito social poderá ser tutelado pelo Direito Penal. Os bens que não acarretam prejuízo algum não podem almejar a intervenção estatal de maneira a suprimir direitos fundamentais por ações menos gravosas. O Direito Penal somente poderá intervir se o bem jurídico violado for de vital importância para a coexistência da coletividade. O ordenamento jurídico penal somente atuará em última *ratio* não para todo e qualquer comportamento lesivo, pois este deve ser altamente prejudicial a sociedade, de modo que a aplicação penal é restringida.

Também cumpre falarmos do Princípio da Proporcionalidade, no sentido de que os fins da pena devem estar em consonância com os empregados pelo legislador. É um princípio que guarda imensurável importância em nosso sistema normativo de aplicação da pena, pois foi uma conquista oriunda do movimento Iluminista. Significa um avanço da humanidade, pois até então, não havia qualquer proporcionalidade entre a aplicação da pena ao delito.

Não é incomum, nos dias de hoje, a criação de leis que violem estes princípios, especialmente o da proporcionalidade. O legislador brasileiro ainda cria leis que destroem preceitos inerentes ao homem e, como resposta ao clamor social, retroage e apaga da memória séculos de opressão.

CONCLUSÃO

Diante de um Estado Democrático de Direito cuja finalidade da pena almeja a reinserção do transgressor ao convívio social, é inadmissível penas exorbitantes e desproporcionais que violem preceitos constitucionais.

Não é raro o legislador suprimir tais direitos para acalantar a sociedade e com isso criar um Estado opressor, cuja finalidade se perdeu. O Direito Penal constitui a última *ratio* e não pode ser usado para punir ações que não acarretam

prejuízos realmente relevantes para o convívio social. O *status libertis* é o último recurso cabível ao Estado, pois sua intervenção é limitada pela própria Constituição Federal que, taxativamente, dispõe sobre as premissas a serem seguidas, bem como seus limites.

Em suma, essas normas que violam princípios e o próprio ser humano enquanto humano, não podem ser objetos de repressão pelo Direito Penal. Este, por ser extremamente gravoso à liberdade individual, tem seu uso limitado e não indiscriminado. Ora, se ignorarmos as lutas e conquistas que culminaram no Estado Democrático e criarmos leis que as violem, estaríamos diante de uma violência sem precedentes ao homem, pois este é o centro de todas as ações estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Flório de Angelis, ed.1997, Editora Edipro;

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revistadas**, ed. 1999, Editora RT e **Execução da Pena de Prisão e Direitos Humanos**, ed.2001, Editora Lumen Iuris;

GOMES, Luiz Flávio Gomes e MOLINA, Antônio Gracia Pablos. **Direito Penal: Parte Geral**, ed. 2007);

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**, ed. 2004, Editora Manole;

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito** (tradução João Baptista Machado), ed.2000)

LISZT, F. Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira, ed. 1899, Briguet Editoras;

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição**, ed.1997, IBCCRIM e Princípio da Legalidade Penal, ed. 1994, RT;

LUIZI, Luiz. **Princípios Constitucionais Penais**, ed. 2003, Editora Porto Alegre;

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**, ed.2008, Editora Método;

MIRABETE FABBRINI, Julio, revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. **Curso de Processo Penal**, 12ª edição, ano 2009, editora Atlas;

MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo, Editora Ediouro, s.d;

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Parte Geral**, ed. 24, 1986, Editora Saraiva;

OCTAVIANO, Gustavo Diniz Junqueira. **Finalidades da Pena**, ed. 2004, Editora Manole;

PRADO, Regis, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, ed. 2002, Editora Revista dos Tribunais;

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**, ed.1998, Editora Del Rey;

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito** , ed.2001, Editora Livraria do Advogado;

SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA, Alceu Junior , **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**, ed.202, Editora Revista dos Tribunais;

SILVA, Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, ed.2009, Editora Malheiros;

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito**, ed. 2006, Sergio Antônio Fabris Editor.