



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

YANA CORDEIRO LOPES DE SIQUEIRA

A INFLUÊNCIA GARANTISTA NA REESTRUTURAÇÃO DA
PRODUÇÃO NORMATIVA PENAL E PROCESSUAL PENAL

SOUSA - PB
2007

YANA CORDEIRO LOPES DE SIQUEIRA

A INFLUÊNCIA GARANTISTA NA REESTRUTURAÇÃO DA
PRODUÇÃO NORMATIVA PENAL E PROCESSUAL PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Thiago Marques Vieira.

SOUSA - PB
2007

Yvna Cordeiro Lopes de Siqueira

A INFLUÊNCIA GARANTISTA NA REESTRUTURAÇÃO DA PRODUÇÃO
NORMATIVA PENAL E PROCESSUAL PENAL

Aprovada em : de de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Thiago Marques Vieira – UFCG
Professor Orientador

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Dedico aos meus queridos e estimados pais pelo esforço em prol de meus estudos e por todo o amor com que sempre orientaram e orientam a minha vida. Minha dedicação é em nome da felicidade de Benedito e Sônia, a quem tanto amo.

Agradeço primeiramente a Deus, que sempre esteve ao meu lado e que nunca, em nenhum momento me abandonou mesmo eu não sendo sua discípula mais dedicada.

Ao meu grande pai Benedito Lopes de Siqueira, que é meu orgulho, exemplo e maior sinal de perseverança na busca de um objetivo. Seu colo é minha maior fortaleza.

A minha amada e perfeita mãe, que é meu porto seguro, melhor amiga e confidente, e exemplo de mulher que quero seguir.

A meu querido amigo, companheiro e irmão, Ygor, a quem tanto amo e torço para que seja mais feliz do que já merece.

Agradeço profundamente a meu amigo e orientador, Thiago Marques, pelo carinho, paciência e confiança que sempre depositou em mim, e pela proposta desse tema, que tanto me ajudou a abrir os olhos para conhecimentos que nunca pensei em possuir.

Ao meu namorado João Paulo, que é meu grande amor e pessoa fundamental em minha vida, sempre me apoiando e me dando forças quando achava que não mais as tinha.

As minhas amigas-irmãs Ayla, Regina, Anatany e Taylline, que são pessoas que amo e prezo, e figuras primordiais para minha felicidade.

Aos meus amigos-irmãos: Ariel, Leonardo, Joseph, Juninho, Thiago e Trajano, que amo tanto e que sei que estarão comigo pelo resto de minha vida.

Ao meu tio e amigo Humberto representando aqui minha família

A minha querida amiga Aurilene pelo carinho e amor que muito me emociona

Ao projeto de extensão Aplicação dos Direitos e Garantias Fundamentais, principalmente a versão 2004, personificado aqui na figura de Gracinha amiga, conselheira e exemplo de mulher.

Aos meus novos e eternos amigos: Patrícia, Isabelle, Camila Pinto, Edmilson, Mariana, Adriana, Tânia Dona Maria Nedis, e as minhas pequenas Marcela e Isadora.

A Liga da Justiça, que é minha fonte de energia.

Aos meus amigos do INSS: Dr. Thiago, Dra. Raquel, Raimundinho, Silvana e Sérvolo, em especial.

Aos colegas de turma, pelo aprendizado e convivência.

Aos professores, que me auxiliaram e aturaram durante esses cinco anos, representados pela minha amiga Lourdinha.

A todos os funcionários que me dedicaram tanto carinho, representados por Damares, Rocilda, Núbia e Maria José.

E a todos que direta e indiretamente participaram de minha vitória.

Sonhar
Mais um sonho impossível
Lutar
Quando é fácil ceder
Vencer
O inimigo invencível
Negar
Quando a regra é vender
Sofrer
A tortura implacável
Romper
A incabível prisão
Voar
Num limite improvável
Tocar
O inacessível chão
É minha lei, é minha questão
Virar esse mundo
Cravar esse chão
Não me importa saber
Se é terrível demais
Quantas guerras terei que vencer
Por um pouco de paz
E amanhã, se esse chão que eu beijei
For meu leito e perdão
Vou saber que valeu delirar
E morrer de paixão
E assim, seja lá como for
Vai ter fim a infinita aflição
E o mundo vai ver uma flor
Brotar do impossível chão

Sonho Impossível
Chico Buarque

RESUMO

Sendo a sociedade fonte de mudanças constantes, o papel do Direito, como forma de controle social, deve adaptar seus conceitos e critérios a essas modificações. Nesse novo aspecto evolutivo, a importância dada aos direitos fundamentais dos homens é cada vez mais presente, permitindo a necessária sobrevivência e segurança dos indivíduos e possibilitando a limitação da atuação estatal, que deve ser dirigida para a proteção desses direitos, viabilizando a sua prática no ordenamento jurídico. O Direito Penal por incidir na liberdade dos cidadãos necessita atender na sua aplicação, a nova realidade social e a importância patente dos direitos fundamentais, devendo para isso, orientar-se por novas tendências, dentre elas a teoria garantista e sua preocupação com a proteção desses direitos. Nesse aspecto, o presente trabalho tem como objetivo, demonstrar que a falta de observação dos direitos fundamentais no sistema pena atual, causa grande parte de sua ineficiência na proteção da sociedade contra a criminalidade crescente. Para tanto desenvolveu forte pesquisa doutrinária e utilizaram-se métodos clássicos de pesquisa científica, tais como o exegético-jurídico, o literal, dedutivo, sistemático, necessários para o amparo científico na exposição do assunto. Observou-se que uma possível resolução para essa problemática, seria adoção de uma política minimalista e garantista, com sua proteção aos bens jurídicos fundamentais e amparo aos princípios e direitos fundamentais, bem como a valoração do respeito à dignidade da pessoa humana, posta em prática por meio de um novo papel dado ao poder jurisdicional dos juizes, a nova técnica legislativa e a um novo aspecto garantista atribuído ao processo penal, tal como já vem ocorrendo a título de exemplo com a criação dos Juizados Criminais, da nova lei de crimes hediondos e da nova visão do interrogatório como meio de defesa. A guisa de conclusão, necessário se faz à utilização, na vida prática do sistema penal, de uma evolução pautada no respeito das garantias constitucionais, demonstrando, na técnica legislativa presente e futura o respeito ao indivíduo, e a adoção de um ideal garantidor.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito Penal. Minimalismo. Teoria Garantista. Processo Penal Garantidor.

ABSTRACT

As the source of changes in society, the role of law, as a form of social control, it should adapt its concepts and criteria for such changes. In this new thing rolling, the importance given to the fundamental rights of men is increasingly present, allowing the necessary survival and security of individuals and enabling the restriction of the state action, which must be addressed for the protection of those rights, allowing the practice in legal. The Criminal Law by focusing on freedom of the citizens need to answer in their application, the new social reality and importance of patent rights, and for this, it is guided by new trends, among them the theory it guarantees and his concern for the protection of those rights . In that sense, this work is aiming to demonstrate that the lack of observation of fundamental rights in the current penalty system, causes much of its inefficiency in the protection of society against crime increasing. For both developed strong search doctrinaire and is used traditional methods of scientific research, such as exegetic-legal, the literal, deductive, systematic, necessary for the scientific refuge in the exposure of the subject. There was a possible resolution to this problem, it would be adoption of a policy minimalist and it guarantees, with its fundamental legal protection to goods and refuge fundamental principles and rights, and the valuation of respect for the dignity of the human person, put into practice through a new role given to the power of the court judges, the new technique and a new legislative aspect it guarantees assigned to the criminal proceedings, as has been occurring for example with the creation of Judgment Criminal, the new law of heinous crimes and the new vision of the interrogation as a means of defense. The way of conclusion, whether it is necessary to use in life practices of the penal system, a trend based on the respect of constitutional guarantees, demonstrating, in legislative technique current and future compliance with the individual, and the adoption of an ideal protector.

Keywords: Fundamental Rights. Criminal Law. Minimum Intervention. Theory It Guarantees. Criminal Procedure Protector.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 O DIREITO PENAL A LUZ DE NOVAS PERSPECTIVAS DE POLÍTICA CRIMINAL	15
1.1. A função do Direito Penal	15
1.1.2 Teorias absolutas e relativas: a importância do conhecimento da finalidade da pena	18
1.2. Movimentos de Política Criminal.....	22
1.2.1. O movimento de Lei e de Ordem	22
1.2.2 O Abolicionismo penal.....	25
1.2.3. O Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal	29
1.3 Uma nova visão minimalista para o Direito Penal.....	42
CAPÍTULO 2 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA GARANTISTA E O VALOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO TÓPICOS DE REVISÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO PENAL.....	48
2.1 O processo de normatização dos princípios	48
2.1.1 Breve apanhado histórico da evolução da função atribuída aos princípios no ordenamento jurídico.....	49
2.1.2. Princípios e regras: preceito do mais ou menos e aplicação do tudo ou nada.	51
2.2 A exaltação do valor da dignidade da pessoa humana.....	53
2.3 A teoria do Garantismo Jurídico.....	56
2.3.1. A Primeira acepção do termo garantismo	58
2.3.2. A Segunda acepção do termo garantismo	59
2.3.3 A Terceira acepção do termo do garantismo.....	61
2.4 A produção legislativa em um sistema garantista.....	63
2.5 O juiz e seu novo papel em um sistema garantista.....	64
CAPÍTULO 3 TEORIA GARANTISTA E SUA INFLUÊNCIA NA MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA PENAL E PROCESSUAL PENAL.....	67
3.1 A mudança de paradigma no Processo penal	68
3.2 Processo Penal Minimalista Garantista e sua aplicabilidade prática.	73
3.2.1 Juizados Especiais Criminais	74
3.2.2 Lei 10.792/2003. O interrogatório e sua transformação de meio de prova para meio de defesa.....	79
3.2.3 Crimes Hediondos e a nova redação trazida pela lei 11.464/2007.	86
3.2.4 A lei 11.449/07 e a exigência da comunicação da prisão em flagrante a Defensoria Pública.	92
3.2.4 Projeto de Lei n. 4.203 de 2001. Proposta de reforma do Código de Processo Penal referente ao Tribunal do Júri.	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

O homem foi criado para viver em sociedade, não alcançando o seu ápice sem o convívio com seus pares. Essa interação é necessária para a troca de experiências e informações, que culminam com a evolução humana através da troca de conhecimentos e do contato com culturas e ideais diferentes.

Quando os interesses entre os homens divergem, surgem os conflitos intersubjetivos, onde cada um procura justificar e defender sua opinião e seus ideais. Em um estágio mais radical de defesa de seu direito, os homens ferem-se mutuamente, com praticas animais que chegam a beirar o caos e a aniquilação.

Necessária se faz, portanto a figura de uma instituição que seja capaz de organizar, proteger e reger a vida em sociedade procurando resolver e solucionar as divergências que surgem dessa coexistência. Surge a figura do Estado, que através de um contrato social firmado com os indivíduos, apodera-se de parcelas de seus direitos, que outrora eram amplos e ilimitados, para que se possa justificar sua intervenção no seio social.

Essa intervenção é feita através de meios de controle social, como a moral, a religião e as regras de trato social. Porém, percebe-se que esses meios podem de certa forma, limitar algumas condutas ditas anti-sociais, mas, em nenhuma delas é evidente o caráter obrigatório e impositivo de seus comandos. Nesse diapasão surge o Direito consubstanciado em um conjunto de normas coercitivas, destinado à regulamentação da vida e sociedade. Serve, pois como uma faca de dois gumes que aprisiona e liberta.

Dividindo-se para melhor exercer sua função, surgem os mais variados ramos do Direito e dentre eles a sua mais rigorosa vertente, o Direito Penal. Esse ramo do Direito converge-se, em principio, como meio repressor de condutas desviantes, punindo aqueles que vão de encontro aos interesses sociais, através de um processo penal que concretize esse *mandamus*.

Como dito alhures, a sociedade é um organismo em evolução e seus interesses, conseqüentemente, seguem o mesmo procedimento evolutivo. Daí a necessidade quase que emergencial, da adaptação do Direito aos novos fatos que emergem desse desenvolvimento.

Para o Direito Penal, no entanto, a obrigatoriedade de sua adaptação, torna-se ainda mais necessária, posto que sua intervenção incide diretamente na liberdade dos indivíduos, necessitando assim, de uma maior sensibilidade na avaliação de quando e como interferir. É nesse “quando interferir” que surgem os maiores problemas; e é no “como interferir” que surgem as maiores arbitrariedades.

Mesmo com todo esse processo, em todas as fases de sua evolução, pode-se notar a utilização severa de um Direito Penal repressor, arraigado em tipificação de condutas ofensivamente diminutas, na inobservância de regras que favoreçam um processo adequado e no total abandono do respeito aos mais naturais direitos individuais e coletivamente considerados.

A problemática penal esta inserida como um dos pontos culminantes do aumento da criminalidade e de muitas das injustiças presentes no seio social. A falácia da justificação do direito de punir, muitas vezes conduz a aplicação de sanções arbitrárias e desregradas, punindo severamente crimes de menor gravidade e deixando impune ou punindo de forma irrelevante, condutas que necessitavam de uma reprimenda mais enérgica. Exemplo que pode ser dado é o crime de homicídio, não que essa conduta seja irrelevante, posto que agride bem jurídico primordial que é a vida, no entanto, quando cometido por um cidadão que necessita sustentar sua família, vendo seus direitos mínimos, com alimentação, trabalho e saúde, sendo simplesmente desprezados pelo Estado, que seria o responsável pelo efetivo cumprimento desses direitos, o crime, por mais drástico que seja, sai do âmbito da pura crueldade do agente, e torna-se resultado de um desespero social e de uma ineficácia estatal.

Porém, quando um representante do povo, devidamente eleito, considerado da mais alta estirpe, desvia verbas que seriam destinadas à compra de medicamentos para distribuição em uma comunidade carente, a mídia faz estardalhaço passageiro, e a população muitas vezes se conforma com a situação de impunidade do político, achando ate normal. No entanto, sua conduta não foi um mero desvio de dinheiro publico, foi sim um verdadeiro genocídio que atingirá a sociedade presente e futura. Nesse caso onde esta o Direito Penal? Os cidadãos possuem a consciência de que, crime que deve ser punido pelo Direito Penal é aquele que sangra, o visível, que mostra seus resultados de forma aparentemente imediata, devendo por isso, sofrer uma reprimenda rápida e cruel, na mesma medida que o ato cometido pelo infrator. É uma forma de retribuição que só será efetiva, do

ponto de vista social, se punida com uma pena privativa de liberdade, posto que as penas alternativas causem a impunidade do agente.

Nesse contexto o Direito Penal tem a justificação de sua interferência na opinião pública, que não é considerada apta para essa função, pois carregada de preconceitos e estigmatizações, não sendo fonte legítima do direito de punir. Em consequência desse impulso, tipificam-se cada vez mais crimes, sem, no entanto, diminuir a criminalidade, e pune-se cada vez mais drasticamente, sem que haja ressocialização ou reabilitação do condenado.

A inobservância de garantias básicas dos cidadãos pelos órgãos institucionais do Estado, causa a grande maioria dos crimes e gera revolta generalizada. Direitos constitucionalmente garantidos, não podem nem devem ser menosprezados, principalmente quando o campo de atuação é um direito tão repressivo quanto o Direito Penal, que atinge a liberdade dos indivíduos e causam angústia sociais. Esse é um problema de ordem estatal e social, de difícil solução, que exige contribuição de todas as áreas envolvidas para que se possa obter uma resolução.

Nesse contexto, o presente estudo científico terá como objetivo central, demonstrar a ineficácia do sistema penal clássico quanto a observação de garantias e direitos fundamentais, demonstrando a necessidade de elaboração de uma política criminal pautada na preocupação com o respeito e a segurança desses direitos, objetivando assim uma mudança na concepção do direito de punir; bem como, analisar propostas, doutrinariamente oferecidas, em especial a Teoria do Garantismo Penal, proposta por Luigi Ferrajolli, como meio de proteção dos direitos jurídicos fundamentais, sendo proposta real de solução dessa problemática, atribuindo um caráter garantidor ao Direito Penal. Sendo ainda, objeto do estudo, a possibilidade de se por em prática no contexto jurídico-penal as propostas analisadas, tentando comprovar a possibilidade concreta de sua aplicação, visto que sua necessidade, em decorrência da realidade penal atual é patente.

Para a obtenção e possível solução da problemática disposta no presente trabalho monográfico, utilizar-se-á dos métodos clássicos de pesquisa científica, tais como o literal, dedutivo, sistemático, necessários para o amparo científico na exposição do assunto, bem como o método exegético-jurídico na interpretação legal e a análise doutrinária da temática proposta.

Visando alcançar o objetivo disposto no estudo em epígrafe, o primeiro capítulo terá como tema uma abordagem a respeito da função atribuída ao Direito Penal e a pena, fazendo-se um comparativo histórico-evolutivo das punições. A história do direito de punir evidencia a crueldade de seu tratamento, tendo como ponto de repressão o corpo do condenado e fazendo de sua tortura espetáculo para a sociedade. Nesse contexto, advem sua patente necessidade de revisão ao longo do tempo.

Serão analisadas as teorias absoluta, relativa e simbólica de legitimação da reprimenda penal, que oferecem teses, sejam de retribuição ou de prevenção, buscando o cerne da justificação da pena, bem como as críticas que as envolvem, tornado-se assim, necessária à avaliação de outros discursos penais que objetivem alcançar a finalidade do direito de punir,

Nesse contexto, serão abordados os movimentos de política criminal, que tem como característica novo método de observação do fenômeno jurídico penal. Diante da impossibilidade de ser abordado todo o tema referente aos movimentos criminais, dar-se-á importância a três de seus representantes, quais sejam, o Movimento de lei e de Ordem e sua concepção repressiva; o Abolicionismo Penal e seu radicalismo; e o Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal com seu ideal de aplicação penal mitigada; analisando seus conceitos, fundamentos e princípios.

Dessa análise se buscará a inserção de um desses movimentos como melhor proposta para a elaboração de um Direito Penal pautado na observação de direitos fundamentais e na conseqüente diminuição da criminalidade, atendendo tanto aos anseios da sociedade ávida por uma solução concreta, quanto daquele que, mesmo sofrendo a reprimenda penal quer ver assegurada sua dignidade.

O segundo capítulo fornecerá uma base conceitual ético-filosófica, baseada na influência pós-positivista, e na sua concepção inovadora acerca do histórico do processo de transformação normativa dos princípios, sua relação com as regras jurídicas e a valoração do princípio universal da dignidade da pessoa humana, que será ponto de partida para o surgimento de uma das teorias mais brilhantes no aspecto de proteção penal aos direitos fundamentais: a Teoria Garantista.

Partindo dessa base conceitual, será analisada a proposta de uma Teoria Garantista, consubstanciada em um modelo normativo de direito, caracterizado pelo respeito ao princípio da legalidade; na diferenciação entre validade e efetividade da norma, ou seja, a diferenciação existente entre o ser e o dever das normas

positivadas; e materializada em um ponto de vista externo ou de legitimação externa da atuação estatal. Através dessas três acepções, o Garantismo surge com o condão de reavaliar o sistema jurídico atual, propondo soluções inovadoras quanto ao respeito da dignidade humana no Direito Penal e no ordenamento como um todo, procurando legitimar a própria atuação estatal e tentando inserir um novo aspecto de feita legislativa e um novo papel ao poder jurisdicional atribuído aos juizes.

O terceiro capítulo terá como principal proposta, demonstrar a possibilidade da aplicação prática dos conceitos, propostas e teorias, até então expostas, sugerindo para isso, a adoção do processo penal, como maneira plausível de busca dessa concretização. Esse processo penal para satisfazer a temática proposta, deverá ser imbuído de um caráter também garantidor, que venha, através de um procedimento pautado em garantias fundamentais, por em prática novas tendências de observação de um fenômeno jurídico mais justo e humanitário, evitando assim a perpetuação da disparidade entre o ser e dever ser estatal.

Certo é que a sociedade atribuía ao Estado e ao Direito uma fonte de proteção. Em meio ao aumento desproporcional da criminalidade, acaba por banalizar a atuação desses institutos; o agente de uma conduta típica e todos que se adequam a uma situação análoga, deparam-se cada vez mais com penas mais duras e com estabelecimentos penais que são mais escolas do crime que meio de ressocialização; o moderno Estado Democrático de Direito, não pode ser considerado banal na sua função assecuratória, nem muito menos um carrasco inquisidor, seu surgimento está vinculado à proteção e organização da sociedade, na procura de novas possibilidades para melhor atender aos seus anseios. Só com a observância da dignidade humana e dos demais direitos tidos com primordiais, firmará novamente o objetivo primordial do contrato social outrora estabelecido, de um Estado garantidor dos interesses sociais.

CAPÍTULO 1 O DIREITO PENAL A LUZ DE NOVAS PERSPECTIVAS DE POLÍTICA CRIMINAL

O aumento crescente da criminalidade e a falta de seu diagnóstico têm como um de seus motivos à ineficiência do Direito Penal. A função de proteção social e ressocialização através de suas penas, não são cumpridas e a observação das garantias inerentes ao cidadão, são deixadas em segundo plano em nome da eficiência administrativa, deslegitimando assim a atuação penal.

Portanto, torna-se necessário uma reavaliação da função do direito de punir, pautada na política criminal moderna, para que se possa buscar um novo horizonte para o Direito Penal.

1.1. A função do Direito Penal

O Direito é visto como um sistema próprio, composto de vários subsistemas que se interligam para melhor desempenhar seu papel de protetor dos bens jurídicos. Sendo assim, o Direito Penal é visto como um desses subsistemas jurídicos, com conceitos, regras e princípios particulares.

Antes de adentrar no próprio conceito desse ramo do direito, interessante ressaltar a celeuma existente com relação à terminologia 'Direito Penal'.

Para vários autores, há uma diferença entre as terminologias Direito Penal e Direito Criminal, sendo que este abrange aquele. A diferença se pauta na afirmação de que o Direito Criminal enfoca o crime e as conseqüências jurídicas, enquanto que o Direito Penal estaria voltado unicamente ao estudo da punição. Por conseguinte, como retrata Guilherme de Souza Nucci (2006, p 06) "tudo não passa de uma opção terminológica.

Vários são os conceitos que podem ser encontrados na doutrina pátria no tocante ao Direito Penal. Nesse sentido, o autor informa:

O Direito Penal é corpo de normas jurídicas voltadas à fixação de limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes a sua aplicação.

É o Direito Penal o mais repressor de todos os ramos do ordenamento jurídico, devendo, portanto, ser utilizado com o devido cuidado. Advém daí, focalizar qual a função desse direito, para que se delimite sua amplitude, as metas que cumpre ou deva cumprir, como também, aquelas que, efetivamente realiza.

Investigar a função do Direito Penal, que é considerado um dos temas mais controvertidos, tanto no mundo jurídico quanto no filosófico, sem se referir a pena, seria uma dicotomia de resolução impossível, posto que tratar do direito de punir é tratar, conseqüentemente da teoria da pena, que antes de mais nada constitui o próprio Ordenamento Penal.

Quando alguém pratica um ilícito penal, surge para o Estado, a possibilidade de fazer valer o seu poder de punir. O instrumento idôneo para a consecução do *jus puniendi* estatal é o Direito Penal, que sendo, de maneira abstrata, um definidor de condutas, tem sua materialização concretizada por meio de uma pena, que é a conseqüente resposta da intervenção desse direito.

Todo poder, para não incidir em arbitrariedades, deve encontrar limites a sua atuação. Embora hoje se tenha em mente esse aspecto de limitação, nem sempre se pensou dessa forma. O sistema de penas já foi exorbitantemente arbitrário e cruel, e não só por parte do Estado ou dos órgãos responsáveis por sua aplicação, mas também, pela própria sociedade que, como retrata Rogério Greco (2006, p. 15) “infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento do infrator”.

Luigi Ferrajoli (2006, p. 310), com precisão, diz que:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: por que mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos tem sido as produzidas pelas penas, porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio das penas é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.

A origem das penas surge na história humana, com a expulsão de Adão e Eva, após infringirem a ordem dada por Deus de não comer o fruto considerado proibido, sendo por isso, expulsos do paraíso. Após essa primeira punição conhecida, o homem começou a adotar o sistema de aplicação de sanções, na vida em sociedade, como forma de coibir o desrespeito a regras de convivência impostas.

Nessa época de início da utilização de penas, o caráter vingativo e absurdamente desumano, reinavam absolutos em sua aplicação. Tanto o é, que Michael Foucault (2000, p. 9), narra em mínimos, para não dizer, repugnantes detalhes uma execução datada do ano de 1757, contando:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado em uma carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí seria erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barriga das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e as partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo ser puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos pelo fogo, reduzido a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos que foram utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhes os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tenha sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: *'Meus Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me'*.

Nessa época as penas tinham uma característica altamente "aflictiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado" (GRECO, 2006, p. 522).

Com o advento do movimento Iluminista, começou a transparecer a indignação de alguns com as atrocidades cometidas por e com seus pares. Um de seus maiores expoentes foi, sem dúvida, Cesare Beccaria (*apud* ROZA, 2007)

Este era um homem à frente de seu tempo e com sua obra "Dos Delitos e Das Penas", em 1764, influenciou bastante o mundo jurídico então vigente e tornou-se um marco, por ser a primeira vez que se insurgiu contra a tradição jurídica, em nome da humanidade e da razão; tendo sofrido forte influência de Rosseau, Diderot e Buffon. Além de ter exercido forte influência na reformulação da legislação jurídica da época, estabeleceu conceitos fundamentais/essenciais para as legislações que sucederam, tais como: a necessária proporcionalidade das penas em relação aos delitos cometidos e a condenação da tortura como instrumento de obtenção da confissão (prova do crime), sua obra marcou o declínio da era institucional da tortura, uma vez ter levantado a tese da injustiça e ineficácia desta.

O sentimento de indignação e sua conseqüente admissão nas sociedades que se sucederam, fez aflorar uma maior preocupação com a integridade física, mental e com a vida dos seres humanos. Contudo, a 2ª Grande Guerra Mundial, fez retroceder, essa tímida, porém, aparente evolução, ao disseminar mais de seis milhões de judeus, com as mesmas técnicas cruéis de outrora.

Mesmo atualmente, o sistema de penas não passa por grandes mudanças, pois o aumento da criminalidade cominada com o sensacionalismo próprio da indústria televisiva faz surgir, no seio social, a ilusória necessidade de criação de leis cada vez mais severas e cruéis, que aparentemente, ainda são consideradas, para muitos, o melhor meio de resolução dessa problemática.

1.1.2 Teorias absolutas e relativas: a importância do conhecimento da finalidade da pena

No contexto da discussão a respeito da função atribuída, ou que se deva atribuir às penas, surge às teorias absolutas, que defendem a tese de retribuição, e as teorias tidas como relativas, as quais advogam a questão de prevenção. Assim ensina Luigi Ferrajoli (2006, p. 204)

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como 'castigo', 'reação', 'reparação' ou ainda, 'retribuição' do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco em custo, mas, sem, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, 'relativas', todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim.

Nas teorias absolutas, com o seu caráter de retribuição, não se verifica espaços para uma perspectiva de finalidade social, seja de utilidade, seja de ressocialização; seu objetivo é puramente de imposição de um mal pra retribuir aquele que foi cometido.

Para a teoria relativa, a pena teria como fim, Paulo Queiroz (2006, p. 52) afirma: “a prevenção de novos delitos, seja em caráter geral, atuando sobre a generalidade dos seus destinatários, seja e caráter especial, dirigida a atuar sobre o animo daqueles que já tenham incorrido na prática de um crime”.

Nesse conceito são identificados dois critérios de prevenção: a prevenção geral – negativa e positiva; e a prevenção especial – negativa e positiva.

Na prevenção geral negativa Rogério Greco (2006, p. 525), entende que:

A pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal.

Dessa forma o Direito Penal, atribui, através da aplicação de uma penalidade, a intimidação, de forma que, aquele, propício a delinquir, não o faça, por medo de sofrer a punição correspondente.

Em outra vertente, encontra-se a prevenção geral positiva, onde Paulo Queiroz (2006, p. 40) preleciona que:

Para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não a prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tinham incorrido na pratica do delito; seu propósito vai alem disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo, em ultima análise, a integração social.

Na prevenção especial, subdividida em negativa e positiva, tem-se na relação negativa “a existência de uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização esta que ocorre com a sua segregação ao cárcere” (GRECO,

2006, p. 526). Sendo que para os adeptos dessa posição, a retirada do convívio social, mesmo que por determinado lapso temporal, daquele que comete a infração, faz com que o mesmo não cometa mais nenhum ilícito na sociedade da qual foi segregado; tendo em vista que essa retirada se concretiza somente, se ao acusado for aplicada pena privativa de liberdade.

Prevenção especial positiva, segundo Cezar Roberto Bitencourt (*apud* GRECO, 2006, p. 522), “não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte transgredir as normas jurídico-penais”. Aparece com essa conceituação, indícios de um caráter ressoacializador, fazendo com que o agente pense nas conseqüências do delito e arrependendo-se, não pratique nova infração penal.

Em uma posição diferenciada, tanto da tória absoluta quanto das teorias relativas, surge como oposição a teoria simbólica ou retórica da pena. Nesse sentido Silvia Sanchez, (*apud* QUEIROZ, 2006, 51):

Seria simbólica no sentido de que se pretenderia criar uma impressão de segurança jurídica, com edição de normas penais e penas que incidiriam sobre crimes, geralmente, que provocam grande comoção social.

Para os estudiosos desse tema, essa função seria ilusória e serviria como mero instrumento externo para satisfazer a vontade das classes dominantes, pois seria uma solução rápida, mas carregada de superficialidade e ineficácia, omissa quanto ao aspecto político-social.

Diante das teorias até aqui exposta, indaga-se qual delas seria a perfeita para se justificar, ou melhor, para demonstrar a finalidade da pena, e sendo esta parte lógica e essencial do direito de punir, a finalidade do Direito Penal. A pergunta tende a permanecer sem resposta, pois as teorias aqui abordadas e oferecidas pelas doutrinas padecem de vícios que, em um Estado Democrático de Direito, pautado no respeito aos Direitos Humanos, não mais se coadunam.

A teoria absoluta, que vê na pena um fim e si mesma, peca nessa afirmativa, pois, com preleciona Hans Kelsen (1998, p. 23):

Inicialmente, fim do Estado/Direito, pois, da pena, não é realizar a justiça, tampouco em termos absolutos. A função do direito penal é algo bem menos ambicioso: viabilizar a convivência social por meio da ordenação pacífica dos conflitos. (...) não é função do Estado intervir na realização da justiça independentemente do que seja necessário para sua própria existência como comunidade jurídica, uma vez o Estado não castiga para que exista a justiça no mundo, senão para que haja juridicidade na vida da comunidade.

A absolutização do fundamento do direito de punir supõe a absolutização dos fins do Estado, algo incompatível com o perfil dos estados modernos, em especial, com o perfil do Estado Democrático, ao qual somente se conferem atribuições relativas, nunca absolutas.

Nas teorias relativas, atribui-se ao Direito Penal, uma função de controle social sem um limite de atuação, pois poderá ser aplicado sempre que politicamente conveniente ou como falso meio idôneo para desestimular comportamentos criminosos. Em uma visão doutrinária seria inviável tanto a prevenção geral por meio de intimidação, pois não se inibe comportamentos delituosos, fazendo pessoas de instrumentos para esse fim, e tampouco, inculcando um respeito compulsório na consciência dos indivíduos.

A prevenção especial, em uma percepção ainda doutrinária, esvai-se com seu caráter primitivo de ressocialização, posto que os sistemas prisionais, como são concebidos hoje, não possibilitam essa reintegração do egresso ao convívio em sociedade, até porque, como afirma Rogério Greco (2006, p. 529), "mas que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado".

O aspecto simbólico, também não constitui meio hábil de justificação do uso do Direito Penal, tornando-se inviável pelos motivos já expostos. No entanto, por mais que não seja condizente com a função do direito de punir, sua aplicação é notória na atual prática penal. Sua rapidez na 'resolução' de problemas, mesmo causando inchaço legislativo desordenado, satisfaz parcela da sociedade, que vê na punição rápida e severa uma merecida retribuição ao infrator.

Diante dessa problemática, através de discussões que procuram evidenciar a função do Direito Penal, já pode ser notado um modo utilitário desse Direito, como afirma Paulo Queiroz (2006, p. 57):

[...] que a justificação da pena depende da justiça de seus preceitos e da sua necessidade para a preservação das condições essenciais da vida em sociedade (proteção de bens jurídicos). Busca-se, assim, unir justiça e utilidade, razão pela qual apenas somente será legítima na medida em que for justa e útil.

Em meio a essa função utilitária e a essa nova visão do Sistema Penal como meio para proteção dos bens jurídicos, que se faz necessário o estudo dos movimentos de política criminal, posto que trazem em seu bojo, modificações e reflexões acerca da importância desses bens, propondo, cada um a seu modo particular, as ponderações necessárias para se buscar uma real função do Direito Penal.

1.2. Movimentos de Política Criminal

O Direito Penal, após discussões acerca de sua função, surge como protetor dos bens jurídicos. Nesse diapasão, resta saber qual o alcance dos bens jurídicos a serem tutelados ou não por esse direito.

Os movimentos de política criminal sejam com características tradicionais, humanitárias ou radicais, trazem em seu arcabouço, conceitos com profunda relação entre o Direito Penal e os bens jurídicos, sendo necessária a distinção desses discursos penais, para que se deixe transparecer as suas verdadeiras intenções, possibilitando assim a melhor escolha entre os posicionamentos que serão expostos.

Diante da amplitude da temática referente aos movimentos de política criminal, tem-se por critério de importância salutar ao tema, a análise de três de suas vertentes – o discurso de Lei e de Ordem, o Abolicionismo Penal e o Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal.

1.2.1. O movimento de Lei e de Ordem

No final do século passado, a mídia, como sempre e até hoje, foi a principal e grande divulgadora do movimento de Lei e de Ordem. Jornalistas, repórteres e apresentadores chamaram para si a obrigação de criticar as leis penais, fazendo assim a sociedade acreditar que, através de intensificação das penas, criação de novas tipificações penais e o afastamento de algumas garantias processuais, ficaria livre da intimidação de indivíduos considerados 'não adaptados'.

O convencimento, portanto, é feito por meio de um sensacionalismo exacerbado, mostrando imagens chocantes como homicídios com requintes de crueldade, estupros, bandidos que torturam suas vítimas, e com isso a sociedade amedrontada, acredita verdadeiramente, que a solução para todos os seus medos está no Direito Penal.

Bem enfatiza Rogério Greco (2006, p. 20) afirmando:

O Estado Social foi deixado de lado para dar lugar a um Estado Penal. Investimento em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor opressivo.

Interessante é sempre o comparativo com o movimento de Tolerância Zero, criado no começo da década de 90, na cidade de Nova York. Logo após o sucesso de sua campanha eleitoral, Rudolph Giuliani, assume o cargo de prefeito de Nova York e, juntamente com o chefe de polícia, Willian Bratton, iniciam o plano repressivo de Tolerância Zero.

Nas colocações de Lôic Wacquant, (*apud* GRECO, p. 10):

Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por Willian Bratton, responsável pela segurança do metro de Nova York, promovido a chefe de polícia municipal.

O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores - as que votam - por meio da perseguição permanentes dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus, metro, etc.). Usam para isso três meios: aumento em dez vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, um sistema de radar informatizado que permite a redistribuição contínua e intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e outros.

Como se vê, a Tolerância Zero é uma das vertentes do movimento de Lei e de Ordem. Por intermédio desse movimento, requer-se que o Direito Penal seja o protetor de todos os bens jurídicos existentes na sociedade, ou seja, “se um bem jurídico é atingido por um comportamento anti-social, tal conduta poderá transformar-se em infração penal, bastando, para tanto, a vontade do legislador” (GRECO, 2006, p. 8). Com isso o Direito Penal torna-se uma medida em que todo ato, por menor que seja, será repreendido com uma tipificação penal desordenada.

Novamente o autor (2006, p. 23), com firmeza aduz:

Não se pode conscientizar a sociedade através do Direito Penal. A aplicação arbitrária desse direito, inevitavelmente causará a sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tomando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra.

O Movimento de Lei e de Ordem está inserido no âmbito do Direito Penal Máximo, que tem como pressuposto, resolver os problemas criminais da sociedade através de um Direito Penal altamente rígido. Uma de suas vertentes mais severas é o Direito Penal do Inimigo, criado pelo professor alemão Günter Jakobs, com o objetivo de diferenciar o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, onde o primeiro é favorecido pela observância de todos os direitos a ele inerentes e o segundo afastado desse caráter garantidor visto que é tratado como um inimigo de guerra.

Jakobs (*apud* GRECO, 2006, p. 20) afirma:

O Direito penal conhece dois pólos ou tendências de suas regulações. Por um lado, trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confinar a estrutura normativa da sociedade, e de outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade. Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que estado natural é um estado ausência de norma. Quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. “Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação.

Esse sistema foi muito utilizado na Alemanha Nazista na Segunda Guerra Mundial, como meio de excluir os inimigos do estado por meio de uma disseminação geral através de campos de concentração, internações por tempo indeterminado e torturas das mais repugnantes. Sendo assim, todos que fossem 'supostamente' de encontro o regime e vigor, eram consideradas pessoas incuráveis e por isso submetidos a tratamentos humilhantes e por fim a morte.

Para os adeptos desse pensamento, se essa teoria fosse aplicada da nos dias de hoje, seria basicamente aplicada aos traficantes e membros de organizações criminosas, como medida profilática para suas condutas desvirtuadas, já que consideradas como uma patologia.

Enfim, o Direito Penal Máximo, seja o Direito Penal do Inimigo, seja o movimento de Lei e Ordem, para uma parcela dos estudiosos de sua fundamentação, estão fadados ao insucesso visto que procuram empregar a intervenção máxima do Direito Penal, punindo muitas vezes condutas insignificantes e deixando, propositadamente, de observar aquelas que realmente ferem bens jurídicos relevantes, tentando disfarçar as distorções do Estado que não consegue cumprir suas funções sociais, fazendo com que esse direito tão importante transforme-se em um instrumento meramente simbólico.

1.2.2 O Abolicionismo penal

Em contraposição ao Movimento de Lei e Ordem, tido como vertente do Direito Penal Máximo, que visa proteger qualquer bem jurídico, tenha ou não valor relevante, fazendo do Direito Penal ferramenta de resolução de todos os problemas sociais, surge o Abolicionismo penal, como corrente mais radical das teorias tidas como deslegitimadoras do Direito Penal.

O movimento de Lei e de Ordem, anteriormente tratado, encontra-se em meio às teorias legitimadoras de Direito Penal, reconhecendo a necessidade desse direito para o controle de condutas que vão de encontro aos interesses da sociedade; vale dizer "são teorias que reconhecem legitimação ao Estado para

definir comportamentos como delituosos e submeter seus infratores a um castigo especialmente enérgico” (QUEIROZ, p. 85). Reafirmam a idoneidade do Direito Penal na prática dessas funções, sendo, portanto, legitimadoras - justificadoras do direito de punir.

No entanto, há teorias que se recusam a aceitar esse ponto de vista legitimador; são movimentos políticos criminais deslegitimadores do Direito Penal que tem por escopo, criticar as justificativas do direito de punir da corrente legitimadora e oferecer meios para uma nova perspectiva penal, com uma intervenção cada vez menor. No caso do Abolicionismo penal, não se cogita uma intervenção cada vez menor do Estado, materializado no Direito penal, e sim, uma total abolição desse sistema repressor.

Dentro desse movimento que pretende abolir o sistema de justiça criminal, verifica-se que não existe uma uniformização de concepções, proporcionando-se assim, variantes abolicionistas.

Conforme destacado por Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2006, 18):

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, estados Unidos e América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault.

Por mais que não haja uma uniformidade conceitual ou de suas concepções filosóficas, há uma mesma finalidade a ser buscada por todos os adeptos desse movimento, qual seja, a abolição radical do sistema penal e a busca por outras instâncias de solução de conflitos. Para isso, os adeptos desse discurso penal enumeram vários fatores que justificam a extinção do sistema criminal.

Para os abolicionistas, o sistema penal é incapaz de prevenir o delito por meio de cominação e execução de penas. Sendo o delito produto de inúmeros

aspectos, como o biológico, o psicológico e o social, o 'mero temor á pena' não irá neutralizar a ocorrência de condutas delituosas.

Outra ótica, bastante criticada é o fato de que o sistema penal é arbitrariamente seletivo. Como afirma Greco (2006, p. 25) "o Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um determinado grupo de pessoas, pré-escolhidas pra fazer parte do show". Isso se deve ao fato de que o sistema penal esta sobre uma estrutura social desigual, e com isso seu público alvo é constituído, inevitavelmente, pelas classes sociais mais baixas em detrimento das classes dominantes. Como afirma Alessandro Baratta (*apud* QUEIROZ, 2006, p. 68):

O direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e isentar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos pertencentes a elas e ligados funcionalmente a existência da acumulação capitalista, e tende a Orientar o processo de criminalização sobretudo ate formas de desviação das classes inferiores.

O sistema penal desrespeita, inexoravelmente, princípios constitucionais, como o principio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio atribui ao homem valores inalienáveis que não podem deixar de ser observados pelo Estado, com isso, o direito penal através de sua realidade opressiva, sistema de torturas, infundável duração dos processos penais, estariam violando esse principio constitucional.

Essa violação também pode ser evidenciada no sistema de aplicação de penas, posto que a mesma não cumpre as funções que lhe são conferidas, ou seja, as funções de reprovar e prevenir o delito. Para os abolicionistas, a pena é um instrumento completamente irracional, que não pode ser aplicada sem que ofenda um principio tão grandioso quanto da dignidade da pessoa humana.

Assim, na visão de Rogério Greco (2006, p. 90):

Salienta-se, que a despeito da incriminação do aborto, homicídio, o uso e trafico ilícito de entorpecentes, etc., se repetem sistematicamente como se tal proibição simplesmente não existisse, não se abstendo os potenciais infratores da pratica de tais crimes pelo so fato de existir uma norma penal

incriminadora. A só reincidência desmentiria a função preventiva e a dissuasiva da norma penal.

Em conclusão, é o sistema penal, de conformidade com a crítica abolicionista, "um subsistema de distribuição de desigualdades materiais, cujo sofrimento, por meio de penas ilegais ou não, é seletivo e inutilmente imposto a certa categoria de pessoas. As penas, legais ou ilegais, são penas perdidas". (GRECO, 2006.p.12).

Outras bases críticas são mencionadas para justificar o discurso abolicionista, por hora essas são as mais interessantes do ponto de vista doutrinário.

A teoria Abolicionista, trás como reflexo, ou melhor, como exemplo concreto de seu conceito e fundamentação no sistema penal pátrio, o instituto penal denominado *abolitio criminis*. Esse instituto tem sua previsão legal no caput do art.2º do Código Penal Brasileiro, que diz:

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.

Essa discriminação origina-se da atenção do legislador as mudanças sociais, que resolve não mais incriminar determinadas condutas, pois passou a entender que o Direito Penal não é mais necessário na proteção daquele bem jurídico, retirando assim a norma do ordenamento penal. É uma forma em que o Estado abre mão do seu *jus puniendi* e declara a extinção da punibilidade (art. 107, III do Código Penal Brasileiro) de todos os efeitos ocorridos antes da edição da nova lei. Os efeitos da *abolitio criminis* são a extinção da punibilidade, como já mencionado, e a cessação dos efeitos da sentença condenatória.

A tese abolicionista prevê que outros ramos do direito, que não o Penal, passem a ser responsáveis por certas situações e certos bens; com a *abolitio criminis*, por mais que cessem os efeitos da sentença penal, permanecem os efeitos civis (v. g. exemplo), como a obrigação de reparar o dano ao ofendido.

Contudo, por mais que esse movimento seja digno de elogios e possa ser efetivamente verificado em alguns casos, existem determinadas situações para as

quais não se imagina alternativa a não ser a aplicação do Direito Penal. É impensável deixar que a sociedade resolva, por exemplo, através do Direito Civil ou mesmo do Direito Administrativo um caso de latrocínio, estupro, homicídio, ou seja, casos graves que merecem uma resposta também grave e imediata do Estado. Até mesmo estudiosos abolicionistas admitem essa posição, como o exemplo de Thomas Mathiesen (*apud* GRECO, p. 32) que chegou a confessar que:

Temos que admitir talvez a possibilidade de se encarcerar alguns indivíduos. A forma de se tratar deles deveria ser completamente diferente do que acontece hoje e nossas prisões. Uma forma disso ser assegurado, contra o aumento de seu número devido a uma mudança de critérios, seria estabelecer um limite absoluto para o número de celas fechadas para tais pessoas a ser aceito em nossa sociedade.

Embora importante o discurso abolicionista, o certo é que, para determinados fatos danosos, infelizmente, não existe outro meio a não ser a aplicação do Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos no estágio em que se encontra a sociedade atual, de abrir-se mão do sistema penal, sob o argumento de que os outros ramos do Direito seriam capazes de resolver todo e qualquer conflito e lesões aos bens jurídicos relevantes.

1.2.3. O Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal

Diante do paradoxo existente entre as correntes até então comentadas, surge o Direito Penal Mínimo ou o movimento minimalista como ponto de equilíbrio.

Essa corrente tem como discurso, ser a finalidade do Direito Penal, a proteção somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, que em decorrência de sua importância, não poderão ser protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

Apesar de alguns abolicionistas considerarem esse movimento apenas um estágio para a abolição do Direito Penal, percebe-se a autonomia desse discurso

não como uma mera etapa, mas sim como solução razoável para a diminuição da problemática penal.

Para que a efetiva adoção dos ideais minimalistas seja posta em uso, seus adeptos preconizam a necessidade de se adotar princípios que servirão como norte para uma seleção de bens jurídicos condizentes com o espírito de proteção mínima, e conseqüentemente auxiliando o legislador, tanto na criação quanto na revogação de tipos penais incriminadores.

Dentre os princípios indispensáveis pode-se destacar: o princípio da intervenção mínima; da lesividade; da adequação social; da insignificância; da individualização da pena; da proporcionalidade; da culpabilidade; e da legalidade.

O princípio da intervenção mínima tem como missão orientar o legislador na criação e revogação dos tipos penais. Essa intervenção se dará somente em relação aos bens mais importantes, assim considerados pelo corpo social, havendo, portanto uma valoração desses bens para se determinar sua relevância ou não.

Nesse sentido Alice Bianchini (*apud* QUEIROZ, 2006, p. 87):

Um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem.

Em que pese às idéias de um direito Penal Mínimo e a aplicação do princípio da intervenção mínima somente aos bens mais importantes para vida em sociedade, o primeiro passo a ser dado em direção a essa concepção, é se identificar o conceito de bens jurídicos e o critério utilizado na sua seleção.

O conceito de bem jurídico não é pacífico, pelo contrario, é uma área doutrinaria onde impera a controvérsia. Nessa discussão o bem jurídico passa de 'fato valorado positivamente' para aqueles 'considerados materialmente como relações sociais', ou seja, de um pólo para outro totalmente oposto.

Essa controvérsia na conceituação de bem jurídico é aceitável, posto que não poderia ser um conceito absoluto e imutável; cada sociedade valora seus bens de acordo com a cultura e o modelo político-econômico que adota, em cada fase de sua evolução, daí o impedimento de uma generalização ou limitação para conceituar

tais bens. Assim, parte-se então, para o critério de seleção desses bens, campo considerado ainda mais complexo.

Verdade é que a seleção dos bens jurídicos varia de sociedade para sociedade, em um sistema de valoração e necessidade que se transforma de época em época. No entanto, a doutrina trás a tona, debate interessante a cerca da existência de uma zona de consenso e uma zona de conflito, como ensina Rogério Greco (2006, p. 73):

Existe uma zona de consenso, comum a toda e qualquer sociedade, no sentido de proteção de determinados bens, com a criação de certas figuras típicas, como é o caso do delito de homicídio, roubo, etc. Contudo, existem zonas de conflito, nas quais, condutas que são incriminadas em determinadas sociedades já não o são em outras, a exemplo do que ocorre com a punição pelo aborto e pelo homossexualismo.

Partindo-se sempre da noção de que a sociedade e seus valores são mutantes, e que é inevitável a existência de uma zona de conflito e uma de consenso, necessário se faz, determinar, não um critério absoluto, posto que seria quase que impossível, mais ao menos, um ponto de orientação para o critério de valoração desses bens.

Pensando nisso, a doutrina aponta como referencia de 'valores superiores', aqueles inseridos na Constituição. Nesse aspecto Greco (2006, p. 72) preleciona:

Considerando uma hierarquia de bens, necessários ao raciocínio da proporcionalidade, teríamos que, obrigatoriamente, começar pelo estudo daqueles que, em decorrência de sua importância, ganharam foros constitucionais. Contudo, existem outros bens a serem protegidos que não possuem status constitucional.

Pautando-se, o Direito Penal, em preceitos de um Direito Penal Mínimo, baseados em critérios constitucionais, tornar-se-ia espelho da Constituição no sentido de ser instrumento da tutela de direitos e bens fundamentalmente garantidos.

Contudo, como já evidenciado anteriormente, bens existem que não aqueles Constitucionalmente contemplados. Nessa seara, encontram-se como preleciona

Luiz Flavio Gomes (2006, p. 32): “os bens socialmente relevantes e compatíveis com o quadro axiológico-constitucional”.

Existe, pois, no critério de conceituação e escolha dos bens jurídicos uma característica de adaptação e uma valoração dependente do momento em que se encontra a sociedade, orientada, no entanto, por regras e princípios constitucionais; em outras palavras, “existe liberdade política na escolha dos bens que merecerão a tutela do Direito Penal. Contudo, tal liberdade de escolha encontra-se limitada pela obrigatória observância dos princípios penais fundamentais” (GRECO, p. 92).

Depois desse breve aparato conceitual de bem jurídico e de seu critério de seleção, pode-se verificar, com maior clareza, o princípio da intervenção mínima e dos outros princípios que, posteriormente também serão analisados.

É por meio do princípio da intervenção mínima que os bens serão eleitos para permanecer ou não sobre o amparo do Direito Penal. Daí sua dupla função: selecionador dos bens mais relevantes, que merecem privilegiada atenção por parte do ordenamento jurídico-penal e meio para a ocorrência da chamada descriminalização. Com relação a essa última função, se o bem não mais possui o prestígio de outrora, ou seja, não é mais merecedor da tutela penal, “o princípio da intervenção mínima serve de fundamento para a sua revogação”. (GRECO, p. 92).

Mas uma vez, frise-se aqui, a importância das teorias abolicionistas, posto que, nesse aspecto descriminalizante, pode-se perceber, de uma forma temperada, sua influência. Não há porém, no movimento minimalista, a ilusória pretensão de um abandono absoluto do sistema penal, pelas inviabilidades já demonstradas em exposições passadas. No entanto, delega-se a esse sistema uma característica subsidiária, por isso ser também conhecido como última *ratio* do Direito Penal.

Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt (2005, p. 32),

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a incriminação de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desses bens, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Exemplo clássico da necessidade de aplicação do princípio da intervenção mínima como proposta de um Direito Penal subsidiário, pautado em uma política minimalista de proteção de bens essenciais, verifica-se quanto às contravenções penais.

Luigi Ferrajoli (2006, p. 87):

Um redimensionamento do Direito Penal deveria ser precedido, ao menos, da despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa a reclusão [...]; o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição – seja mesmo a discricionariedade do juiz – com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização.

Mas uma vez comprova-se a dupla função da intervenção mínima, selecionando os bens fundamentais e retirando do rol da proteção penal, aqueles que não mais interessam ao seio social.

Depois da valoração do bem jurídico, parte-se para adequação social, porque, mesmo sendo o bem importante, se a conduta que o atinge for tolerada pela sociedade, será sem sentido a criminalização e a interferência penal. Nesse diapasão, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, servirá como orientação para o legislador, tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, bem como instrumento de interpretação dos já existentes no ordenamento jurídico.

Na visão de Hans Welzel (*apud* GRECO, p.90)., criador deste princípio:

Na função dos tipos de apresentar o 'modelo' de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social, quer dizer, estão referidas a vida social, mas, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se faz patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: assinalam as formas de conduta que se apartam gravemente das ordenações históricas da vida social.

Ao legislador cabe, não só averiguar os bens que necessitam de proteção especial, mas, ter a experiência necessária para perceber se esses mesmos bens se adequam a situação social vigente, ou seja, evitar a criação de tipos penais que já estão socialmente adequados. Nesse sentido entende Rogério Greco (2006, p. 93):

Caso contrario, estaria, na verdade, compelindo a população a cometer crimes, uma vez que, estando a sociedade acostumada a praticar determinados comportamentos, não mudaria a sua normal maneira de ser pelo simples fato do surgimento de uma lei penal que não teve a sensibilidade suficiente para discernir condutas inadequadas socialmente daquelas outras que não são toleradas pela sociedade.

Com relação ao seu caráter interpretativo, os costumes, por sua vez, servirão de rumo, de ponto de orientação para a efetiva adequação da norma penal abstrata ao sentimento social. Com esse mesmo pensamento, Francisco de Assis Toledo (2000, p.131-132) aduz que,

A ação socialmente adequada esta desde o inicio excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica.

Tratando-se do principio da lesividade, este surge como meio de restringir, ainda mais o rol das condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal, auxiliando o principio seletor da intervenção mínima. Essa restrição, ou melhor, o fundamento desse principio está pautado na separação entre Direito e moral, que ocorreu no período iluminista, possuindo, para essa distinção, na visão de Nilo Batista (2004, p. 90), quatro funções primordiais: a) Proibição de incriminações de uma atitude interna; b) Proibição de incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor; c) Proibição de incriminações de simples estados ou condições existenciais; d) Proibições de incriminações de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico;

Com essas funções servindo de orientação, tem-se com o princípio da lesividade, a proibição de punir determinada pessoa por aquilo que pensa ou por seus sentimentos e desejos que não extrapolam o âmbito pessoal, já que tais sentimentos só poderão ser passíveis de punição se exteriorizados através de lesões aos bens de terceiros.

Outra proibição é o fato de que não poderá ser aplicado o Direito Penal se a lesão não ferir bens de terceiros, ou melhor, se não excederem a pessoa do autor, como no suicídio, por exemplo. Nilo Batista (2004, p.. 92-93) fornece explicação dizendo:

O mesmo fundamento veda a punibilidade da *autolesão*, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas.

A terceira função diz respeito ao impedimento de um direito penal do autor em detrimento de um direito penal do fato, ou seja, o agente não pode ser punido pelo que é, por suas concepções e desejos, e sim pelo que fez, pela atitude desviante que praticou.

Nesse sentido Zaffaroni (2005, p. 73), preleciona que,

Seja qual for à perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade do autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora da conduta humana.

Por fim, e como análise da última função, com a adoção de um princípio da lesividade, proíbe-se a punição de condutas que, embora venham a ferir regras de trato social como dar um bom dia, não tomar banho, entre outras nesse mesmo sentido, não tenham o condão de ofender qualquer bem jurídico de terceiros. Assim conclui Rogério Greco (2006, p. 59):

Todas as vertentes ou funções traduzem, na verdade, a impossibilidade da atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Aquilo que for da esfera própria do agente devera ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes.

Após a observância desses três primeiros princípios o legislador já estaria apto à confecção da figura típica, visto que já escolhido e valorado o bem e constatado que é inadequado para os parâmetros da sociedade. Uma vez criada a infração, necessária sua interpretação para se chegar a um ideal minimalista.

O princípio da insignificância, vem a ser um assistente na interpretação da conduta já tipificada, procurando afastar do tipo penal os danos considerados de pouca ou mesmo nenhuma monta. Crimes de importância ínfima, ou crimes de bagatela, não podem ser alvo da proteção penal, quando comparados a bens de importância incontestada, tais como a vida. Dessa forma, condutas como um furto de uma agulha, devem ser expurgadas do ordenamento penal pela insignificância que o bem atingido representa.

A aplicação desse princípio é de primordial importância para que não se retroceda ao Direito Penal Máximo, severo e intervencionista de todo e qualquer fato. Porém não se pode esquecer que outras opiniões existem que também influenciam na justificação do uso do princípio da insignificância; dentre eles o esposado por Gonzalo D. Fernández (*apud* GRECO, p. 100),

Muitos autores renunciam a punibilidade do fato insignificante por puras razões político-criminais de merecimento da pena, dado que, e tais casos, a sanção penal violentaria a proporcionalidade ante uma afetação ínfima do bem jurídico. Por sua vez, outras posturas doutrinárias se apóiam em argumentos de índole processual, vinculados a necessidade de eliminar a sobrecarga que padece a Administração da Justiça e lograr, através disso, uma maior eficácia nos sistemas de ajuizamento.

Cada bem escolhido pelo direito penal tem sua importância distinta de todos os demais, por isso se faz obrigatória à escolha dos bens mais importantes e necessários ao convívio social. Devido a esse fato é que o princípio da individualização da pena servira como critério a fim de atribuir a importância que

cada bem merece, ou como assevera Paulo Queiroz “a pena é o preço de cada infração penal, que corresponde à gravidade do fato cometido ligado a importância do bem”.

Luigi Ferrajoli (2006, p. 323) esclarece:

A tarifa das penalidades é a medida do valor dos bens sociais, escreveu Rudolf Jhering, de sorte que o sistema de penas assinala a escala de valores historicamente determinada de uma dada sociedade, além de seu grau de autoritarismo, tolerância e humanidade. Ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio de proporcionalidade, que o ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se apenas prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo.

Esse processo de individualização da pena deve, obrigatoriamente, observar fases que lhe são próprias como à fase de cominação e aplicação, evidenciando sempre o cumprimento das garantias que respeitam e influenciam no computo e quantum de pena a ser aplicada. Uma vez condenado, em fase de execução, que a pena seja necessária e suficiente a reprovação e a prevenção da conduta típica praticada.

Ainda nesse contexto executório para a concretização do respeito às garantias que o minimalismo propõe, necessária a observância, em sede de individualização de pena, dos artigos 5º e 6º da Lei de Execuções Penais (BRASIL 2007), que determinam que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”, sendo que “a classificação será feita por Comissão técnica de Classificação, que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório”.

O discurso, além de bem elaborado, segue o modelo de um Direito Penal preocupado com fiel observância de preceitos fundamentais, no entanto, a disparidade entra a lei e a realidade que cerca os estabelecimentos penais é mais que gritante.

Greco citando Jose Antonio Paganella Boschi (*apud* GRECO, 2006, p. 106),

Muito embora as eloqüentes determinações legais, os condenados, contudo, não são classificados para a individualização da execução, mas recolhidos as penitenciárias para cumprimento de penas em ambientes coletivos, sem infra-estrutura condigna, sem trabalho ficando na maioria das vezes entregues a própria sorte..

Apesar das críticas, esse princípio torna-se o instrumento necessário para a garantia individual de direitos humanos fundamentais e patrocinador lógico de uma mudança estrutural da política criminal adotada hodiernamente.

A cerca da proporcionalidade já dizia Beccaria (1998, p. 24) que:

Para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devesse ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei.

Como exigência do pensamento minimalista, a proporcionalidade entre a pena e o mal praticado devem estar em estrita concordância, para não afundar no fundo poço da injustiça. A questão é que, com a inflação legislativa, é cada vez mais complexo delimitar a extensão da pena a ser imposta. Frágil é a questão pelo fato da injustiça que se pode dar cabo nessa proporção, auferindo grandes penas a crimes banais e vice-versa.

Conforme Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2006, p. 230-231):

Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima como o grau de lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o Direito Penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela praticou.

Há um papel conjunto a ser observado na aplicação desse princípio: um pelo legislador que é o primeiro responsável pelo raciocínio da proporcionalidade na feitura do tipo penal abstrato; o segundo responsável será o juiz, que é o efetivo elo que estabeleceu a proporção entre o tipo abstrato e a infração cometida.

Em se tratando do princípio da culpabilidade Roxin (*apud* GRECO, 2006, p. 134),

O injusto penal, quer dizer, uma conduta típica e antijurídica, não é em si punível. A qualificação como injusto expressa tão somente que o fato realizado pelo autor é desaprovado pelo direito, mas não o autoriza a concluir que aquele deva responder pessoalmente por isso, pois que esta questão deve ser decidida em um terceiro nível de valoração: o da culpabilidade.

Diante dessa valoração necessária em sede de culpabilidade, este princípio seria utilizado como medida para aplicação da pena, pois condutas mais reprováveis merecem cominação de penalidades em maior porcentagem, que, logicamente, aquelas consideradas menos danosas.

Em uma outra ótica Rogério Greco (2006, p. 137) aduz:

A última vertente correspondente ao princípio da culpabilidade impede o reconhecimento da chamada responsabilidade penal sem culpa, também conhecida como responsabilidade objetiva ou responsabilidade pelo resultado.

Um Direito Penal moderno, de cunho eminentemente subjetivista, não pode aceitar que responsabilidade penal por determinado fato seja imputada a alguém que não atuou com dolo ou culpa. A simples produção de um resultado não tem fora de fazer com que o agente responda por ele.

Em suma, o princípio da culpabilidade servirá para a análise da censurabilidade auferida ao agente e a sua conduta, no sentido de avaliar o grau de sua participação no resultado criminoso, no sentido de ser aplicada uma pena proporcional, não sendo tolerada punição se não houver ao menos culpa ou dolo.

Por fim, mais não menos importante, está o princípio da legalidade, pautado no brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*, que é componente fundamental na

caracterização do conceito de Estado de Direito, pois “criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exigindo-se a subordinação de todos perante a lei” (GRECO, 2006, p.97).

Nesse mesmo sentido, preleciona Paulo Bonavides (1999, p. 112):

O princípio da legalidade nasce do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e validas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

É por seu intermédio que existe a segurança jurídica que impede que um cidadão seja punido por fato não prescrito em lei. Dentro dessa concepção, observam-se quatro vertentes, doutrinariamente criadas, que são inerentes ao princípio da legalidade e justificam a sua existência e aplicação.

Nullum crimen nulla poena sine lege praevia - proibir a retroatividade da lei penal. Nessa vertente, considera-se que ninguém será pego de surpresa pela aplicação do Direito Penal, sendo punido por um comportamento, que ao tempo de sua prática, era penalmente atípico. Evidencia-se a impossibilidade da retroatividade da lei penal, no art.5º, inciso XI da Constituição Federal Brasileira: “a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu”.

Dessa forma esse caráter de anterioridade da lei penal, ou seja, de uma tipificação previa para que se possa impor uma punição, não pode ser considerado absoluto, visto que a própria lei atribui seu caráter como relativo, quando permite a retroatividade da lei para beneficiar o réu. Porém o contrário não pode ser considerado válido.

Nullum crimen nulla poena sine lege scripta – proibir a criação de crimes e penas pelos costumes. Com esse brocardo, proíbe-se a criação de tipos penais por meio dos costumes; a sua função é essencial quando da interpretação e integração das lacunas, mas por si só, não possui o condão de criar leis penais. Destaca-se a lição de Hungria (*apud* GRECO, 2006, p. 144) quando afirma que “tanto quanto

analogia, o costume não é fonte geradora do direito repressivo. Não pode suprir abrogar ou retificar a lei penal.

Nullum crimen nulla poena sine lege stricta – proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas. Percebe-se nesse ponto a proibição do uso da analogia, que é o impedimento de uma das formas de interpretação e integração da lei. Ressalta-se porém, que esse impedimento restringe-se a analogia *in malam partem*, ou seja, prejudicial ao réu, pois, como afirma Greco “de nada valeria a existência de uma lei anterior ao fato, se o interprete pudesse estendê-la a um numero de casos não previstos expressamente pelo tipo penal. (Direito penal do Equilíbrio.p.145).

Já a analogia *in bonam partem*, ainda segundo Greco “é admitida em matéria penal, desde que o exegeta chegue à conclusão de que não foi intenção da lei deixar de lado determinada hipótese, sendo o caso, portanto, de lacuna” (GRECO, 2006, p.147).

Nullum crimen nulla poena sine lege certa - proibir incriminações vagas e indeterminadas. Para que o princípio da legalidade seja fielmente observado, não basta à existência da tipificação penal ao tempo da infração. Necessário se faz que todos possam compreender o conteúdo exato do tipo, para que possa autodeterminar-se por meio da norma. Nesse contexto, a lei penal deve ser clara precisa, simples, longe de ambigüidades e obscuridades que venham a prejudicar sua exata compreensão.

Observadas essas vertentes, tem o princípio da legalidade, dentro de uma perspectiva minimalista, seu papel ampliado, não se restringindo apenas a observância única de um processo de elaboração legislativo pautado na lei, que, no entanto, não se abstém de sua importância fundamental no novo conceito de validade, que será avaliado mais adiante.

Todos esses princípios ate aqui analisados, mesmo que de forma sucinta, desde que observados em uma ação conjunta entre Estado Social e sociedade, permitem a prática do minimalismo penal, pois, a proteção penal de bens realmente necessários ao corpo social e mínima intervenção adotada por essa corrente, juntamente com o garantismo (que será analisado posteriormente) cominam em uma menor interferência por parte do Estado Arbitrário que, agora deverá pautar-se sobre preceitos principiológicos com a máxima garantia do direito de liberdade do cidadão, que é o objetivo maior do direito penal mínimo.

O que o minimalismo penal propõe, não é a total insignificância do sistema criminal, como queriam os abolicionistas, e sim, o reconhecimento de certa utilidade social no controle penal, desde que observados princípios e direitos fundamentais quando da confecção de tipos penais, apontando para medidas de descriminalização, despenalização, desinstitucionalização, ignorando a obrigação, anterior, de incriminar todo e qualquer fato, afastar a utopia de uma extinção generalizada do Direito Penal e evoluindo para a utilização de meios alternativos de resolução de condutas criminosas.

Diante dessa perspectiva minimalista, que atribui ao Direito Penal uma função garantidora, negligenciando o caráter simbólico de outrora, consubstanciada na efetiva observância dos direitos dos cidadãos, observa-se mais claramente, a contribuição e a necessária participação desse movimento na elaboração para uma nova visão do Direito Penal.

1.3 Uma nova visão minimalista para o Direito Penal

Formalmente falando, vive-se hoje uma democracia pautada em uma Constituição Cidadã que assegura e preserva inúmeros direitos, tais como educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros; esse é o chamado Estado Social.

Contudo, como bem observado por Dulce Chaves Pandolfi, (*apud* GRECO, 2006, 130):

No Brasil, passados quase 15 anos do fim da ditadura militar, muitas são as dificuldades para a consolidação de uma sociedade democrática. Se no campo político os avanços foram grandes, em outras áreas as mudanças foram bem menos significantes. O novo regime não conseguiu reverter a acentuada desigualdade econômica e o fenômeno da exclusão social expandiu-se por todo o país. Apesar da implantação de um Estado de direito, os direitos humanos ainda são violados e as políticas públicas voltadas para o controle social permanecem precárias. Se, formalmente, pela Constituição de 1988, a cidadania está assegurada a todos os brasileiros, na prática, ela só funciona para alguns. Sem dúvida, existe aqui um déficit de cidadania, isto é, uma situação de desequilíbrio entre os princípios de justiça e solidariedade.

Em uma família, que por falta de condições, como um trabalho digno, não pode exercer seus direitos constitucionalmente garantidos, percebe-se que o Estado Social, responsável pela efetivação desses direitos, está sendo ineficaz em sua função. Dessa forma, as desigualdades sociais provenientes dessa ineficiência estatal de prover as garantias necessárias à subsistência da sociedade, tendem a se disseminar de uma forma cancerígena e sem controle.

Com vistas a tentar reverter essa problemática, a doutrina faz uma distinção interessante a cerca da criminalidade aparente e a criminalidade oculta.

A criminalidade aparente advém da proliferação das desigualdades sociais; são em sua maioria, infrações cometidas por membros das classes sociais mais baixas. Normalmente, são crimes contra o patrimônio, contra os costumes, contra a vida, materializando-se em condutas como roubos, estupros, homicídios, sem falar no uso e no tráfico de entorpecentes.

Somando essas condutas ao sensacionalismo típico dos meios de comunicação, cria-se esta criminalidade aparente que é aquela visível, urbana, violenta, retratada como um verdadeiro derramamento de sangue, causando o sentimento de repulsa da sociedade para como agente que cometeu o crime.

A outra criminalidade, tida como oculta, pode e deve ser considerada bem pior que a criminalidade aparente, pois não provem da ineficiência do Estado Social. É a criminalidade organizada, onde os seus membros tidos como mentores, fazem parte da mais alta camada social e nesse meio são vistos como cidadãos da mais nobre estirpe, admirados e respeitados que, vez por outra, deixam suas mascaras cair, transparecendo seu verdadeiro caráter ao público.

A diferença existente entre esses dois tipos de criminalidade, reside no fato de que a criminalidade aparente surge da impotência do Estado de gerir a coisa pública, do imenso abismo entre as classes sociais; esse problema é eminentemente social. Em se tratando da criminalidade oculta, suas raízes emanam da índole, do caráter moral do infrator tomando-se por isso difícil e perigosa, já que não advém de um problema estatal e sim de uma ordem pessoal.

Mas, no contexto social atual, a sociedade choca-se muito mais com a violência aparente que com a oculta. Nesse sentido Rogério Greco (2006, p. 135) afirma com indignação,

Comparativamente, um homicídio praticado por alguém que se encontra desempregado, transformado em um indigente que somente é encontrado embriagado, numa escala valorativa, significa muito menos do que um delito de corrupção praticado por um funcionário público que ocupa o cargo de presidente de uma comissão de licitação destinada à aquisição de remédios para a distribuição em farmácias populares. O comportamento do funcionário corrupto, geralmente intocável, é infinitamente superior em termos de gravidade ao do homicida, visto que aquele pode ser comparado a um genocida, pois que, com o seu prejuízo ao erário, causa a morte de milhares, e não de uma só pessoa.

Mas como a corrupção não sangra, a sociedade tolera mais o corrupto do que o homicida. O corpo da vítima, ensangüentada caída ao chão, choca muito mais do que cifras colocadas em um pedaço de papel, que apontam o quanto o Estado foi lesado.

Decorrente da realidade que sangra, ou seja, diante dos crimes que podem surgir dessa criminalidade aparente, surge para a sociedade um sentimento de vingança. Em geral, esta se satisfaz com a retribuição ao agente, na proporção do mal praticado, como uma compensação pela infração cometida, sendo que aplicações de penas alternativas em substituição a penas privativas de liberdade, na maioria das situações, convertem-se em impunidade para a população que anseia por medidas cada vez mais drásticas.

Mas é necessária a observação de Paulo Queiroz (2006, p. 111) quando diz:

Falar de Direito Penal é falar, inevitavelmente de violência, mas não apenas da violência que é materializada pelos fatos considerados delituosos (homicídio, latrocínio, estupro), como também é falar da violência que é o próprio Direito Penal e seus modos de atuação, pois ele é em si mesmo violência, seletiva, desigual, e de discutível utilidade, de sorte que tão grave e importante quanto o controle da violência é a violência do controle. A pena de morte, as penas privativas de liberdade, as prisões cautelares, por exemplo, distinguem-se do homicídio e do seqüestro pelo só fato de que aqueles constrangimentos estão autorizados pelo direito, enquanto estes últimos não, ou seja, a pena de morte e as penas privativas de liberdade outra coisa não são senão autênticos homicídios e seqüestros levados a cabo pelo Estado legalmente.

Ademais, certo é que o Direito Penal utiliza-se de meios ultrapassados e injustos, onde seus meios atuais de prevenção de delitos, garantias penais e processuais e ressocialização, são no mínimo duvidosos. Mas se isso é verdade, também é certo que não se pode abdicar pura e simplesmente de um controle penal,

pois como já discutidos em tópicos anteriores, impossível à resolução de certas condutas criminosas por meio de outros ramos do direito que não o Direito Penal.

Nesse contexto, e como proposta mais racional, seria razoável, para o Direito Penal, a adoção de um Direito Penal Mínimo. Assim afirma Alessandro Baratta (2002, p. 45),

Naturalmente, porem, que direito penal mínimo, que é o mesmo que dizer, direito penal Constitucional ou conforme a Constituição, não é em si uma solução, mas parte da solução, pois o decisivo para o controle racional da criminalidade, a par da efficientização/democratização do controle social não-penal é privilegiar intervenções estruturais e não simplesmente individualizadas e localizadas, sobretudo com vistas a melhorar as condições de vida das populações marginalizadas, por meio de políticas sociais de integração social do homem. Um direito penal mínimo não é só, portanto, um programa de um direito penal mais justo e mais eficaz; é também, e, sobretudo, parte de um grande programa de justiça social e pacificação dos conflitos.

O direito penal mínimo vem procurar resolver os conflitos sociais com seriedade, buscando somente, proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Nessa tarefa de proteção aos bens fundamentais, adota-se a total observância de raízes principiologicas, objetivando um redirecionamento do Direito Penal, não mais como meio inibidor ou de intimidação, que cause medo e ao mesmo tempo revolta por parte daqueles que são atingidos por suas reprimendas; pretende-se agora, com o uso limitado do sistema penal, limitação essa pautada na observação das garantias e liberdades dos cidadãos, fazer com que o Direito Penal seja acima de tudo meio idôneo para a resolução da problemática do aumento da criminalidade. E é em consequência dessa seletividade de bens jurídicos proposta pelo minimalismo, que se diminui a carga legislativa penal, visto que haverá uma diminuição das tipificações de condutas.

Sendo assim, o estabelecimento do Estado Social e o processo de diminuição de figuras típicas, proposto pelo direito penal mínimo, fará com que diminuam os índices de criminalidade violenta aparente, bem como permitirão ao Estado, ocupar-se daquela considerada "a mais nefasta de todas, quase sempre oculta, mas organizada".(GRECO, 2006, p.165).

A aplicação de um discurso penal mínimo, agiria não só de uma forma preventiva, como seletor dos bens mais importantes da sociedade, mas atingiria

também, o caráter de ressocialização da pena, vista como aplicação concreta do Direito Penal.

Nesse contexto, é sabido que muitos não concordam com a ressocialização do condenado; o estigma da condenação carregado pelo egresso, impede-o de retornar ao normal convívio social. Da mesma forma, também é de conhecimento geral, que quanto maior o número de condenações que conduzam ao efetivo cumprimento da pena de privação de liberdade, maiores serão os problemas posteriores. Por isso a proposta minimalista de reavaliação da política criminal vigente, que ainda em um âmbito simbólico, faz do cárcere pena, em algumas situações, pior que a morte.

Raúl Cervine, (*apud* GRECO, 2006, p. 143), preleciona:

A prisão com sanção penal de imposição generalizada não é uma instituição antiga e que as razões históricas para manter uma pessoa reclusa foram, a princípio, o desejo de que mediante a privação de liberdade retribuísse sociedade o mal causado por sua conduta inadequada; mais tarde, obrigá-la a frear seus impulsos anti-sociais e mais recentemente propósito teórico de reabilitá-la. Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisão ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno do contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloqüentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.

O mero temor à pena, não inibe o cometimento de infrações penais e o caráter ressocializador tido hoje, já está mais que defasado e provado sua completa ineficácia como meio de prevenir novos delitos. Mais uma vez, a ideia minimalista de proteção de bens jurídicos primordiais, aliviaria o problema da ressocialização, no sentido de que evitar-se-ia condenações desnecessárias, por fatos de menos importância, que tem como condão de tão somente aumentar as 'angústias sociais'; diminuindo o número de condenações, também, diminuiriam os estigmas após o efetivo cumprimento da pena.

A finalidade, portanto, de um direito penal mínimo, é evitar a aplicação desnecessária do mais forte de todos os ramos do ordenamento jurídico e todas as consequências advindas dessa aplicação.

Dessa forma, a adoção de um discurso penal mínimo, a afetividade na aplicação de princípios fundamentais, aliado a um sistema garantista, que procure preocupar-se com o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito da liberdade de seus cidadãos, seria a forma mais adequada para uma nova visão do Direito Penal.

CAPÍTULO 2 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA GARANTISTA E O VALOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO TÓPICOS DE REVISÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO PENAL

A necessidade de um embasamento jurídico-filosófico, trouxe a baila discussões acerca da aplicação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Sendo assim, a produção intelectual nesse sentido, possibilitou uma grande contribuição na revisão do pensamento jurídico penal e auxiliou em uma perspectiva mais humanitária na aplicação e execução do sistema penal como um todo.

2.1 O processo de normatização dos princípios

Ao longo da história, vários foram os postulados e dogmas impostos e firmados por movimentos políticos, culturais e jurídicos, voltados para a sociedade como formas de unificar determinado conceito e, conseqüentemente, direcionar o pensamento a um único caminho.

No âmbito da ciência jurídica, não foi diferente. Desenvolveram-se, no decorrer dos tempos, movimentos que tinham como objetivo, unificar idéias de legitimação do direito e limitação do poder estatal. Nota-se, nesse contexto evolucionista, que a sociedade e seus pensadores, tendem a galgar seus conceitos e verificar a infinita adaptação de suas teorias ao ideal e necessidade de cada época e de cada realidade de um povo.

Essa evolução evidencia-se quando observado o papel dos princípios no ordenamento jurídico.

Não é mais novidade que os princípios incitam vários teóricos e consubstanciam-se em matéria de grande importância no mundo jurídico. É por esta razão que o estudo dos princípios traz a baila debates relacionados à sua estrutura, suas funções, sua origem e fundamentos.

Debate, porém, de maior interesse, vem a ser o que se refere à normatividade dos princípios, seus aspectos diferenciadores em relação às regras e sua capacidade de tornar o conjunto normativo mais aberto e flexível.

2.1.1 Breve apanhado histórico da evolução da função atribuída aos princípios no ordenamento jurídico

Em meados do século XVIII, com as revoluções burguesas contra as arbitrariedades absolutistas, surge o jusnaturalismo, que se pautando em um Direito Natural, "pressuposto pela intuição do que é o correto, dos princípios elementares do justo, visualiza o direito como um valor perene, imutável e válido universalmente. Em outras palavras, seria o direito válido em todos os lugares e em todos os tempos, para todos os povos". (ASSIS, 2006).

Na fase jusnaturalista, os princípios ocupavam uma função meramente informativa sem qualquer eficácia normativa, sendo reconhecidos, somente, como inspiradores de um ideal de justiça, de âmbito valorativo.

Com o advento do Estado Liberal, já no século XIX, muitos dos preceitos seguidos e sugeridos pelos jusnaturalistas foram incorporados em textos escritos, e essa onda jusnaturalista teve o seu apogeu com as codificações. Como afirma Bobbio, Mantteucci e Pasquino (*apud* TOVAR, 2007), "com a promulgação dos Códigos, principalmente do Napoleônico, o jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava seu triunfo. Transpondo o Direito racional para o Código, não se via nem admitia outro senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito foi considerado ilegítimo".

Surge então o juspositivismo ou positivismo apenas, que se utilizava de objetividade científica para conceber um conjunto coerente e completo de leis positivadas "com características similares das conferidas as Ciências Exatas (Leonardo Zehuri Tovar)". Nessa concepção positivista os princípios eram considerados em sua natureza subsidiária como meio de preenchimento de vácuos que por ventura a lei deixasse lacunosa.

Nesse sentido Leonardo Zehuri Tovar (2007):

[...] sua função era meramente subsidiária, por conta de uma norma antilacunas clássica em todos os ordenamentos romano-germânicos. Não que se reconhecesse a normatividade dos princípios neste sistema jusfilosófico. Contudo, ante a possibilidade de ruir o dogma da completude do sistema normativo caso não se colmatassem as lacunas que viessem a ocorrer, o que era tão caro ao juspositivismo, optou-se pela adoção de uma

aplicação diferida dos princípios somente como forma de solução das lacunas, a saber: não são os princípios que gozam de normatividade, mas a norma que conferir competência ao julgador para aplicá-los.

O positivismo, pautado cegamente na perfeição da lei codificada, proporcionou o nascimento de regimes autoritários que tinham como argumento para as suas ações, a lei escrita que assim as legitimavam. Com a derrocada desses regimes, dentre eles o regime nazista, decai também o conceito, até então completo do Direito Positivo.

Como afirma Ana Paula Barcelos e Luis Roberto Barroso (*apud* TOVAR, 2007):

Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram uma barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de uma autoridade competente. Ao fim da II Guerra Mundial a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

Com a precariedade positivista, nasce o pos-positivismo, em meio a uma incessante busca de soluções que não se pautassem somente em leis escritas, até porque sua exclusiva aplicação poderia como fez outrora, legitimar condutas desastrosas.

A não correspondência entre norma escrita, dita como perfeita e legítima, e a vontade social fez com que autores como Ronald Dworkin e Frederick Muller, pos-positivistas renomados, assim como todos os adeptos a essa nova concepção, atribuíssem aos princípios uma maior importância, não só do ponto de vista informativo ou subsidiário, mas sim, com status de norma jurídica, posto que por possuírem maior “densidade valorativa”, e, portanto, maior capacidade de adequação, permitiria a “integração entre um contexto social fragmentado (...) e a necessidade de atribuir sentido e norma à atuação social dos indivíduos”. (ASSIS, 2007).

2.1.2. Princípios e regras: preceito do mais ou menos e aplicação do tudo ou nada.

Princípios e regras, para a doutrina pós-positivista, são espécies do gênero norma jurídica, e para essa afirmação, há, basicamente, uma unanimidade entre os doutrinadores. Dentre eles Ruy Samuel Espínola, (*apud* ASSIS, 2007):

A concepção de que um princípio jurídico é norma de Direito talhou-se através de evolução analítica interessante. Primeiro, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos distintos. Mas, mesmo assim, a idéia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, a idéia de princípio.

Mesmo com a idéia de que princípios e regras fazem parte da concepção de norma jurídica, varias são as diferenças existentes entre eles, como por exemplo, as apontadas por José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra de direito constitucional. Dentre elas podem ser citadas o “grau de abstração, onde esse é mais acentuado nos princípios que nas regras, ou mesmo o grau de determinabilidade, onde a indeterminação dos princípios faz com que careçam de mediação concretizadora do juiz, enquanto que as regras possuem aplicabilidade mais imediata”.

Apesar dessa diferenciação, é verídica a convivência entre essas duas espécies no ordenamento jurídico.

Em se tratando de convivência, por serem as regras um “comando prescrito, específico que impõem uma exigência que é ou não cumprida, ou seja, constituem mandamentos fechados e a hipótese de aplicação de uma regra (lei) exclui necessariamente a validade de outras regras em face daquele caso concreto” (ASSIS, 2007), ousa-se dizer que, em se tratando de aplicação de regras em um ordenamento jurídico, seu caráter seria do tudo ou nada, onde Ronald Dworkin, seu criador, justifica essa teoria pela impossibilidade de convivência com outras regras ditas “antinômicas”.

Nesse sentido Wilson Rocha Assis (2007):

Portanto, a solução de um conflito de regras resolve-se pela exclusão. Em razão de sua estrutura rígida, a regra não admite juízos de ponderação, de modo que a subsunção de uma regra ao caso apreciado define-se pela simples verificação das condições taxativas nas quais a regra deve ser aplicada.

Quando essa coexistência é vista pelo aspecto principiológico, nota-se, não uma exclusão de princípios quando estes estão em conflito, e sim uma ponderação, um cuidado na sua utilização, pautados na melhor opção para a situação concreta. Com isso, percebe-se que a aplicação de um princípio não exclui a existência e a validade de outro que poderia também ser utilizado, ao contrário do que foi verificado quanto as regras, e é por este motivo e pautado na conveniência entre princípios que Robert Alexy cria o preceito do mais ou menos, da otimização, ou seja, que nesse contexto principiológico, há a busca pela melhor utilização sem no entanto haver um confronto, ou mesmo uma exclusão drástica de outro princípio.

Pelo fato de regras conflituosas se auto extinguirem, da dificuldade burocrática de sua criação, da verificação da inutilidade diante de certas situações e pela ineficácia na adaptação a mudanças sociais irrefutáveis, a natureza normativa atribuída aos princípios, torna-o meio legítimo de complementação de regras ultrapassadas ou lacunosas e, lhes atribui ainda, honrosamente, a utilização independente no âmbito jurídico.

Diante do aspecto visto entre norma e princípio, é inegável a caracterização da força normativa atribuída a esse último, não só pelo fato de coexistir no ordenamento jurídico, mas também pelo fato de estar melhor adaptado as mudanças sociais emergindo, na visão de Leonardo Zehuri Tovar (2007):

como enunciados imperativos, em face da carência de legitimidade verificada nas regras. A normatividade dos princípios aparecem em varias circunstancias, reorientando a racionalidade do interprete, que se desloca dos critérios formais de validade de uma norma, para o seu substrato axiológico.

Com esse mesmo pensamento, Wilson Rocha Assis (2007) preleciona:

O princípio possui maior densidade valorativa e, portanto, é mais adequado para o suprimento de déficit de sentido típico da modernidade (...) As regras em face de sua reduzida carga valorativa, não realizam os anseios de justiça e legitimidade de uma sociedade em cuja estrutura social vacilam as certezas existenciais e multiplicam-se as incertezas ético-filosóficas. Nesse contexto, os princípios realizam simultaneamente reflexão deontológica, acerca dos deveres de cada indivíduo, e a normatização da vida social, exigindo de interprete do direito o percurso de um caminho mais longo entre abstração principiológica e a realização da justiça no caso concreto, através da argumentação e da motivação de seus atos.

Por todo o exposto, conclui-se que a normatividade dos princípios realiza de forma mais plena os imperativos da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade que decorre do exercício do direito.

2.2 A exaltação do valor da dignidade da pessoa humana

O pós-positivismo foi um movimento revolucionário, que trouxe a tona, preceitos inovadores de cuja necessidade era e é inquestionável.

Depois da concepção da normatização dos princípios e de seu reconhecimento como fonte legítima fundamental e inspiradora para uma melhor adequação do ordenamento jurídico aos anseios sociais, surge, a partir desse mesmo movimento pós-positivista, a real preocupação com o valor dos direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade, em contraposição a legalidade estrita e radical do positivismo jurídico.

Essa preocupação se consubstanciou em um valor fundamental para legitimar um Estado, em Estado Democrático de Direito, um valor e ao mesmo tempo um princípio que viria a revolucionar o aspecto humanitário de justiça mundial, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, Rodrigo Pires da Cunha Boldrini (2007):

As idéias -como proposições- surgem na filosofia, consagram-se na moral e se fortalecem com o Direito. Da mesma maneira, a noção de dignidade da pessoa humana, concebida como uma idéia surgiu no plano filosófico como reflexão (ou *cogitatum*), para em seguida ser consagrada como valor moral ao qual, finalmente, agregou-se em valor jurídico.

A preocupação pós-positivista com o valor do princípio/valor da dignidade da pessoa humana, como preceito jurídico fundamental, se coaduna com sua também,

projeção do caráter normativo dado aos princípios, formando com essa junção, pilar obrigatório na construção de um Estado Social eficaz, e na construção de um ordenamento pautado no homem e em seus direitos fundamentais de garantia de uma existência plena e saudável.

Como dito em outra oportunidade, é louvável o caráter coercitivo e imperativo das normas jurídicas, e dos princípios, visto como espécies desta. Assim entende o autor (2007):

Os princípios de direito, e notadamente os princípios constitucionais, são equiparados a normas jurídicas no tocante a essas características de coercitividade e imperatividade. Por isso, não são meros ditames de obediência contingente ou facultativa, mas sim normas jurídicas de aspecto principiológico e dotados de poder vinculante.

Interessante e necessário pra se vislumbrar o caráter essencial desse valor, são os muitos pontos de contato entre a dignidade da pessoa humana e a teoria dos direitos fundamentais como assim expõe Rodrigo Pires da Cunha Boldrini (2007):

Num primeiro aspecto, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais. Neste aspecto, dignidade da pessoa humana assumiria seu caráter axiológico-constitucional, funcionando como um paradigma das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais, e como elemento de integração e de hierarquização hermenêutico-sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Nem segundo aspecto, como elemento de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem sustenta e afere a um Estado e a uma sociedade que tenha a pessoa humana como fim e como fundamento Máximo. Aqui, a dignidade assumiria o papel de critério para verificação do sentido de uma ordem estabelecida, sentido esse que não pode ser outro que não aquele baseado na unidade de valor mencionada.

Restam ainda dois aspectos que decorrem desses aspectos iniciais. Um seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro da dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*.

Outro seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como limite e função do Estado e da sociedade, na dupla vertente de que tanto um quanto o outro devem respeitar a dignidade (limite – ou função negativa) e promover a dignidade (função positiva ou prestacional), respeito à promoção desses que se manifestariam por meio do respeito e da promoção de todos direitos constitucionais da pessoa e do cidadão.

Diante dessa relação, percebe-se que o princípio/valor da dignidade da pessoa humana é fim e fundamento lógico dos direitos fundamentais, e parâmetro primordial no que diz respeito a uma Constituição e um ordenamento eficaz e observador de garantias inerentes ao ser humano, concretizando-as seja por meio de uma técnica legislativa pautada no ideal desses preceitos garantidores e menos no tecnicismo exacerbado, seja em sua efetiva observância no mundo fático, onde se atribui uma carga de valor em sua aplicação e interpretação.

Em se tratando de um contexto histórico, o princípio/valor da dignidade da pessoa humana foi consagrado, em um contexto universal, como valor jurídico, após a Declaração da ONU de 1948, reafirmando o entendimento de atributo imanente do ser humano, e passando a ser considerado como objetivo e necessidade de toda humanidade “vinculando governos, instituições e indivíduos” (BOLDRINI, 2007).

No Brasil, o princípio/valor da dignidade da pessoa humana só foi formalmente reconhecido com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, entende o autor:

O advento da nossa Constituição foi louvável tanto em razão de seus nobres objetivos, quanto por sua natureza *compromissória* e *sincrética* de inspiração salientemente democrática. O texto constitucional consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o levou, de maneira incontestada, a uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental.

Mesmo sendo consagrada como valor jurídico fundamental e mesmo sendo inegável a necessidade de seu uso como ponto de partida para uma legislação justa e de uma interpretação e integração humanitária, ainda, infelizmente, é perceptível à inércia jurídica em sua concreta observância.

A anterior praxe positivista, com sua cega orientação pela lei pura e seca, a qual emana sempre do Estado, sem levar em consideração as fontes ditas “extra-estatais” (MAIA, 2007), e em contrapartida, em um pólo diversamente oposto, o sociologismo exacerbado, que vê unicamente o social em detrimento do Estatal,

prejudicam seriamente a possibilidade de bom emprego do princípio/valor da dignidade da pessoa humana e da vasta teoria dos direitos fundamentais.

Necessário se faz, portanto, a inserção de meios plausíveis que venham a satisfazer os anseios sociais, sem, no entanto, abandonar a produção estatal para que um valor tão importante quanto esse não caia no profundo poço da disparidade entre norma positivada e sua efetiva aplicabilidade no universo empírico, considerado hodiernamente, a grande problemática ético-jurídica.

2.3 A teoria do Garantismo Jurídico

Uma das indagações principais acerca do Direito, tem sido as discussões a respeito da imensa disparidade entre a teoria e prática, quando se faz referência aos direitos fundamentais do homem e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Em questões passadas, percebeu-se que no decorrer discursivo sobre os movimentos filosóficos-jurídicos, principalmente no que diz respeito ao pós-positivismo, o valor da dignidade da pessoa humana, inserida também em um contexto principiológico, e a temática dos direitos fundamentais, foram de certa forma solucionados, com relação a sua enunciação e a sua fundamentação, pois que a Declaração da ONU e as modernas Constituições já os privilegiam e o consenso dos homens, também, se mostra pacificado. A problemática insere-se, justamente, no último caminho a ser traçado em relação e esses direitos: a realização efetiva dos direitos já proclamados.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (1995, p. 135):

É que pouco ou nada valem à justificação racional e a declaração solene dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico se o mesmo não contempla os meios necessários a sua concretização. Por isso, os debates a cerca dos direitos humanos devem voltar-se ao estudo das condições e meios pelos quais tais direitos podem ser tornados efetivos para um maior numero possível de cidadãos. Ao situar o problema da eficácia dos direitos numa dimensão jurídica, e, num sentido mais político, sem duvida que tal discussão envolve, necessariamente, um debate sobre os limites do poder e passa pela reformulação das noções de defesa do cidadão face ao arbítrio e a injustiça.

Esse problema, referente a real aplicação dos preceitos essenciais, dá margem à querelas, como as mencionadas por Alexandre da Maia (2007):

os limites e a possibilidade do Estado de Direito, os conceitos de validade e de vigência, o papel dos juristas e da ciência do direito em face da complexibilidade do estado contemporâneo e da necessidade de operacionalização das garantias formalmente consagradas.

Das contendas advindas da não efetividade dos preceitos fundamentais, percebe-se uma inércia estatal, mais precisamente do Estado Social em aplicar concretamente, valores já existentes e consubstanciados no sistema jurídico.

O Estado, admitido essa omissão, não pode ser única e exclusiva fonte por onde emanam as normas que regem todo um aparato jurídico. Como o positivismo e as teorias baseadas, exclusivamente no social, não possuem o condão de resolver essa problemática, tem-se a necessidade de se questionar, que solução seria mais condizente para minimizar essa inaplicabilidade de preceitos esboçados como fundamentais.

Uma tentativa de explicação aparece com o surgimento da Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli.

Nesse contexto, Alexandre de Maia (2007):

A Teoria Garantista, muito embora, carregada de posições críticas, é importante nesse sentido, haja vista que busca uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, sem se prender as tradicionais formas de observação do fenômeno que nos parecem superadas.

Essa orientação garantista, surge, primeiramente, no âmbito penal, como forma de solucionar a crescente divergência entre o modelo normativo penal e sua ausência de efetividade, quando posto em prática.

Dessa orientação, vista somente no campo penalístico, começa a surgir vários posicionamentos que levam a pretensões de edificar uma teoria que seja

geral, ou melhor, que ultrapasse o universo penal e sirva como direção para todo ordenamento jurídico.

A proposta de Ferrajoli consiste então, em resolver o paradoxo entre modelo normativo e prática operativa, atribuindo a observância dos direitos fundamentais a fim de minimizar a crise presente nos sistemas jurídicos da atualidade.

Formula, portanto, a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, partindo de três concepções de garantismo: garantismo como modelo normativo de Direito, que é o principal aspecto funcional da moderna formulação de um Estado de direito; garantismo como uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência das normas; e garantismo como filosofia do direito e crítica da política.

2.3.1. A Primeira acepção do termo garantismo

Em íntima relação com o estudo proposto por Ferrajoli, à primeira acepção do termo garantismo, trata-se de um modelo normativo de direito, que é próprio do Estado de Direito, caracterizado pelo princípio da legalidade.

Com esse raciocínio, o referido autor, insere esse modelo normativo em três aspectos distintos e ao mesmo tempo harmônicos: o epistemológico, o político e, por fim, o jurídico. Assim, Luigi Ferrajoli (2006, p. 851) afirma:

Sob o prisma epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa já no viés político do termo, reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito.

No aspecto jurídico, percebe-se um dado curioso: o de se criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado. Ou seja, o próprio Estado, que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito e todo o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Assim mesmo com sua potestade punitiva, o Estado deve respeitar em elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

Diante desse primeiro aspecto, o garantismo permite a análise do sistema constitucional, posto que é lei que influencia as demais, para que se verifique as

contradições existentes entre as normas e os princípios constitucionais, e também, a análise da desigualdade entre as praticas institucionalizadas e as normas legais. Depois de feita essa observação, poderá ser inferido o grau de garantismo no sistema citado, ou seja, "o grau de efetividade da norma constitucional" (CADEMARTOR *apud* MAIA, 2007).

O grau de garantismo deverá ser analisado por pontos diversos de observação, pois, se vislumbrado pelo foco da norma legalmente constituída, o sistema é garantista, posto que os direitos fundamentais estão presentes, escritos e positivados; no entanto, se o foco for a aplicabilidade dessas normas, a pratica efetuada, o sistema torna-se antigarantista, visto que a falta de utilização do que foi legalizado é patente.

Como exemplo dessa disparidade, pode-se citar a Lei 8.072/90 que trata dos crimes hediondos, sem as modificações referentes à Lei 11.464/2007, e o seu impedimento quanto à possibilidade de concessão de liberdade provisória. Tanto no âmbito constitucional, como na adoção de um modelo de Direito Penal Mínimo, sabe-se que um dos princípios primordiais para uma justa aplicação da sanção penal, é o principio da individualização da pena, sendo este legalmente consubstanciado. No entanto, o fato da lei 8.072/90 impedir a aplicação de liberdade provisória para qualquer um que venha a incidir em seus dispositivos, fere mais que explicitamente aquele princípio constitucional, não levando em conta requisitos subjetivos individuais para a concessão do benefício. Nesse sentido, observando a individualização da pena pelo prisma da norma legal, vê-se o garantismo de sua feitura, porem vislumbrando pelo aspecto de sua aplicação na lei de crimes hediondos, o sistema torna-se de um antigarantismo incontestável.

2.3.2. A Segunda acepção do termo garantismo

A segunda acepção do termo garantismo, relaciona-se com os termos jurídicos de validade, efetividade e de vigência das normas jurídicas e sua correspondência com o "ser" e "dever ser" do Direito.

Com a diferença existente entre os modelos normativos e as práticas vigentes de sua execução, percebe-se que os graus de garantismo podem variar

conforme o compasso e descompasso que venha a existir entre normatividade e efetividade. Para que haja uma possível resolução dessa problemática, necessário se faz o real entendimento a cerca do termo validade sob a ótica garantista

Conceituando a validade da norma Kelsen (1985, p. 205 e 240) preleciona:

A validade de uma norma esta em uma outra que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente, o que equivaleria às diretrizes formais para que tais normas sejam validas. Revelando a existência de um mecanismo de derivação entre as normas jurídicas, dentro de uma idéia de supra e infraordenação e entre as espécies normativas”

Nesse diapasão, Kelsen afirma que uma norma seria considerada valida se em sua feitura, fossem observados os critérios formais, como a existência de um procedimento prévio de surgimento, fixando ai a sua legitimidade.

Nesse aspecto, o professor Ferrajoli inova ao inserir um novo elemento nessa conceituação, diferenciando do conceito Kelsiano, posto que se confunde com a própria consideração a cerca de vigência.

Nesse sentido, Marlice Daltro Assunção (2007):

Evidencia-se que Frajoli adere a mesma um novo elemento ao conceito de validade, ou seja, uma norma será valida não somente por sua adequação formal as normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e estabelecem pressuposto para sua verificação, mas sim a partir do momento em que a validade traz em si elementos de conteúdos materiais, como fundamento da norma, pautados nos direitos fundamentais.

Para uma melhor demonstração desse novo conceito, Ferrajoli divide a validade em dois aspectos: um formal e um substancial.

O aspecto formal identifica-se com o conceito de validade desenvolvido por Kelsen; a inovação esta no aspecto substancial, onde a norma para ser considerada valida necessita de um conteúdo material, para servi-lhe de fundamento. Esse fundamento seria os direitos fundamentais. Com isso, uma norma passaria a ser valida se for formalmente constituída e se estiver de acordo com os preceitos constitucionalmente elencados.

Dessa feita, considera-se vigente as normas observadoras, unicamente, de um ponto de vista formal, normas positivadas pertencentes a um ordenamento jurídico posto, remetendo a palavra validade a substancia dos atos normativos que venham a concretizar direitos e garantias primordiais aos indivíduos e por fim, teria efetividade, a partir do momento que fosse concretizada no mundo fático.

Com isso, Luigi Ferrajoli (2006, p. 95-97) afirma:

Uma norma vigente, todavia não dotada do caráter da validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, revogada – no sentido amplo do termo – em função de sua incompatibilidade não com as diretrizes formais de seu surgimento, mas com a materialidade dos direitos fundamentais, que se formariam através de um processo histórico, que continua em seu devir, conquistado através da experiência, não dotados de uma ontologia, em virtude de os direitos fundamentais serem construídos através dos tempos.

O garantismo seria, na segunda acepção de Ferrajoli, uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido. O liame entre esses aspectos resgataria a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os valores fundamentais existentes. Nesse sentido, os direitos fundamentais seriam requisito obrigatório para se auferir ou não a existência de um direito.

2.3.3 A Terceira acepção do termo do garantismo

O terceiro entendimento ou acepção que o termo garantismo pretende estabelecer é à busca de uma justificação externa, ou seja, a concretização exterior do garantismo já adotado internamente, no meio jurídico.

O ponto de vista externo ou, também conceituado como político, “ invoca a presença de uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, fato que permite a valoração do ordenamento, a partir da dicotomia entre ser e dever ser do Direito” (ASSUNÇÃO, 2007).

Essa justificação externa possibilita a verificação da concreta utilização do modelo garantista, já internamente adotado, pelos indivíduos que serão, acima de tudo, ponto central da aplicação desse modelo.

O espírito garantista já firmado no âmbito interno ou jurídico deve transparecer no plano externo da atuação Estatal, através da utilização e verificação da real aplicabilidade dos preceitos fundamentais, fazendo com que a população perceba mais que nitidamente, a efetivação de seus direitos primordiais e legitimando assim a atividade de um verdadeiro Estado Garantidor.

O modelo, até aqui analisado, só será válido, se firmado externamente por práticas que demonstrem a sociedade, principal interessada, que o Estado vem cumprindo seu papel de forma a minimizar as desigualdades existentes a partir de uma política baseada por direitos fundamentais e vislumbrando o respeito a dignidade da pessoa humana, emergindo esse ponto de vista externo, como limitador do poder do Estado, posto que essa atuação devesse estar estritamente pautada nesses direitos sob pena de perda de legitimação. Caso haja uma dicotomia entre o ser e o dever ser do Estado a perda de legitimidade é a consequência lógica a ser evidenciada.

Nesse pensamento coaduna a autora:

O ponto de vista externo, incorporado no moderno estado de direito em normas Constitucionais dos direitos fundamentais dos cidadãos, equivale neste sentido, à assunção, para fins de legitimação e perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. Tanto é assim, que a perda de um ponto de vista ético-político externo, independente do interno, implicaria na negação da legitimidade e conseqüentemente, no surgimento de uma doutrina de ausência de limites aos poderes do Estado.

O modelo garantista de legitimidade compreende o direito e o Estado como meios de consecução para se chegar a um fim, fim este pautado na ligação evidente com os direitos fundamentais, fazendo com que a missão estatal não se limite somente em um modelo em um ou plano normativo e sim em uma constante luta social para assegurar o cumprimento das garantias vislumbradas, explícita ou implicitamente, por uma Constituição cidadã, que será ponto de orientação para um ordenamento jurídico, também garantidor.

2.4 A produção legislativa em um sistema garantista

Dentro do aspecto garantista, o processo de produção legislativa deve ser diferente dos adotados hodiernamente, que em sua maioria, não observam o ponto de vista substancial proposto por Ferrajolli, impedindo, como foi verificado em tópico anterior, a sua verdadeira validade. Em um Estado Democrático de Direito, o legislador possui em suas mãos a função principal de observar as regras constitucionais tanto no aspecto formal, pautada em critérios objetivos e respeitando o princípio da legalidade, bem com em seu aspecto substancial, na observância da aplicação dos direitos e valores primordiais.

Sendo o legislador o primeiro a ter contato com a norma, e estando na posição privilegiada de sua elaboração, necessário se faz de uma atenção maior quanto a sua feitura, necessitando de um estudo anterior da real conveniência para a sociedade, e de sua necessária positivação, para que posteriormente esta não venha a cair em desuso, banalizando a técnica legislativa estatal.

O respeito à conveniência social é de suma importância, posto que é esta que delimita o valor dos bens jurídicos adotados em um ordenamento jurídico, no entanto, não deve o legislador no processo de criação de normas, principalmente sendo elas de natureza penal, se pautar exclusivamente na opinião pública e em sua urgência, visto que o problema do inchaço legislativo é inevitável, e o estudo da oportunidade de sua permanência é praticamente deixado para segundo plano.

Assim tem-se que o processo de produção das normas jurídicas deve no modelo garantista de normatização, validade e efetividade da norma, está formal e substancialmente constitucionalizado, construído sobre um núcleo imperativo intangível de valores, regras e princípios fundados nos direitos fundamentais, bem como em um estudo técnico, científico e social de possibilidade de sua permanência e efetividade para a situação que se propôs a concretizar. Dessa forma será instrumento hábil de legitimação da atividade estatal.

2.5 O juiz e seu novo papel em um sistema garantista

A Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, vista como um modelo normativo de Direito, com uma distinção bem identificada a respeito da validade e da efetividade e servindo de fonte legitimadora e limitadora da atuação estatal, foi criada sob a ótica do Direito Penal, com pretensões, porém, de se expandir por todo sistema jurídico.

Com o objetivo precípua de buscar meios que venham a garantir os direitos fundamentais do cidadão, a teoria garantista absorve esse conceito de preceitos fundamentais, no documento jurídico primordial de qualquer Estado dito, Democrático de Direito: a Constituição. Em um aspecto nacionalista, a tese garantista busca esses direitos na Carta Magna de 1988, mas precisamente em seu artigo 5º, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, sem, no entanto, excluir princípios implícitos, contidos nesse texto constitucional.

E é por meio da aplicação de direitos constitucionalmente garantidos que a teoria garantista pretende fazer com que o Direito Penal, tido como o ramo do direito mais rigoroso, seja preenchido com uma carga maior de humanidade, possibilitando uma técnica legislativa mais garantidora e menos simbólica, dando a lei penal, um caráter interpretativo imparcial e justo.

Em relação a uma técnica legislativa mais humanista, tem-se um direito penal mínimo que além de diminuir o inchaço de produção de leis penais tornaria o sistema penal aberto à possibilidade de inserir em seu contexto, uma política criminal pautada em soluções alternativas de penalização e despenalização, sendo, portanto, o principal meio de se atingir esses objetivos.

No âmbito interpretativo, como principal fonte, tem-se o papel do juiz como aplicador e concretizador das normas em sentido abstrato. Bem verdade, que no princípio dos sistemas penais, o juiz era considerado mais um carrasco que propriamente uma fonte justa de interpretação.

Para se chegar a essa nova função atribuída a tarefa jurisdicional, necessário se faz a avaliação da evolução do sistema penal e processual penal e do papel dos magistrados nesse contexto.

O sistema penal inicia-se com o sistema inquisitório que “tem suas raízes no Direito Romano, quando, por influência da organização política do Império, se permitiu ao juiz iniciar o processo de ofício. Revigorou-se na Idade Média diante da

necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e alastrou-se por todo o continente europeu a partir do Século XV diante da influência do Direito Penal da Igreja e só entrou em declínio com a Revolução Francesa." (MIRABETE, 1997, p. 41).

Nesse modelo processual, não existe o contraditório nem a ampla defesa. As funções de acusar, defender e julgar, encontram-se concentradas numa única pessoa, ou seja, o Juiz que é quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, afinal, profere a decisão. O papel do julgador é de buscar a confissão do acusado a qualquer custo, utilizando-se de meios cruéis, posto que o acusado é considerado apenas um mero objeto de persecução penal e por isso destituído de qualquer garantia.

Ultrapassada essa fase inquisitiva, surge, através de ideais de liberdade, o sistema acusatório que floresceu com a revolução francesa e com a evolução dos direitos humanos, onde passou-se a criticar o processo penal de modelo inquisitório, fomentando-se a substituição. Nesse sentido, Vicente Greco Filho (1997, p. 115) informa:

Desse modo, as funções persecutórias do Juiz são transferidas ao Ministério Público (ou querelante), que se apresenta como titular da ação penal. No outro pólo está o réu, sujeito de direitos processuais e não mais objeto do processo. Nesse modelo processual, as partes encontram-se em situação de igualdade e adotam o pressuposto da paridade de armas, das quais podem se utilizar para fazer valer a suas razões a um Juiz equidistante, previamente investido da função judicante, como órgão imparcial de aplicação da lei. Assim, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas.

Nessa fase, pela separação das funções de acusar, defender e julgar, o juiz torna-se parte imparcial do processo acusatório, pois agora não age mais de ofício e sim pautado no que a lei prevê, e o acusado passa a ser sujeito de direitos. Esse é o modelo utilizado pelo ordenamento processual pátrio.

Com a efetiva implementação da proposta garantista e com a concepção renovada do conceito de validade, reflete-se no papel jurisdicional uma maior independência e um ideal mais forte de legitimação do que aquele tido no conceito inicial de sistema acusatório.

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Júnior (2007) afirma:

Há, aqui, profunda alteração na relação entre o juiz e a lei, atribuindo-se a jurisdição uma função de garantia do cidadão contra a violência e a ilegalidade por parte dos poderes públicos. Nesse contexto, não se aceita mais o velho dogma positivista da submissão do juiz a letra da lei, reformulando tal noção da idéia de sujeição do mesmo a lei enquanto válida, isto é, conforme a Constituição. Portanto, o juiz deve aplicar tão somente as leis que se adequam aos conteúdos constitucionais, o que se traduz no dever de interpretar as normas conforme a constituição e, não sendo possível, declarar sua invalidade. Para tanto é indispensável a independência do Poder Judiciário frente aos demais poderes e o respeito, em todas as situações, ao devido processo legal.

Diante dessa nova relação que se percebe entre o juiz e a lei, nota-se não só a interpretação da validade constitucional ou não da norma. Verifica-se também um novo meio de se repensar a forma de lidar com os vícios que podem comprometer todo o ordenamento como a incoerência, as antinomias, as lacunas, prejudicando também os direitos fundamentais do homem e por fim, de uma verdadeira democracia.

O jurista tem que se comportar, antes de tudo, como crítico do direito vigente, pois quer queira quer não, existem normas que são vigentes mais invalidas e por isso antigarantistas.

O novo papel crítico do juiz faz com que ele tenha o dever de se adaptar a conceitos novos, de pensar ético, jurídico e filosoficamente a respeito da norma a ser utilizada.

Esse fator ainda exige maior atenção quando se trata de Direito Penal, pois aqui, o que se esta em jogo é a liberdade dos indivíduos, e a reprimenda deve ser considerada sempre uma exceção e nunca a regra.

Para que se atinja um direito penal mínimo, visto como modelo satisfatório na busca de um modelo ideal, necessário se faz da adoção de uma teoria garantista constitucionalmente legitimada, de uma interpretação jurisdicional atinente aos direitos fundamentais e a dignidade humana e, de um processo penal garantidor, já que é o instrumento para realização do Direito Penal, tornando viável a aplicação da pena e servindo como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais.

CAPÍTULO 3 TEORIA GARANTISTA E SUA INFLUÊNCIA NA MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA PENAL E PROCESSUAL PENAL

O Direito Penal na visão de Hans Wessel (*apud* GRECO, 2006, p. 3) “é o meio de proteção dos valores elementares da vida comunitária, no âmbito da ordem social, e como garantidor da manutenção da paz pública”. Quando as regras impostas são descumpridas, o papel do Direito Penal passa de preventivo para repressivo, e essa reprimenda penal é a aplicação de uma pena.

No decorrer do estudo em epígrafe, ficou evidenciada a proposta de um Direito Penal pautado nos ideais minimalistas de uma política criminal que favoreça e garanta, por meio de novas alternativas, a propagação do efetivo uso dos direitos e liberdades fundamentais do homem.

A garantia desses direitos fundamentais, por sua vez, obteve a oportunidade de se insurgir através de princípios que, normatizados, fornecem maior certeza quanto à eficácia de sua aplicação e através da valoração e do reconhecimento universal da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto a Teoria Garantista, vem como sustentáculo ético, político e filosófico na consecução desses ideais e valores. Seu fundamento permite a concretização dos preceitos essenciais do homem, seja no âmbito penal seja como norte na adoção de um sistema jurídico garantidor.

Não basta, porém, a institucionalização e o reconhecimento interno ou jurídico do garantismo, se não houver a sua real participação na atuação prática do Estado. Nesse aspecto, o ponto de vista externo ou político do garantismo jurídico, vem demonstrar que a execução dos ditames minimalistas e garantistas, sejam validamente consubstanciados, sob pena de perda de legitimação da atuação estatal.

A teoria minimalista garantista resumida em 10 axiomas pode ser verificada da seguinte forma: 1) não há pena sem crime; 2) não há crime sem lei; 3) não há lei penal sem necessidade; 4) não há necessidade sem ofensa; 5) não há ofensa sem ação; 6) não há ação sem culpa; 7) não há culpa sem processo; 8) não há processo sem acusação; 9) não há acusação sem provas; 10) não há provas sem defesa;

No entanto, para que todo esse aparato seja posto em exercício, e partindo do pressuposto que o Direito Penal é ‘despido de coerção direta’, necessário se faz

a adoção de um instrumento que seja responsável por sua aplicação prática, ou seja, que faça com que a dicotomia existente entre ser e dever ser do Estado seja ultrapassada.

3.1 A mudança de paradigma no Processo penal

Para que a pena, como forma de exteriorização do Direito Penal, possa se adequar à função proposta por este trabalho, não basta apenas um fato típico, prévio e inadequado socialmente; para sua execução faz-se mister a existência de um processo, que será o meio idôneo para a consecução de seu resultado e para a verificação das garantias já firmadas.

Nesse diapasão, na visão de Aury Lopes Júnior (2007):

Pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. Por isso, a pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena.

Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.

Diante da ligação existente entre o Direito Penal e o processo penal, em uma relação entre teoria e prática, para que haja a efetivação de um Direito Penal Mínimo, necessário se faz a adoção de um novo paradigma, qual seja, de um Processo Penal Garantista. Luigi Ferrajoli (2006. p. 10) afirma:

Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.

Evidenciado está que o Direito Penal, na sua função preventiva e protetiva, têm sua materialização na pena e que esta não produz seus efeitos se não por meio da observância a um procedimento. Consequentemente, para que seja obedecido o procedimento necessário, a pena deverá ser imposta pelo Estado e mediante um processo judicial, posto que “o processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição de pena” (LOPES JÚNIOR, 2007).

O *jus puniendi* estatal, enquanto poder genérico e abstrato é direcionado a coletividade. Porém, no momento em que ocorre o fato criminoso, o poder que antes era genérico se torna uma ‘pretensão individualizada’, que será direcionada, não mais a coletividade, e sim ao indivíduo que cometeu a infração.

Desse fato surge o conflito de interesses entre o Estado e o autor do crime, onde o primeiro pretende punir e o segundo exercitar sua defesa, emergindo assim à chamada lide penal, que necessita para ser resolvida da atuação jurisdicional. Não podendo, essa lide, ser resolvida administrativamente, surge o Processo Penal.

Fernando Capez (2005, p. 2) dissertando sobre o tema aduz,

A jurisdição só pode atuar e resolver o conflito por meio do processo, que funciona, assim, como garantia de sua legítima atuação, isto é, como instrumento imprescindível ao seu exercício. Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado-Jurisdição aplicá-lo ou negá-lo.

Concordando com a exposição, Julio Fabbrini Mirabete (1997, p. 28):

Esse conflito não pode ser dirimido pela autodefesa, que é o emprego da força e, portanto, a negação do próprio direito com a prevalência do mais forte sobre o mais fraco. Tampouco se pode empregar a auto-composição, que envolve a submissão de um dos titulares de menor resistência. Assim, no Estado moderno a solução de conflitos de interesses, especialmente no campo penal, se exerce através da função jurisdicional do Estado no que se denomina processo e, em se tratando de uma lide penal, processo penal.

Nesse âmbito, o processo penal firma-se como “um conjunto de atos cronologicamente concatenados (procedimentos), submetidos a princípios e regras jurídicas destinadas a compor as lides de caráter penal”. (MIRABETE, 1997, p.29).

Desse conceito atribuído ao processo penal pode-se destacar que este é um meio lógico a ser seguido para a aplicação do Direito penal objetivo. Assim sendo, destaca-se o caráter de instrumentalidade do processo penal, não de uma forma que reduza a sua importância, pelo contrário, sendo parte integrante e necessária para a consecução das pretensões até aqui esboçadas. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2007):

A instrumentalidade do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode submeter-se voluntariamente a pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). Essa particularidade do processo penal demonstra que seu caráter instrumental é mais destacado que no processo civil.

Inobstante é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não tem uma visão exclusivamente jurídica e tampouco jurídico-processual. Não é um instrumento que tem como única finalidade a satisfação de uma pretensão (acusatória) ou a justa composição da lide (processo civil). É o que BARBOSA MOREIRA denomina problemática essencial da efetividade do processo e que serve de ponto de partida para situar um dos mais graves problemas do processo: o que se entende por instrumentalidade.

O processo penal não pode ser considerado como um fim em si mesmo, já que sua finalidade essencial é ser caminho necessário na perseguição de algo que virá ao término de um procedimento. Daí a sua característica de instrumentalidade. Essa característica, evidenciada no princípio da instrumentalidade das formas, significa não só a vitória contra o legalismo cego, que muitas vezes torna impossível alcançar o fim do litígio, como também proporciona ao Direito fazer justiça, torná-la efetiva, alcançar o fim, sendo a forma e o instrumento para tanto. O próprio art. 244 do Código de Processo Civil preceitua: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro

modo, lhe alcançar a finalidade.”, idéia esta, que é utilizada pela sistemática do Processo Penal.

Sendo o fim do processo a busca pela justiça, não pode somente ser visto sobre o prisma jurídico; a justiça vai além da obediência a prazos e comparecimento a audiências. Por esse motivo que o processo busca atender as finalidades sociais e políticas, sendo fiel cumpridor dos objetivos traçados pelo Direito Penal mínimo. “Com isso, o processo penal deve preocupar-se com a pacificação social, com o bem comum, e possui inclusive um caráter educacional, ou seja, é uma tendência universal, no que se refere aos fins do processo e do exercício da jurisdição”. (LOPES JÚNIOR, 2007).

Daí a necessidade de adoção de um processo penal minimalista e garantista, que venha, através de um procedimento pautado em garantias fundamentais, pôr em prática novas tendências de observação de um fenômeno jurídico mais justo e humanitário, evitando assim a perpetuação da disparidade entre o ser e dever ser do Estado.

Como ponto central dessa luta, está o juiz e o poder jurisdicional, que nesse aspecto garantista, será o concretizador, no mundo prático, dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade da pessoa humana.

Com essa perspectiva, o juiz transforma-se em figura primordial no desenrolar desse novo conceito de processo. O papel do juiz, não mais inquisitivo, nem puramente acusatório e sim garantidor, faz de sua função um instrumento não somente jurídico, e sim constitucional, posto que não pode deixar de lado lesão ou ameaça de lesão a direitos constitucionalmente assegurados.

Desse fato resulta, como ensina Aury Lopes Júnior (2007),

A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

Enfim, e amparado em preceitos doutrinários, o sistema garantista esta pautado em seis princípios basilares, para se chegar a um processo penal garantidor. Luigi Ferrajoli (2006, p. 732) entende serem:

1º Jurisdicionalidade - Nulla poena, nulla culpa sine iudicio: Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.

2º Inderrogabilidade do juízo: No sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição.

3º Separação das atividades de julgar e acusar - Nullum iudicium sine accusatione: Configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação a prévia invocação por meio da ação penal. Deve ser lido de forma mais abrangente, evitando que o juiz tenha iniciativa probatória e acabe substituindo as partes na liberação de suas cargas probatórias.

4º Presunção de inocência: A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas conseqüências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.

5º Contradição - Nulla probatio sine defensione: É um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas).

No entendimento de Aury Lopes Júnior (2007), o sexto princípio seria:

6º Fundamentação das decisões judiciais: Para o controle do contraditório e da racionalidade da decisão, isto é, sobre a existência de provas suficientes para derrubar a presunção de inocência. Tanto das sentenças como também das decisões interlocutórias. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder. No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido.

Concretizado esses fundamentos básicos para que se erga à estrutura penal e processual minimalista garantista, fundamental se faz, além dessa já mudança de paradigma, a sua efetiva aplicação para se verificar seus benefícios no ordenamento jurídico vigente, saindo finalmente da seara teórica e partindo, empiricamente, para vãos mais altos.

3.2 Processo Penal Minimalista Garantista e sua aplicabilidade prática.

Como dito em momento oportuno, a sociedade é mutante e seus valores modificam-se conforme a conjectura da época seja política, cultural ou econômica. Diante dessa infundável mudança de olhares com relação a determinado assunto, é que o Direito, como fruto dos anseios sociais, também não pode ser estático diante de fatos que tendem a se modificar.

O Processo Penal como ramo do Direito que é, também, não pode ficar inativo diante de transformações evidentes, posto que se assim permanecesse, logo cairia em desuso. Partindo da idéia de que um ordenamento jurídico dinâmico é mais do que necessário para a concretização da justiça e para a adequação a novos conceitos, é que se faz pertinente a utilização de um novo modelo processual penal.

O código de Processo Penal Brasileiro começou a vigor na data de 1º de janeiro de 1942, época marcada pelo golpe de 1930, que transformou o regime político que vigorava em um regime autoritário, baseado nos modelos hitlerista e stalinista, denominado de Estado Novo e chefiado por Getulio Vargas.

Esse foi um período de grande instabilidade social e de imposição de reprimendas duras para aqueles que fossem contra o Governo. Os direitos individuais eram desprezados em nome dos interesses estatais. Verificou-se nessa época, casos de tortura, censura radical, prisões ilegais, deportações entre outras barbáries. Era a personificação de um Estado arbitrário e intimidador.

No entanto, a sociedade evolui e com ela o sentimento de indignação próprio daqueles que exigem e esperam mudanças e respeito aos seus direitos subjetivos. Nesse contexto surge a necessidade de adaptação do Direito a um novo ideal político: ao Estado Democrático de Direito.

Pensando nisso é que o Direito Processual Penal evolui para concretizar esse novo aspecto constitucional e dessa forma fazer valer os anseios de uma sociedade que cada vez mais, vê seus direitos sendo desprezados, mesmo em uma democracia. Essa antinomia deve ser expurgada para se evitar que os direitos fundamentais do homem, depois da luta pela qual passaram e ainda passam, sejam simplesmente abandonados.

Diante desse aspecto, já se pode evidenciar aos poucos, que o Direito Processual Penal e sua mudança de paradigma, já repercute de forma positiva no ordenamento jurídico penal vigente. Seria tarefa de grande dificuldade a demonstração de todas as modificações legislativas pautadas nesse ideal, porém, selecionar alguns pontos dessa modificação além de possível, torna-se necessário para o melhor desenvolvimento do estudo. Assim, partindo de um critério seletivo e de uma análise superficial, sem pretensão de detalhar os institutos escolhidos, a prática de um processo minimalista garantista pode ser evidenciado nas seguintes leis:

3.2.1 Juizados Especiais Criminais

Partindo da idéia de que o sistema penal vive uma grande crise, necessário se faz a reavaliação de seu funcionamento, atribuindo novas técnicas de pacificação de conflitos, pautados em aspectos constitucionais de proteção aos bens jurídicos fundamentais.

Assim Aury Lopes Júnior (2007) aduz:

O sistema clássico de Justiça criminal acha-se, desde sempre, em crise. Porque absolve ou condena, mas não “resolve” o problema criminal (praticamente nada de positivo faz para a solução verdadeira do problema). Porque impõe suas decisões com imperium, mas sem auctoritas. Porque se preocupa exclusivamente com o castigo do agente culpável – isto é, com a pretensão punitiva do Estado, que é só um dos sujeitos implicados no problema criminal – mas não atende às legítimas expectativas dos restantes: da vítima, da comunidade, do próprio infrator. A efetiva reparação do dano causado pelo delito, a preocupação com a reinserção social do delinqüente e a pacificação das relações interpessoais e sociais afetadas pelo crime não são consideradas seriamente por aquele, que atua guiado mais por critérios de eficiência administrativa do que de justiça e equidade.

Em uma perspectiva histórica, não é mais cabível o sistema de vingança privada, que em sua esmagadora maioria, resultava em uma penalização desproporcional e irracional. Dessa feita têm-se formas institucionalizadas de proteção e repressão de delitos.

Impõe-se, no entanto, verificar quais casos merecem a imposição da máquina penal, pois em algumas situações, seja pela menor ofensividade causada ao bem jurídico, seja porque o agente possui características individuais que não justificam uma maior reprimenda penal, surge, com um novo ideal garantidor, a necessidade da substituição do rigorismo do Direito Penal e Processual Penal por novas técnicas mais flexíveis de mediação e conciliação de conflitos.

No plano jurídico, a edição da Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, veio atender aos anseios de expressiva parte da doutrina nacional, ávida por uma manifestação legislativa que rompesse com a política de endurecimento reinante. Esperava-se um substancial processo de descriminalização e despenalização, adotando para isso processos substitutivos ou alternativos, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito do fato, substituir ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução. Nesse sentido o art. 62 da lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais,

O processo perante o Juizado Especial orientar-se-a pelos critérios de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

A lei dos Juizados Criminais surgiu no Brasil com o objetivo de desafogar a Justiça Comum. Diante do grande volume de causas impetradas nesse juízo, era comprometido o normal desenvolvimento processual, fazendo de um simples procedimento um caminho sem fim.

Nesse aspecto, a lei dos Juizados Especiais Criminais, com o objetivo de auxiliar na contenção da carga processual da justiça ordinária, avoca para si a

competência em matérias de menor complexibilidade, que causam danos, relativamente menores, aos bens jurídicos no contexto penal. Toda matéria referente a crimes considerados de menor potencial ofensivo, sejam as contravenções penais ou os crimes punidos com pena máxima que não ultrapassem dois anos, passam da justiça comum para os juizados.

Foi dada a oportunidade da aplicação de medidas mais céleres e menos burocráticas fazendo com que o procedimento ficasse mais simples e rápido. Os Juizados Criminais programaram um tipo de justiça conciliatória e consensual, com adoção de medidas menos repressivas e estigmatizantes. Nesse aspecto surgem as formas de mediação e conciliação como meio de resolução dos conflitos penais sem, no entanto submeter o agente ao cárcere ou a vítima à sensação de impunidade.

Conceitua esses dois institutos, Luiz Flavio Gomes (2007) com maestria:

A conciliação é típica dos juizados criminais no nosso país. Ela é dirigida pelo juiz (ou conciliador) e visa, sobretudo, à reparação dos danos em favor da vítima. Busca-se pela conciliação (que é um gênero) tanto a reparação ou composição civil como a transação penal (que são suas espécies). Essa forma de resolução de conflitos só é apropriada para as infrações penais menos graves, que se denominam no nosso país "infrações penais de menor potencial ofensivo" (legalmente são as infrações punidas com pena máxima não superior a dois anos, nos termos das Leis 9.099/1995 e 11.313/2006).

A mediação é, na atualidade, a forma predileta de resolução de conflitos da chamada Justiça restaurativa. Por meio dela, que deve ser dirigida por terceiros imparciais (mediadores profissionais), objetiva-se a integração social de todos os envolvidos no problema, a preservação da liberdade, a ampliação dos espaços democráticos dentro da Justiça penal, redução do sentido aflitivo e retributivo da pena, superação da filosofia do castigo a todo preço, restauração do valor da norma violada, da paz jurídica e social etc. A mediação não pode ser concebida como uma panacéia porque parece válida apenas para alguns delitos (normalmente de média gravidade), excluindo-se os fatos de alta ou altíssima potencialidade lesiva.

Esses novos modelos de um Direito considerado sancionador, são positivos em vários aspectos, principalmente quanto se trata de garantia aos direitos individuais e da preocupação com todas as partes que figuram no processo.

A conciliação, tendo como suas espécies, a transação penal e a composição civil dos danos, auxiliará na resolução dos conflitos sem, no entanto haver a necessidade de aplicação de penas que privem a liberdade do agente, que em sua

grande maioria, é réu primário e possui bons antecedentes. Esse meios de resolução, tanto favorecem ao autor, impedido de ser segregado a prisão, como a vítima que terá a possibilidade de opinar na melhor escolha quanto ao ressarcimento de seu dano¹.

A composição civil dos danos consiste em uma prática que visa o ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos com o dano causado pelo agente. Impõe que se atinja o máximo de resultado com o mínimo de esforço devendo a composição, ao ser firmada, atentar para todos os detalhes, fixando cláusula penal em caso de descumprimento, e ainda facilitando uma eventual execução. Nesse sentido Luís Eduardo Barros Ferreira (2007) advoga a cerca do tema dizendo:

Por certo como forma de se evitar a ação indenizatória em sede de jurisdição cível e até mesmo o desenrolar de uma possível ação penal, primando pela informalidade e celeridade dos atos processuais ou procedimentos, vez que ainda não há que se falar em processo, o legislador possibilitou em uma primeira fase do rito estabelecido para os delitos de menor potencial ofensivo, a tentativa de conciliação acerca dos danos civis, como forma de se solucionar o conflito de interesses entre autor do fato e vítima, e ainda, entre a famigerada pretensão punitiva do Estado e o autor do fato.

A transação penal é uma medida alternativa que visa impedir a imposição de pena privativa de liberdade, mas não deixa de constituir sanção penal. O artigo 76 da Lei 9099/95 define transação penal como a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas:

Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

Cabe registrar, que o Ministério Público é o titular da proposta de acordo e há 'discricionariedade regrada' em sua atuação, tanto que a mesma será apreciada

¹ Posição, essa, há muito tempo reclamada pela Vitimologia.

pelo juiz. Aceita a proposta, homologa-se o acordo e é, a título de exemplificação, imposta uma pena restritiva de direitos, como prestar serviço comunitário. Na visão de Fernanda Arcoverde Cavalcanti Nogueira (2007),

Evita-se o assoberbamento desnecessário do Judiciário com processos de menor importância (cujo destino, quase sempre, é a prescrição), restando mais tempo para cuidar dos casos considerados mais importantes; o autor do fato não mais se submete às chamadas "cerimônias degradantes" referidas por Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, como citação em sua casa, interrogatório, oitiva de testemunhas, constituição de advogado para acompanhar um longo processo, entre outras; a forma simplificada do procedimento, com a adoção do princípio da oralidade, torna o feito mais célere, atendendo a uma justa reivindicação da coletividade insatisfeita com a morosidade dos julgamentos. Evitam-se diversas prisões cautelares desnecessárias, o que é extremamente salutar, diante da atual situação do sistema carcerário brasileiro; a aplicação imediata de medidas não privativas de liberdade afasta a sensação de impunidade.

Essa perspectiva conciliatória exige mais do infrator, não no sentido de lhe atribuir pena maior ou mais rigorosa, mais pleiteando uma sincera mudança de atitude do agente, pois terá oportunidade de integração e comunicação com a vítima. "Não basta, pois, o cumprimento do castigo, nem a reparação do dano causado: pretende-se uma mudança qualitativa no infrator, de tal modo a implicá-lo ativamente na solução do conflito que ele ocasionou" (GOMES, 2007).

As novas fórmulas de resolução de conflitos penais nos Juizados, também incidem diretamente com relação a vítima, preocupando-se com os seus interesses e oportunizando a sua dinâmica participação em uma situação jurídica que lhe é essencial.

Nesse mesmo sentido, Luiz Flavio Gomes (2007), preleciona:

Esse modelo integrador ou restaurativo, de outro lado, é melhor que o convencional em relação às necessidades da vítima, devolvendo-lhe um papel ativo e dinâmico. A forma clássica de Justiça instrumentaliza a vítima, transformando-a em mero objeto passivo e fungível do processo. Conciliação e mediação evitam (ou suavizam), pois, a perniciosa vitimização secundária (que ocorre quando a vítima entra em contato com o sistema penal) e impulsionam à efetiva reparação do dano assim como à justa satisfação da vítima (não necessariamente na forma pecuniária), melhorando as atitudes desta última em relação ao infrator e ao sistema legal.

Outro grande fator que evidencia a evolução no sistema penal e processual penal, através da implantação dos Juizados Criminais e seus novos modelos de pacificação de conflitos, está no melhoramento da imagem da Justiça Criminal “ao permitir que o cidadão perceba sua face humana bem como sua capacidade para resolver o doloroso problema social e comunitário do crime com critérios de equidade”. (GOMES. 2007).

A adoção de uma política minimalista garantista exige a efetiva reparação do dano causado pelo delito, a preocupação com a reinserção social do delinqüente e a pacificação das relações afetadas pelo crime, não considerando mais aplicação, unicamente, de critérios de eficiência administrativa em detrimento da justiça e eqüidade. O estabelecimento dos Juizados foi medida revolucionária e pautada no respeito à dignidade da pessoa humana oportunizando o acesso a justiça e respeitando a integridade física e moral das partes envolvidas na lide penal. As medidas depenalizadoras adotadas (tanto a conciliação e suas formas, a mediação, e outras que não foram citadas como o sursis, o livramento condicional, a possibilidade de representação nas lesões corporais leves) são reflexos evidentes de um legislador mais preocupado com as mudanças e os anseios sociais e não exclusivamente com o punir por punir evidenciado em um modelo penal clássico.

3.2.2 Lei 10.792/2003. O interrogatório e sua transformação de meio de prova para meio de defesa.

Ao analisar, em sua linha evolutiva, o processo penal, vê-se o interrogatório transformar-se de meio de prova, para meio de defesa.

O processo é instrumento de proteção da liberdade jurídica do indivíduo, que para ser concretizado faz-se necessário a aplicação do poder jurisdicional acometido ao juiz, visto que não há ‘pena sem jurisdição’. O processo deve, necessariamente, ser julgado por um juiz competente, que por meio do julgamento aplicará a pena cabível ao caso concreto. Neste prisma, o interrogatório converte-se de instituto dirigido em princípio à pesquisa das provas, em instituto destinado à autodefesa do acusado.

Historicamente, no sistema processual inquisitório, o réu não era considerado sujeito da relação processual, era apenas um objeto desse processo. Nesse aspecto o interrogatório não poderia ter o intuito de defesa, posto que o indiciado não era parte e, portanto não se defendia das acusações que lhe eram impostas; nessa fase inquisitiva, o interrogatório funcionava exclusivamente como meio de prova, já que a única finalidade no processo penal da época, era a rápida e necessária punição do criminoso e a conseqüente 'defesa social', sendo o réu mero objeto da persecução penal.

Na história do processo penal brasileiro, o interrogatório dos antigos códigos e das leis das unidades federadas era meio de defesa. Neste sentido, por sinal, o código de processo do Distrito Federal, em seu artigo 296, determinava que o juiz só perguntaria ao réu se queria prestar alguma declaração.

O Código de Processo Penal de 1941 absorveu tendências autoritárias da ciência penal européia da época, onde os direitos fundamentais dos homens eram desprezados, não podendo dessa forma o interrogatório permanecer como meio de defesa. Assim é que o interrogatório foi disposto no código pátrio na parte dedicada as provas.

Porém, na doutrina e jurisprudência a classificação começa a mudar dando-se lugar à discussão sobre a natureza jurídica de tal procedimento. Uma das mais importantes contribuições, visando conceituar o interrogatório como meio de defesa, pode ser evidenciada com a implementação da Lei 10.792/2003, que surgiu de uma proposta do Executivo ao Congresso Nacional referentes a recomendações a respeito da reforma do Código de Processo Penal. Essa lei trouxe inovações relacionadas aos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal.

Antes do advento da lei 10.792/2003, poderia ser lido no art. 186 do Código de Processo Penal:

Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observara ao réu que, embora não esteja obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, o seu silencio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Como é sabido, a Constituição de 1988, no inciso LXIII do art. 5º, veio consignar expressamente o direito ao silêncio, assegurando "ao preso" a

prerrogativa de permanecer calado, bem como a assistência da família e do advogado. Se a própria Constituição, que é o documento jurídico primordial que serve de norte para todo o ordenamento infraconstitucional, concretiza o direito ao silêncio sem lhe atribuir nenhum ônus, defasado estava aquele artigo, por incompatibilidade com a Carta magna.

Dissertando sobre o assunto, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 82) afirmam:

Do direito ao silêncio, consagrado em nível constitucional, decorre logicamente a concepção do interrogatório como meio de defesa. Se o acusado pode calar-se, se não mais é possível forçá-lo a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, é evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado "meio de prova", não é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa *ad veritatem quaerendam*. Serve, sim, como meio de autodefesa.

Nesse diapasão logo se viu que a garantia, estipulada aparentemente apenas em benefício da pessoa privada da liberdade, se estendia a todos os acusados, tendo o legislador constituinte sido motivado a realçar a condição do preso tão só em função de sua maior vulnerabilidade.

Por força da lei 10.792/2003 não só o art. 186 do CPP torna-se ineficaz, sendo a modificação estendida aos arts. 181 a 196, ineficácia essa em face de sua total dissonância com a Constituição. Com isso, pode-se evidenciar no novo art. 186 o caráter garantidor do direito ao silêncio, plenamente adaptado à exigência constitucional.

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa

Agora, com a redação dada aos arts. 185 a 196 do CPP pela nova lei, a legislação infraconstitucional processual penal adequa-se ao sistema constitucional e passa o interrogatório a configurar verdadeiro direito de defesa, pois "o direito ao silêncio é o selo que garante o interrogatório como meio de defesa e que assegura a

liberdade de consciência do acusado". (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 81).

Esta norma, tida como garantia constitucional, aplica-se tanto aquele que encontra-se segregado ao cárcere, quanto a todos os acusados; e ainda acobertado pelo manto da garantia, entende-se que sua utilização se dá em qualquer das partes do interrogatório, seja sobre a pessoa do acusado, seja sobre os fatos a ele imputados.

Antes de uma visão minimalista garantista do sistema penal, entedia grande parte da doutrina pátria, que o silêncio assegurado ao acusado, só poderia manifestar-se em relação aos fatos a ele atribuídos, pois "nenhum exercício de defesa parece conter-se na simples qualificação do acusado". (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 82).

No entanto esse entendimento não constitui uma característica *jure et de jure*, ou seja, não tem como característica ser absoluto. Leia-se o art. 187, § 1º da CPP, alterado pela lei 10.792/03:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§1º. Na primeira parte do interrogatório será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

Com relação à leitura desse artigo, a opinião doutrinária tende a se modificar considerando, a mera qualificação, como merecedora do silêncio do réu, o que constitui ainda mais o caráter defensivo de tal direito. Nesse contexto os autores (2001, p. 85):

Ocorre, porém, que o interrogatório sobre a pessoa do acusado, previsto no § 1º do art. 187 do CPP, inclui a solicitação de informações. Essas informações podem ser auto-incriminantes ou, ao menos, configurar lesão à dignidade do acusado. Elas também só podem ser prestadas espontaneamente. Se houver recusa a falar, também aqui estará o acusado exercendo seu legítimo direito ao silêncio.

Observe-se que esta não é apenas a interpretação teleológica do dispositivo, mas também a sistemática, uma vez que o direito ao silêncio vem garantido genericamente no art. 186, anterior ao art. 187.

Outra inovação da Lei 10.792/03, que configura mais uma vez consequência da configuração do interrogatório como meio de defesa e caracteriza esse ideal garantidor dos direitos constitucionalmente estabelecidos é a que vem expressa no inciso VIII do § 2º do art. 187 do CPP, que determina ao juiz, após formular as perguntas sobre os fatos, perguntar se o interrogado tem algo mais a alegar em sua defesa.

Essa pergunta obrigatória corrobora a efetivação do direito ao silêncio como verdadeira forma de defesa no interrogatório e configura como momento adequado para o réu expressar fatos em sua defesa que não o silêncio.

Conclui-se, portanto, dos fatos até aqui traçados, que as inovações trazidas pela lei 10.792/03 confirmando a passagem do interrogatório de mero meio de prova para importante meio de defesa, configura a utilização de um processo minimalista garantista, assegurando ao indigitado acusado maiores possibilidades de se defender da incidência da máquina penal.

Apesar dessa mudança significativa, não se pode excluir o interrogatório de também, ser avaliado como meio de prova, desde que esse aspecto não se sobreponha a sua característica defensiva. Nesse sentido, corrobora Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 85):

É certo que do interrogatório, voluntariamente prestado - *rectius*, das informações espontâneas do acusado, assegurada sua liberdade de consciência -, podem surgir elementos que constituam "fonte de prova". Assim, a correta conceituação do interrogatório - em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro - é a de que constitui ele meio de defesa, que - se e conforme o acusado falar - pode eventualmente servir como fonte de prova.

Como anteriormente visto, a Constituição além de assegurar o direito expresso ao uso do silêncio, não importando por isso um ônus para defesa,

assegurava ao preso, no final do preceito hora em questão a assistência da família e do advogado (art. 5º, LVIII).

Prevista estava a possibilidade de assistência de advogado no momento da prisão. Mas a lei 10.792/03, como critério de interpretação sistemática a regra constitucional, vem expressamente, por meio da nova redação dada ao art.185 do CPP, exigir a presença do defensor no interrogatório, demonstrando mais uma vez a sua evolução em termos de garantia processual.

Estabelece o novo art. 185 do CPP: "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado"

A presença do defensor torna-se obrigatória, não só ao longo do interrogatório, devendo ser firmada como garantia processual permitindo o contato prévio do acusado com seu defensor. Nesse sentido, o § 2º do art. 185 determina, e a doutrina majorante comenta:

Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o *direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor*".

Esta regra deve ser entendida como aplicável a todo e qualquer interrogatório, por ser parágrafo do art. 185, que trata do interrogatório em geral. Não se prende, sistematicamente, ao disposto no § 1º, que trata do interrogatório do preso no estabelecimento prisional. (grifo do autor)

Dessa feita, deve-se concluir que o contato prévio com o defensor público, deve ser concretizado e respeitado em sua totalidade; essa confirmação advém tanto da interpretação sistemática do art. 185 e de seus parágrafos, como também pode ser observada por meio de pactos internacionais. Nesse contexto a regra no art. 8, 2, d, do Pacto de São José da Costa Rica, cujas regras integram o ordenamento brasileiro (GRINOVER, 2005):

2 - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

d) direito de o acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

O interrogatório e a presença do defensor tornam-se, pois meios essenciais para que o exercício da “autodefesa e defesa técnica se integrem por intermédio do contato reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa, em sua dúplici configuração” (GRINOVER, 2005).

Nesse diapasão a presença do advogado também deve ser aplicada ao interrogatório policial, sendo papel da autoridade competente, concretizar essa medida, zelando pela presença efetiva do defensor antes do interrogatório e durante seu desenvolvimento exigindo a efetividade da defesa pelo defensor e não só sua mera presença, como instrumento de validade de um ato formal. Sobre o tema Ada Pellegrini Grinover (2005),

A lei ampliou a garantia constitucional do inciso LXIII do art. 5º da Constituição, em que a presença do defensor era tratada como mera faculdade. Militam a favor desse entendimento não só o art. 6º, V, como também o enfoque do processo administrativo do inquérito policial à luz do disposto no art. 5º, LV da Constituição. Já escrevi, em diversas oportunidades, que a norma constitucional, garantindo o contraditório e a ampla defesa não só aos acusados em geral, mas *também no processo administrativo em que haja litigantes (entendidos como titulares de conflitos de interesses)*, se aplica ao inquérito policial, após o indiciamento do acusado.

Depois de evidenciado o papel garantidor das novas regras a respeito do interrogatório trazidas pela lei 1.792/03, necessário se faz sua conclusão no sentido de que, a inobservância dessas regras acarreta a conseqüente nulidade absoluta do procedimento, seja no todo ou em parte. Novamente Ada Pellegrini Grinover (2005), aduz:

Já vimos que a nova disciplina do interrogatório se prende diretamente à Constituição e ao direito de defesa nela delineado, junto com o direito ao silêncio. Trata-se, portanto, de normas de garantia, estabelecidas em nome do interesse público e não exclusivamente em benefício das partes. Sua

vulneração dá margem à nulidade absoluta. O prejuízo não precisa ser comprovado, pois é evidente.

Vícios como a ausência de informação sobre o direito de o acusado permanecer calado, qualquer pressão exercida para que fale, a ausência do contato prévio e da efetiva presença do defensor no desenvolvimento do interrogatório invalidam-no totalmente.

Resulta daí, como já mencionado, que os vícios do interrogatório implicam sua nulidade absoluta seja a mais grave ou a mais moderada. A nulidade mais grave atribuída com o desrespeito às regras do interrogatório, é o vício em todo processo, pois houve com a inobservância das regras, prejuízo na autodefesa, sacrificando todo o processo e tornando-o nulo. A nulidade moderada, não tem o condão de prejudicar todo o processo, nem causar prejuízo aos atos da defesa, porém pode implicar em sua repetição.

Sem que se tenha esgotado o tema, a nova disciplina do interrogatório vem corrigir o descompasso do Código de Processo Penal de 1940, que o configurava como meio de prova e trazia, com relação ao direito ao silêncio firmado a luz da própria Constituição, implicações no exercício da defesa. Com essa nova visão, aflorando o caráter defensivo do interrogatório, o direito positivo brasileiro começa a se firmar em termos garantidores, entre os mais avançados do mundo.

3.2.3 Crimes Hediondos e a nova redação trazida pela lei 11.464/2007.

A lei dos crimes hediondos Lei nº.8.072 foi publicada em 25 de julho de 1990 e entrou em vigor na data de sua publicação, passando a integrar o ordenamento jurídico pátrio. Seu objetivo foi cumprir a ordem delineada no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que determinou que o legislador infraconstitucional desse tratamento penal mais severo à prática da tortura, ao terrorismo, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e aos crimes hediondos. Dessa maneira possibilitou a imposição de tratamento penal mais duro aos crimes considerados de gravidade penal exacerbada e de grande nocividade no meio social.

Com uma evidente influência de um Direito Penal Máximo, tratando com imenso rigorismo penal o agente, que, para essa corrente é, antes de tudo um

inimigo, trouxe em seu artigo 1º, os crimes considerados hediondos, merecedores de maior rigor penal e processual penal. Dentre eles: os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos previstos no Código Penal, além do delito de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

Depois da implementação da lei de crimes hediondos, sobreveio uma serie de modificações, que só vieram representar o ideal de um direito penal simbólico, preocupado em resoluções rápidas e ineficazes e impulsionado pela opinião publica. Nesse contexto surge a primeira alteração a lei 8.072/90 dos crimes hediondos.

A lei 8.930, de 06 de setembro de 1994, ficou conhecida como 'Lei da Rede Globo', e trouxe ao rol dos crimes considerados hediondos o homicídio qualificado. Muitas críticas foram feitas à criação dessa lei tendo em vista que foi criada após pressão popular, a qual teve iniciativa da escritora Glória Perez, mãe de Daniela Perez, atriz, que em 28 de dezembro de 1992, quando contava com 22 anos, foi morta com dezesseis tesouradas no pescoço e no peito pelo também ator Guilherme de Pádua, então com 23 anos, auxiliado por sua esposa Paula Thomaz de 19 anos.

A Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, alterou novamente a Lei nº 8.072 para incluir, dentre os delitos hediondos, o crime de "falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais", previsto no art. 273 do Código Penal, sujeitando os infratores, às penas de 10 a 15 anos de reclusão e multa.

Não satisfeito, o legislador pátrio além de, constantemente editar novas leis penais incriminadoras, atribuiu a esses crimes um tratamento exorbitantemente severo e retributivo, que proibiu inicialmente, a concessão de graça, anistia, indulto, fiança, liberdade provisória e determinou que o condenado pelos crimes em epígrafe cumprisse pena em regime integralmente fechado, vedando-lhe o direito à progressão.

A polêmica em relação ao tratamento mais duro atribuídos aos crimes relacionados na Lei 8.072/90, causaram e ainda causam grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais no ordenamento jurídico. Entre elas a que se refere a impossibilidade de concessão de liberdade provisória e ao cumprimento da pena integralmente em regime fechado.

Os defensores da possibilidade de concessão do benefício, afirmavam, veementemente o seu desrespeito a princípios constitucionalmente e universalmente garantidos. Dentre eles Paulo Junio Pereira Vaz (2007),

Sob esse prisma, o direito fundamental à liberdade provisória não pode, no entanto, ser analisado de modo isolado, fora de um contexto menos amplo, que se busca numa unidade de sentido que deve existir entre todos os direitos e garantias fundamentais, ou fora de um contexto menos amplo representado pela articulação de outros direitos fundamentais que integram numa estreita conexão (o princípio do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência). Além disso, nenhuma interpretação, em nível constitucional, terá validade se não se levar em conta a regra do § 1º do art. 5º da CF, no sentido de que "as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata".

Há, sem dúvida, uma unidade de significado a permear os direitos fundamentais incluídos na Constituição Federal. Um Estado Democrático de Direito define-se, substancialmente, pelo reconhecimento e pelo acatamento de certos valores básicos, dos quais se destaca, como sendo o mais fundamental, o da "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III, da CR/88).

O valor da dignidade da pessoa foi firmado como preceito fundamental e mundialmente considerado pela Declaração dos Direitos da ONU, servindo em âmbito nacional como ponto de partida de todos os direitos fundamentais inerentes ao homem e firmados na Carta Magna. A proibição consistente em coibir a liberdade provisória mesmo que sejam cumpridos todos os requisitos, sejam subjetivos ou objetivos, constitui uma antecipação da pena desnecessária, um verdadeiro arbítrio e ofensa clara ao respeito da dignidade do homem. Mais uma vez Paulo Junio Pereira Vaz (2007):

Observa-se que tal entendimento preconizado inicialmente pela doutrina ganhou corpo na jurisprudência pátria, passando-se, então, a possibilitar a concessão da liberdade provisória a acusados por crimes hediondos caso a liberdade dos processados não pusesse em risco a ordem pública ou econômica, não viesse a atrapalhar a instrução criminal ou frustrar a

aplicação da lei penal, elementos previstos no art. 312 do CPP. Fica, destarte, evidenciado que a simples vedação legal à possibilidade de concessão de liberdade provisória implicaria aplicação de pena precipitada, instituto incompatível com o sistema acusatório adotado por nossa Constituição da República de 1988.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, a lei como já mencionado, impossibilitava a aplicação da progressão de regime ao instituir que a pena seria cumprida em regime integralmente fechado. Entretanto, sobreveio a lei 9.455/97 que tratava dos crimes de tortura e que em seu art. 1º, § 7º, estabeleceu que o condenado por crime nela previsto iniciaria o cumprimento de sua pena em regime fechado. Esse parágrafo foi ponto de partida de uma imensa discussão, posto que atribuiu ao crime de tortura, um dos crimes equiparados aos mais graves dentre os relacionados na lei 8.072/90, a possibilidade de progressão de regime, quando os demais crimes da mesma natureza como o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os hediondos, não admitiam essa progressão, desrespeitando um critério de isonomia.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, concordando com o desrespeito ao tratamento igualitário aos crimes tipificados na lei 8.072/90, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, concedeu a progressão de regime ao condenado pela prática do tráfico ilícito de entorpecentes (VAZ, 2007):

A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, específica para o crime de tortura, determina no art. 1º, § 7º: "O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

A disciplina anterior (Lei nº 8.072/90) – pena cumprida integralmente em regime fechado – foi substituída: a sanção passou a ser resgatada "inicialmente" no regime fechado. Em outras palavras, ajustou-se ao sistema progressivo do Código Penal.

A lei mais recente, comparada com a Lei dos Crimes Hediondos, mostra-se mais favorável. A lei mais benéfica, por imperativo constitucional e do Código Penal, aplica-se incondicionalmente.

Insista-se: os crimes relacionados na Constituição e na Lei n.º 8.072/90 receberam o mesmo tratamento. Estatuíram os mencionados textos disciplina unitária. Insista-se por imperativo da Carta Política.

A lei alterando a matéria, embora literalmente restrita a uma parte, repercute no todo. Vale dizer, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 foi afetado por lei posterior, ensejando o cumprimento da pena, por etapas, ou seja, somente no início no regime fechado. (Rec. Esp. nº 140.617-GO, julgado em 12/09/1997).

Nesse interregno, sobreveio o *Habeas Corpus* nº. 82.959/SP, que, pois fim a discussão declarando inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (VAZ, 2007).

Ao proibir que os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados progredissem de regime no cumprimento de suas penas, colidia tal dispositivo legal com vários princípios constitucionais, em especial o princípio da isonomia, da individualização da pena, inserto no inc. XLVI do art. 5º da Constituição e da dignidade da pessoa humana.

Evidente era a preocupação com o desrespeito a garantias essenciais, e a observância da ineficácia das medidas radicais atribuídas aos crimes hediondos, visto que o índice de criminalidade tendencialmente crescia e os presídios lotados, não conseguiam cumprir seu papel de meio ressocializador, pelo contrario funcionavam como uma escola do crime; com isso, surgiu no âmbito penal e processual penal a necessidade de se implantar uma medida que cumprisse, ou pelo menos tentasse cumprir, seu papel garantidor e protetor dos bens jurídicos fundamentais, respeitando os direitos individuais dos cidadãos.

Assim, publica-se a Lei 11.464, que entrou em vigência em 29 de março de 2007, alterando a redação do art. 2º da Lei 8.072/90, sobretudo seus parágrafos dispondo que "a pena por crime hediondo ou a ele equiparado será cumprida no regime inicialmente fechado e a progressão de regime, dar-se-á após o cumprimento de dois quintos da pena (se o apenado for primário) ou três quintos, se reincidente". Estava, então, evidente a possibilidade de progressão de regime.

Entretanto, a nova lei não significou mudanças somente em relação à progressão de regime. Suprimiu a vedação da concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática de crimes hediondos ou a eles equiparados. Como critério de justiça, Paulo Junio Pereira Vaz (2007) entende que "doravante, caso não estejam presentes nenhum dos elementos que autorizem a prisão preventiva, poderá e deverá o acusado por esses crimes responder o processo em liberdade".

A preocupação do sistema penal e processual penal com o respeito à dignidade da pessoa humana, possibilitou e influenciou uma mudança significativa, com relação à observância de critérios de individualização de pena, pois a generalização da impossibilidade da liberdade provisória a todos que cometessem

crimes hediondos sem observância dos requisitos necessários, desrespeitava os ideais de proporcionalidade e culpabilidade aos quais o agente teria direito no computo de sua pena e para critérios de concessão de benefícios.

Outra novidade advinda desse ideal protetivo foi à possibilidade da progressão de regime, pois se a função atribuída à pena é a recondução do agente ao convívio social possibilitando-o de normalmente voltar à sociedade e a ela se reintegrar como cidadão capaz de cumprir deveres e usufruir direitos, não tinha sentido a permanência daquele instituto, posto que, passar de um regime de cumprimento de pena integralmente fechado para o convívio social, sem passar pelas fases de adaptação, seria um retrocesso e não um avanço na busca pela ressocialização (VAZ, 2007):

A simples rotulação de alguns delitos como de grande potencial ofensivo em face de toda a coletividade não é o bastante para inibir suas práticas. A lei em questão estraçalhou benefícios e aumentou o tempo de cumprimento de pena a quem praticasse os delitos nela previstos. Porém, conforme abordado, a função preventiva da pena, nela estatuída de forma clara e evidente, por si só, não é capaz de coibir as condutas nela descritas. Muito mais do que isso é necessária à efetiva aplicação da pena e a atuação, em conjunto, das três funções que ela se propõe: a repressiva, preventiva e ressocializadora. Todavia, a primeira saída à busca da aplicação efetiva da pena e, por conseguinte, a diminuição da ocorrência rotineira de crimes bárbaros é atentar-nos à circunstância de que o afã pelo controle do crescimento descontrolado da criminalidade, que proporciona cenas de violência gratuita a toda a coletividade, não pode ser fator legitimador do atropelamento de princípios e normas constitucionais. (Lei dos crimes hediondos e suas recentes alterações.2007).

A Lei de crimes Hediondos, da maneira que originalmente foi concebida, constitui elemento claro de que uma lei só é válida na medida em que é efetiva, ou seja, na medida em que cumpre o que se propôs a fazer de acordo com a segunda acepção proposta pela Teoria Garantista. O endurecimento da Lei nº 8.072/90 e sua aplicação de um direito penal máximo não atingiu o objetivo de diminuição da criminalidade.

Analisando-se a pesquisa realizada pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD-BRASIL), através da tabela abaixo, sobre as estatísticas criminais do Estado do Rio de Janeiro, observa-se que o endurecimento das penas, provocado quando da

aprovação da referida lei, surtiu apenas efeitos de curto prazo, tendo os índices de violência voltado a crescer, ou mantendo-se na média, em anos posteriores, como foi o caso do crime de estupro (FIGUEIREDO JUNIOR, 2007).

Em alguns tipos de crimes, vê-se que nem sequer houve diminuição, como o crime de latrocínio, que cresceu de 195 casos em 1990 para 288 em 1992. Somente na minoria dos casos os índices diminuíram como esperavam os legisladores, como o crime de seqüestro, que foi reduzido de 124 casos em 1992 para 8 casos em 2000, que, mesmo assim, voltou a subir nos anos seguintes.

Crimes	84	86	88	90	92	94	96	98	00	02
Estupro	1219	1380	1204	1108	993	961	1062	1493	1335	1198
AVP	*	*	*	*	590	612	753	901	1344	1646
Latrocínio	187	129	157	195	288	223	166	130	197	201
Seqüestro	*	*	*	*	124	90	65	18	8	25
Tráfico	*	*	*	*	641	625	2957	4129	3070	3448
Homicídio	4105	4996	6023	7858	7635	8408	7259	5741	6360	6994
* Dados não disponíveis										

Tabela 1 - Estatísticas criminais no Estado do Rio de Janeiro (1984-2002)

O conceito de validade, visto apenas em seu aspecto formal, já está mais que ultrapassado, uma lei assegurada em um texto legal, que não é efetivamente aplicada quando o caso concreto exige, ou, sendo aplicada, não respeita as garantias básicas do aspecto substancial da norma, além de provocar o rápido desuso das leis, torna o sistema antigrantista. Daí a necessária observação de estudos prévios e respeito aos direitos fundamentais na tipificação de uma conduta, possibilitando assim, a junção entre validade e efetividade

3.2.4 A lei 11.449/07 e a exigência da comunicação da prisão em flagrante a Defensoria Pública.

Com o advento da recente alteração introduzida no art. 306 do Código de Processo Penal, em decorrência da Lei nº.11.449, de 16 de janeiro de 2007, fica obrigatório o envio de cópia do auto de prisão em flagrante, nas hipóteses de prisão em flagrante em que o preso não indicou advogado, à Defensoria Pública, tudo no prazo de vinte e quatro horas. *Ipsis literis*, o novo dispositivo aduz:

Art. 1º. O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

1º. Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

2º. No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 expressamente reconhece, em seu artigo XI, que todo homem acusado de um ato delituoso deveria ter assegurado todas as garantias necessárias à sua defesa. O Pacto de San Jose da Costa Rica, adotado no ordenamento jurídico pátrio, afirma que todo aquele acusado do cometimento de um delito tem assegurado o direito de ser assistido por um defensor.

No Brasil, a Constituição Federal também assegura a assistência ao preso de sua família e de seu advogado. Nesse contexto de patrocínio de uma defesa justa ao preso, ainda em âmbito constitucional, o art. 5º, prevê a em seu inciso LXXIV que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Essa assistência jurídica integral e gratuita é prestada pela Defensoria Pública, instituição guardiã da cidadania conforme preleciona a Carta Magna:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

O novo art. 306 do CPP, introduzido pela lei 11.449/07 segue essas, já consubstanciadas regras constitucionais e internacionais e mais uma vez, demonstrando a evolução garantista do sistema processual penal pátrio, adapta e efetiva direitos estabelecidos, diminuindo a diferença entre o direito positivado e sua concretização na prática.

A prisão é uma exceção e não a regra em um Estado Democrático de Direito. A prisão em flagrante, por ter um caráter imediato, provoca no agente e em sua família uma situação também de urgência quanto à forma de sua defesa, que, na maioria das vezes, nem é solicitada por falta de condição econômica de contratar um advogado.

Nesse sentido Márcio André Lopes Cavalcante (2007):

É muito comum que a pessoa presa em flagrante, especialmente em se tratando de hipossuficiente, desconheça seus direitos ou a forma de concretizá-los. Esse desconhecimento, em não raras vezes, também se estende aos familiares do flagranteado. Deve-se anotar ainda que, logo após a prisão, a família da pessoa detida passa por momentos de evidente desespero, não sabendo ao certo que providências adotar. Nesse instante, a prática revela que muitos vendem seus bens, como eletrodomésticos, automóveis ou até mesmo a própria casa, a fim de conseguirem recursos para custear os honorários de um advogado que irá tão-somente ingressar com uma petição liberatória. A maioria assim age por não saber que, se não tiver condições econômicas de contratar um profissional sem prejuízo de seu sustento, o Estado deverá fornecer-lhe um Defensor Público.

Daí a importância da comunicação do auto de prisão em flagrante a Defensoria Pública, posto que esta terá como dever, promover a defesa do flagranteado, bem como analisar se o procedimento obedeceu a todas as garantias constitucionalmente impostas.

Nesse diapasão a doutrina expõe a natureza jurídica dessa nova garantia processual. Considera-se a comunicação da prisão em flagrante a defensoria pública como respeito a uma regra constitucional legalmente positivada; constitui como novo requisito formal a ser obedecido, configurando meio de regularidade da feitura do auto; constitui uma prerrogativa institucional da Defensoria Pública, sendo

considerada não só um direito do flagranteado, mais sendo comprovação do efetivo exercício das atribuições constitucionais dirigidas a defensoria;

A Defensoria será comunicada da prisão quando, por critérios de hiposuficiência, o flagranteado não informar o nome de seu advogado. Esta garantia deve ser vista de uma forma extensiva, alcançando também aqueles que tendo condições econômicas, se deparando com o caso concreto, necessitem da figura da Defensoria. O autor novamente preleciona:

O art. 5º representa um piso constitucional mínimo. Assim, a Constituição exige que o Estado preste assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas não proíbe que seja assegurado o mesmo benefício a quem tenha condições de pagar, mas se encontre em alguma situação peculiar. É o caso, por exemplo, da atuação do Defensor Público como curador especial. Nessa hipótese, não se questiona de sua capacidade econômica, mas tão somente se os requisitos do art. 9º, do Código de Processo Civil estão presentes. E mais importante, tendo em vista que estamos falando de processo penal. No processo penal, não pode existir acusação sem defesa (art. 5º, LV, CF/88). Assim, o réu terá sempre direito a um defensor. Caso não constitua um advogado particular, ser-lhe-á nomeado Defensor Público, independentemente de sua capacidade econômica. Houve simplesmente a extensão de tal regra, que já existia na fase processual penal, para o flagrante delito.

Essa comunicação deve ser enviada com todos os seus requisitos e com todas as oitivas acolhidas, para que se verifique se todos os objetivos e formalidades foram cumpridos, visto que se houver alguma falha detectada pela Defensoria, esta deve desde logo formular pedido de relaxamento de prisão por esta ser considerada ilegal.

O envio deve direcionar-se a sede da Defensoria se esta existir; caso não haja defensoria na cidade, comunique-se a localidade mais próxima onde houver. E em casos extremos onde o Estado não possua essa instituição, e como sua comunicação é requisito de regularidade, faz-se mister a comunicação às organizações de defesa dos direitos humanos, não para que assumam a defesa dos flagranteados, mas “para que cobrem a instalação imediata da Defensoria Pública e até mesmo demandem contra o referido Estado na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação às garantias mínimas do réu” (CAVALCANTE, 2007).

Seguido todo esse aparato, o ideal garantista consubstanciado na reformulação do art.306 do CPP, será concretizado, dando-se mais um enorme passo a caminho de um sistema penal menos repressivo e mais humano.

3.2.4 Projeto de Lei n. 4.203 de 2001. Proposta de reforma do Código de Processo Penal referente ao Tribunal do Júri.

A Carta Magna de 1215 estabelecia o direito de “um homem livre ser julgado por seus pares” viabilizando os primeiros traçados acerca do Tribunal do Júri. A Revolução Francesa e seu ideal libertário vieram a concretizar a figura desse instituto e permear essa forma de julgamento em toda a Europa, sendo que em países de *common law*, era utilizado como única forma de julgamento.

No Brasil, o Júri já se encontrava expresso no Código do Império o Brasil de 1832, julgando, porém, apenas crimes de imprensa. A Constituição Federal de 1891 manteve a sua instituição e a carta de 1934, inclui o tribunal do Júri no Capítulo referente aos Direitos e Garantias Individuais. Apenas a Constituição de 1937, sob a influencia do estado Novo, silenciou acerca dessa instituição, sendo, no entanto restabelecida na Carta Magna de 1946. Assim permaneceu no ordenamento jurídico brasileiro e, hoje, vigorando a Constituição de 1988, esta concretizada sua importância, sendo considerada uma garantia fundamental (art.5, XXXVIII), envolta de caráter imutável e consubstanciada através dos princípios da plenitude de defesa, sigilo das suas votações, a soberania de seus veredictos e firmada sua competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

Para a doutrina pátria o Júri não é só uma criação jurídica, mais uma verdadeira criação política, referente aos governos constitucionais modernos e garantidor dos direitos do cidadão. “Apresenta o júri dúplice natureza: judiciária, como tribunal de julgamento, preso as formulações jurídicas pertinentes; e política, dada a sua conotação de instituição reveladora de direitos e garantias consagradas ao cidadão”. (STOCO, 2007).

Percebe-se que a permanência do Tribunal do júri é uma condição de garantia do cidadão, não podendo ser retirada do ordenamento jurídico, pelo fato de ser considerada constitucionalmente, uma clausula pétrea de fundamental

importância para o direito a liberdade, pois será julgado por seus pares, demonstrando o verdadeiro ideal de justiça da sociedade sem influencia de concepções técnicas preordenadas. Daí a crítica a posições que pretendem extinguir essa forma de julgamento. Na visão de Rui Stoco (2007):

Não se pode esquecer, nem olvidar que, segundo a concepção que inspirou o Tribunal do Júri em nosso País o julgamento daquele que comete crime grave contra a pessoa foi entregue ao homem comum e leigo, que estará representando e expressando, com seu veredicto, o sentimento de justiça de um povo e da comunidade a que pertençam acusados e julgadores. São os jurados que, desprezando as teorias, os conhecimentos específicos de Direito e os processos zetéticos de dedução e indução, apenas com a sua sensibilidade e bom senso, decidirão quais os valores morais e os comportamentos coletivos escolheram para si mesmos e para os demais membros da sua comunidade. Essa é uma afirmação da cidadania e do exercício da própria democracia, permitindo que o homem seja julgado por seus pares; mais que semelhantes, a expressão da moral do grupo e da vontade popular.

Por mais firmada que esteja a sua natureza jurídica de direito fundamental, de acordo com o passar dos tempos às instituições jurídicas devem se adequar aos novos padrões sociais, e também as novas formas de proteção às garantias já estabelecidas, pois sempre se pode encontrar uma forma de melhor concretização desses direitos. Nesse sentido, atualmente encontra-se tramitando no Congresso Nacional, um projeto de lei para reformar o já bastante remendado e desgastado Código de Processo Penal. Por ocasião deste projeto de lei o procedimento do Júri sofrera algumas das mudanças necessárias para a sua adequação a atual realidade jurídica do país.

O projeto de Lei nº 4.203/2001 que tramita no Congresso Nacional, apresenta uma proposta bastante inovadora e arrojada, seguindo a atual tendência garantista do processo criminal, para tornar mais célere e simplificado o procedimento do júri.

Destacam-se, de logo, alguns pontos, por exemplo: a redução da idade para ser jurado, que, pelo atual Código de Processo Penal, é de 21 anos, ficando reduzida, pelo Projeto de Lei, para 18 anos, adequando-se ao Código Civil de 2002.

Quanto à formação do Conselho de Sentença, o Projeto de Lei se adequa às normas constitucionais de 1988 e ao novo entendimento de unidade familiar

estendendo o impedimento de funcionar no mesmo Conselho as pessoas que mantenham união estável.

Quanto ao número de jurados que participarão da composição do Conselho de Sentença, sendo atualmente de vinte e um jurados, o Projeto de Lei, propõe o aumento do número para vinte e cinco jurados. Considerando o aumento proposto um grande benefício, aduz Fernanda Moura de Carvalho (2007),

Com esta majoração o que se pretende é garantir a imparcialidade do Conselho de Sentença e eliminar a possibilidade de intimidação aos membros do Conselho de Sentença, ou mesmo atuação das partes no sentido de viciar de alguma forma a convicção dos jurados.

Como consequência da majoração do número de jurados para o Conselho de Sentença, aumentou-se também de quinze para dezenove o quorum mínimo para ter lugar à sessão de julgamento.

O relatório produzido pelo juiz presidente quando do julgamento propriamente dito, através da proposta trazida pela lei 4.203/01, poderá ser efetuada antes mesmo antes da sessão em plenário, adequando-se a celeridade proposta pelo novo projeto. Nesse sentido, a autora afirma:

Assim, a teor do art. 423, do novo Projeto, o juiz, após deliberar sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do júri, adotadas as providências cabíveis, confeccionará relatório sucinto, ocasião em que determinará também a inclusão do feito em pauta de julgamento

O Projeto de Lei, também exclui da apreciação do Conselho as provas produzidas em fase de inquérito policial. Essa inovação caracteriza-se como medida de comprovação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que nessa fase inquisitória, esses direitos são muitas vezes inobservados ou mesmo inexistentes. "Instruirão, o feito, apenas, as provas antecipadas, cautelares ou irrepetíveis" (CARVALHO, 2007).

Elimina-se assim, a possibilidade de os jurados se deixarem influenciar por elementos que não obedeceram a princípios e requisitos mínimos de um processo penal garantista.

Outro aspecto do Projeto de Lei é que do procedimento do Tribunal do Júri foi retirado o libelo, peça confeccionada pelo Ministério Público. A autora informa:

Pela nova legislação que se encaminha para votação e aprovação, o juiz presidente do Tribunal do Júri, após recebimento do processo para julgamento, intimará as partes, Ministério Público, ou querelante, defensor, para, no prazo de cinco dias, apresentarem, se assim o quiserem, rol de testemunhas de plenário e requererem outras diligências.

Observe-se também, que o número de testemunhas em plenário aumentou de cinco para oito, cujas oitavas, desde que requerida pelas partes, poderá se proceder em plenário. Desta forma, valoriza-se o contraditório e a plenitude de defesa, pois os jurados poderão intervir na formação que serão efetivadas diante deles. Ressalte-se também que o Projeto inova, acertadamente, para admitir a inquirição diretamente, tanto do próprio réu como das testemunhas em plenário, pelas partes, Ministério Público, assistência, querelante e defesa, concretizando o novo aspecto célere do procedimento em plenário.

Outra inovação é a possibilidade de realização da sessão de julgamento diante do não comparecimento à sessão de acusado que esteja solto. Está aí consignada a garantia de o acusado deliberar a cerca de seu comparecimento ou não, privilegiando o seu direito a autodefesa e a sua dignidade, pois não deixa de ser uma situação vexatória para aquele que está sendo submetido a júri popular, posto que a sociedade ainda impõe uma característica estigmatizante a este.

Quanto à quesitação, uma das principais mudanças em relação à legislação atual, é a simplificação das perguntas feitas aos integrantes do júri. Primeiramente, serão feitas três perguntas: uma sobre a materialidade do fato (se o crime ocorreu ou não); a segunda sobre a autoria (se o acusado foi autor ou participou do crime) e a terceira sobre a condenação (se o jurado absolve ou condena o acusado).

Sendo a maioria das respostas em favor da condenação, outras duas perguntas são feitas sobre causas de diminuição de pena ou de agravantes.

A nova sistemática pretende além de tornar a votação mais simples e fácil para os jurados, diminuir a possibilidade de recursos de anulação do julgamento com base em erros nessa fase de questionamento.

Outra inovação trazida pela lei 4.203/01, foi à estipulada em seu artigo 411, remetendo o interrogatório do réu, na primeira fase do procedimento do Júri, para depois de ouvidas as testemunhas da defesa, e não mais no início do procedimento. Essa substituição demonstra o caráter defensivo do interrogatório, posto que sua colocação após a defesa, o constitui como ato desta.

Outras alterações foram propostas por esse projeto de lei, mas através das aqui citadas pode-se verificar a importância trazida por tal projeto, que não se constitui em outro propósito senão o da adequação ao texto constitucional vigente, demonstrando que a teoria minimalista garantista de um direito penal e processual penal que cumpra sua função dentro da sociedade esta mais do que firmado na busca da defesa das garantias fundamentais.

Diante das mudanças, sejam as já implementadas, sejam as que estejam por vir, louvável é a preocupação do legislador pátrio, ao tentar por em pratica um sistema ético-jurídico, que tem possibilidades reais de transformação do atual sistema penalístico brasileiro. A falta de esperança da sociedade nesse ideal de mudanças, tem que ser ultrapassado e demonstrado na pratica que diferenças, por menores que sejam diante de toda problemática existente, constituem um enorme passo para uma alteração significativa a longo prazo.

Os exemplos aqui estabelecidos servem como demonstração no âmbito pratico, das teorias e conceitos propugnados no decorrer desse estudo, punindo com menor gravidade crimes que ferem bens jurídicos de menor importância social; surgimento de novos meios de solução de conflitos penais; estabelecimento de defesa publica para os menos abastados economicamente; transformação de meros atos processuais em ferramenta de defesa; e valoração de garantias fundamentais como o contraditório, a ampla defesa, a individualização das penas e ao respeito a dignidade da pessoa humana, concretizando mais uma vez, a esperança da total adoção futura de um sistema minimalista garantista de defesa dos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Esses direitos podem ser definidos tanto como aqueles que dizem respeito aos direitos básicos que o indivíduo, natural e universalmente, possui em face do Estado e ainda, como direitos considerados fundamentais quando o direito vigente em um país assim os qualifica, estabelecendo regras para sua efetiva observância.

Seriam os direitos referentes à condição do indivíduo enquanto ser humano, que, portanto, se estendem a toda humanidade, em todos os lugares, sem limitação temporal e territorial. Estes direitos se pautam em um direito natural, e não necessitariam para o seu surgimento, de uma codificação, necessitam porém do direito positivo para que sejam reconhecidos e declarados, em razão de serem verdadeiros direitos universais, essenciais da existência humana.

O reconhecimento dos direitos fundamentais adveio de uma luta social constante, durante toda trajetória histórica da humanidade. A partir do reconhecimento estatal, os preceitos fundamentais entraram para um rol selecionado no ordenamento jurídico, e mesmos os que permaneceram implícitos, trazem em si uma fonte protetiva da existência humana.

O Direito acolheu esses preceitos, e por assim proceder, tornou-se o responsável por sua proteção e aplicação. Agiria, pois, a *contrario sensu*, se descumprisse com esse papel. Sendo o Direito Penal uma de suas subdivisões, deve estender essa proteção para o seu campo de atuação. No entanto, dura é a tarefa do Direito Penal, pois se tem como dever prevenir o crime, também possui a árdua missão de reprimir-lo, e essa repressão muitas vezes foge a observação dessas garantias.

Contudo, a repressão do direito de punir, não quer dizer essencialmente, que o ideal garantidor tenha que ser descumprido para que a atuação daquele seja eficaz. A pena é uma medida necessária para repreender determinadas condutas que se tornaram nocivas ao convívio pacífico, no entanto, deve ser justa e proporcional, para que não venha a desrespeitar o seu principal objetivo, a reabilitação do agente, com observância de todos os seus direitos, sendo assim instrumento de sua inserção ao normal convívio em sociedade. Antes de ser

repressor, o Direito Penal deve atender a sua característica de prevenção do crime e análise da situação fática, para que possa balancear o seu grau de intervenção, impedindo dessa forma a utilização de uma pena dura a uma situação que fugia a sua responsabilidade. Esse balanço é fundamental, pois partindo dessa idéia, o Sistema Penal pode identificar quais são as situações que mais necessitam de sua intervenção, e dessa forma diminuir a seu caráter repressor.

Nesse contexto, o presente trabalho procurou demonstrar o quão importante são os direitos fundamentais, dentre eles, principalmente, a dignidade da pessoa humana, no embasamento e transformação do defasado sistema penal, fazendo do respeito a esses direitos a principal fonte de observação dos fenômenos jurídicos penais. Para se chegar a essa possível solução, o trabalho orientou-se por teorias que tinham em sua fundamentação tanto o aspecto de intervenção mínima do Direito Penal, de uso moderado de sua reprimenda, possibilitado através do Direito Penal Mínimo; como pelo aspecto humanitário de proteção ao cidadão, através da Teoria Garantista, que por meio de seu modelo para adoção de um sistema mais protetor dos preceitos fundamentais, serviu de sustentáculo para essa mudança proposta.

Certo é que alguns pontos foram mais privilegiados que outros; esta escolha, no entanto, foi de suma necessidade visto que o trabalho em epígrafe, não tinha por objetivo dar conta da total vastidão e amplitude atribuída ao sistema jurídico penal pátrio. Entendendo de forma contrária, poderia se estar atribuindo ao estudo um caráter pretensioso, e essa não foi a intenção.

Deixou-se evidente, com esta pesquisa científica que o Direito Penal era demasiadamente, inquisidor e cruel em sua função repressiva, fazendo do sofrimento do réu, espetáculo de horrores para a sociedade. A pena era vista, pura e simplesmente como veículo necessário de aplicação de um castigo que deveria ser posto em prática, retribuindo o mal com o mesmo rigor. Nesse sentido, o estudo demonstrou a urgência, da qual padecia o Direito Penal, de uma justificativa para a sua aplicação, restringindo assim sua atuação e determinando-lhe uma função capaz de diminuir o seu terror. Por meio da necessidade de explicação de sua função, foram avaliadas as teorias de legitimação do direito de punir hora existentes, que, ao final da avaliação, não conseguiam de forma coerente justificar aquela.

Diante dessa problemática, mostrou-se a necessidade do estudo dos movimentos de política criminal, que tendo como propósito a demonstração das práticas penais e suas finalidades, auxiliou, com a exposição dos movimentos que a

compunham, ou seja, o movimento de Lei e de Ordem, o Abolicionismo Penal e o Direito penal Mínimo ou minimalismo Penal, a melhor proposta para uma nova visão do Direito Penal.

Ficou claramente evidenciado, que após a exposição da corrente do Minimalismo Penal, com toda a sua apresentação principiológica basilar, e seu modelo de intervenção penal, somente com relação aos bens jurídicos estritamente necessários, que esta seria a melhor escolha a se atrelar como nova dogmática penal.

Nesse aspecto, foi construída, em um primeiro momento, uma perspectiva minimalista do Direito Penal, visando à diminuição da criminalidade, através da intervenção mínima desse direito, restringido apenas aqueles bens de maior relevo para o corpo social e realçando o caráter ressocializador da pena, evitando-se condenações desnecessárias, por fatos de menos importância.

Em uma segunda ocasião, foi retratado, como embasamento teórico a doutrina pós-positivista que possibilitou o processo de normatização dos princípios e a valorização da dignidade humana, refletindo na concepção de uma Teoria Garantista que incidisse em todo o sistema penal e no ordenamento jurídico como um todo, possibilitando, com a exposição de suas três concepções, a adoção de um ideal garantidor e protetor dos direitos e princípios essenciais à existência humana. A Teoria Garantista pautada no princípio da legalidade e reavaliando o conceito de validade, trazendo o respeito tanto do ponto de vista formal da norma quanto em seu aspecto substancial, possibilitou um meio de legitimação da atuação estatal, e a observação pelo legislador de uma técnica legislativa consubstanciada em garantias constitucionalmente estabelecidas.

Por fim, através de um processo penal também garantidor e de um juiz participativo e observador dos ideais de proteção dos indivíduos, o presente estudo possibilitou a aplicação de um Direito Penal Mínimo e de uma Teoria Garantista na modificação legislativa penal e processual penal, demonstrando através de leis recentemente elaboradas, e de projetos de lei que esperam o aval do Congresso, um novo processo de transformação do sistema penal.

Essa motivação para a mudança do processo de elaboração legal, tendo nas garantias individuais um norte para a feitura de leis mais justas e humanitárias, possibilitará, a longo prazo, não uma solução absoluta, pois utopias não devem ser

estimuladas, mas uma diminuição considerável nas injustiças cometidas por aquele Direito penal clássico que fincou seriamente suas raízes na história.

A sociedade brasileira sofre um aumento significativo da criminalidade, e, cada vez mais, os crimes são cometidos com maior crueldade e desumanidade. Na maioria das vezes, a raiz do problema é a desigualdade social proveniente de um Estado que não conseguiu suprir os direitos constitucionalmente assegurados; em outras situações, a sociedade preconceituosa que teima em etiquetar certas classes e pessoas como criminosos natos, estimulam a revolta e motivam dessa forma o crime; em outras circunstâncias, a defasagem do cárcere, forma o indivíduo no crime que, ao retornar ao convívio social, deparando-se com a ineficácia estatal e o etiquetamento, põe em prática o que aprendeu na prisão. Ainda há casos que são provenientes da índole pessoal do autor, de um sentimento egoísta e cruel, que não tem motivo específico se não a vontade de desobedecer aos critérios institucionais de um Estado.

Assim, percebe-se que, além de um problema de deficiência estatal, esse problema também advém da índole pessoal, tanto da sociedade com sua discriminação, como do agente com seu caráter puramente egoísta, não podendo ser resolvido, simplesmente através da confecção de novas leis, mesmo que pautadas em garantias fundamentais. Daí dizer-se que o intuito desse estudo não foi solucionar de vez a problemática penal, e sim propor a permanência do ideal minimalista e garantista no modelo legislativo, que já está sendo verificado na prática, para que, através de uma política criminal de estudo da criminalidade, outros aspectos da origem do crime possam ser solucionados.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Wilson Rocha. *A normatividade dos princípios e a pós-modernidade*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>>. Acesso em: 02 dez. 2007.
- ASSUNÇÃO, Marlize Daltro. *Teoria geral do garantismo: considerações preliminares*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 970, 27 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8037>>. Acesso em: 02 dez. 2007.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2004.
- _____; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, Revan, 2006.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1995.
- BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 02 dez. 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2007.
- _____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2007.
- _____. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2007.
- _____. *Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2007.

_____. *Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/2003/L10.792.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2007.

_____. *Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007*. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2007/11464.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2007.

_____. *Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007*. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2007/11449.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2007.

_____. Congresso Nacional. *Projeto de Lei nº 4.203/2001*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=23107>>. Acesso em: 12 nov. 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Fernanda Moura de. *As mudanças no tribunal do júri: algumas considerações sobre o Projeto de Lei nº 4.203/01*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1401, 3 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9837>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A Defensoria Pública e a nova exigência do flagrante imposta pela Lei nº 11.449/07*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1419, 21 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9909>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA, Luís Eduardo Barros. *Composição civil no Juizado Especial Criminal. Abordagem prática. Renúncia condicionada ao direito de representação*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3102>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

FIGUEIREDO JÚNIOR, Francisco Trajano de. *Enrijecimento das penas no Brasil: alternativa ou farsa?*. In. Anais da I Semana Paraibana de Ciências Sociais e Filosofia. Campina Grande, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Alterações da Lei 11313/2006*. In. Material da 1ª aula da Disciplina Processo Penal: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual: Grandes Transformações - UNISUL - REDE LFG, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Interrogatório como meio de defesa*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista*. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NOGUEIRA, Fernanda Arcoverde Cavalcanti. *Descumprimento da transação penal*. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2941>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2006. ✍

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2006. Ⓞ

STOCO, Rui. *Origem Remota do Tribunal do Júri e Direito Comparado*. In: *Material da 7ª aula da Disciplina Processo Penal: grandes transformações*, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual: Grandes Transformações - UNISUL – REDE LFG, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básico do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

VAZ, Paulo Junio Pereira. *Lei dos crimes hediondos e suas recentes alterações: aspectos polêmicos*. In Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1585, 3 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10574>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: RT, 2005.