

7

O discurso Jurídico-Penal sob a ótica constitucional: os direitos fundamentais como limite à violência e ao arbítrio punitivo estatal *The Penal Law speech in the constitutional optics: the fundamental rights as limits to violence and to state punitive will*

ADRIAN BARBOSA E SILVA

Acadêmico do quarto período do curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – Cesupa; estagiário da Defensoria Pública do Estado do Pará, atuando junto ao Núcleo Avançado de Atendimento Criminal – Nacri, na Central Criminal de Flagrantes

RESUMO

Conhecendo o expansionismo do poder punitivo estatal e a consequente perda da legitimidade do sistema penal na atualidade, o Direito Penal se torna legítimo à medida que é interpretado conforme a Constituição. Neste sentido, o presente artigo busca demonstrar que o limite para o poder punitivo estatal se encontra na garantia de direitos fundamentais, de forma que, através do equilíbrio entre liberdade e segurança pública, o Direito Penal seja concebido como um sistema racional de minimização tanto da criminalidade quanto do arbítrio punitivo estatal.

Palavras-chave: direito penal, constituição, direitos fundamentais, liberdade e segurança pública, proporcionalidade.

ABSTRACT

Knowing the expansionism of state's punitive power and the consequent waste of legitimacy of penal system in the news, the Penal Law becomes legitimate during the time that is interpreted according to the Constitution. In this sense, the present article aims to demonstrate that the limitation of state's punitive power is the guarantee of fundamental rights, so that through the balance between freedom and public security, the Penal Law be understood as a rational system of minimization of both criminality and state punitive will.

Keywords: penal law, constitution, fundamental rights, freedom and security, proportionality.

1. INTRODUÇÃO

Os processos de expansionismo do poder punitivo do Estado e suas trágicas e ilegítimas consequências na atualidade tornam necessária uma abordagem crítica sobre qual o papel a ser desencadeado pela política criminal e, portanto, pelo discurso jurídico-penal adotado em face da atual conjuntura do Estado democrático de direito. Como é cediça, a constitucionalização do Direito como um todo torna válida a atuação de qualquer ramo jurídico se – e somente se – este estiver de acordo com as normas e os princípios atinentes à Constituição Federal. Neste sentido, qualquer norma infraconstitucional contrária à norma fundamental, no exercício do controle de constitucionalidade, deverá ser banida ou invalidada do ordenamento.

O presente trabalho procurará mostrar, ao longo de seu desenvolvimento, que a atuação do Estado na atualidade, fazendo valer o seu *ius puniendi* e o seu *ius punitivis*, acaba por transgredir os limites de sua atuação explícitos e implícitos na Constituição, que são os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos, sejam eles cidadãos livres, sejam presos. Portanto, a violência e a arbitrariedade da atuação estatal não se resumem à atuação das agências policiais no meio social, mas também à atuação das agências penitenciárias que não instituem condições mínimas de humanidade em seus estabelecimentos para que um interno possa cumprir sua pena de forma digna.

Outrossim, não se pode negar a possibilidade de haver arbitrariedades atentatórias aos direitos individuais na atuação do legislador infraconstitucional no momento da criação de normas penais incriminadoras (que estão limitadas pelos bens jurídicos mais importantes ao convívio social), no processo de criminalização primária, e dos juízes, nos processos de criminalização secundária, ao estabelecerem penas desproporcionais aos delitos.

Em suma, o objetivo é trazer a lume a necessidade de um equilíbrio entres os direitos individuais e a atuação punitiva do Estado, sob pena de que, se valorado um direito em detrimento do outro, ou haverá violência em níveis exorbitantes na sociedade ou uma desestruturação de todo o ordenamento jurídico com a violação dos direitos fundamentais por conta das arbitrariedades do Poder Público.

2. A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O DIREITO PENAL

A Constituição Federal de 1988 é a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as “normas fundamentais” do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 2010: 45). Uma vez considerada a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, apresenta a

chamada “rigidez constitucional”, ou seja, é a norma que possui maior dificuldade para ser modificada quando posta em comparação com as demais. Esta rigidez torna possível a hierarquia entre dispositivos normativos e subleva a Constituição ao vértice do ordenamento, elencando-a como fundamento de validade para todas as demais regramentos, ou seja, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se mantiverem conformidade com as normas da Constituição Federal (SILVA, 2010: 46). Também conhecida como o fenômeno da “constitucionalização do Direito”, esta supremacia:

(...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2005).

Desta forma, para que se possa compreender a validade e os limites da atuação do Direito Penal e do poder punitivo do Estado, faz-se necessária uma interpretação de acordo com os preceitos e princípios constitucionais, o que quer dizer que o Direito Penal, compreendido na atual conjuntura do Estado democrático de direito, tal como a Constituição, deve, acima de tudo, ter como fundamentos de validade a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), os direitos fundamentais (artigo 5º da CF) e todas as outras garantias constitucionais.

A Constituição Federal tutela direitos fundamentais do homem e também o funcionamento dos órgãos da soberania nacional. Com isso, estabelece limites às normas punitivas que o legislador deva promulgar, pois serão inconstitucionais as leis que violarem as fronteiras traçadas pela Constituição (MARQUES, 2002: 40).

A Constituição estabelece um rol de direitos fundamentais, de tal maneira que, referir-se a um “direito penal garantista” em um Estado de direito é uma “redundância grosseira”, porque nele não pode haver outro Direito Penal senão o de “garantias”, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é “partidário de garantias” (ZAFFARONI, 2007: 173). Eis então a importância da Constituição para o presente estudo: é esta a responsável pela garantia de direitos fundamentais e consequente limitação do poder estatal, na medida da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF). Nas precisas lições de Zaffaroni (2007: 187):

A melhor garantia de eficácia do Direito Penal – até onde ela pode ser exigida – é o respeito aos direitos fundamentais. Sua violação obscurece qualquer intervenção penal, descredita-a, uma vez que cria dúvidas sobre a sua correção, com o agravante de que essas dúvidas podem facilmente descambar em

impunidade, pela via de inconstitucionalidades, nulidades, revisões extraordinárias etc.

Para que se possa compreender melhor a interatividade normativa entre Constituição e o discurso jurídico-penal, é necessário que haja sumariamente uma compreensão dos limites inatos ao próprio Direito Penal antes do teste de constitucionalidade, que se verá a seguir.

3. CONSTITUIÇÃO, PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL E BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO

À dogmática jurídico-penal da pós-modernidade brasileira incumbiu-se a função de tutelar os bens jurídicos mais importantes para a vida harmônica em sociedade. Bens jurídicos estes tão importantes que nenhum outro ramo do Direito se encontra apto a proteger, a ponto de serem considerados insuficientes em face do Direito Penal. A despeito de toda celeuma envolvendo os diversos conceitos de bem jurídico, no presente trabalho adotar-se-á o conceito do professor alemão Claus Roxin (2009: 18), que está diretamente relacionado com os direitos individuais e a atuação punitiva do Estado:

Podem-se definir os **bens jurídicos** como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida **segura e livre**, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (Grifo do autor)

Esta proteção se materializa com as penas, que são os instrumentos de coerção dos quais o sistema penal se vale para que haja garantia de tutela de tais bens. Quanto à escolha sobre quais devem ser os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, a política criminal de cada época é a definidora da seleção dos comportamentos a serem punidos, com a conseqüente valoração dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados (GRECO, 2009: 11). Há, portanto, liberdade política na escolha dos bens jurídicos; contudo, o legislador não pode selecioná-los de forma arbitrária, mas conforme o seu poder discricionário, na medida em que tal liberdade de escolha se encontra limitada pela obrigatória observância dos princípios penais fundamentais (GRECO, 2009: 17), das normas constitucionais e das constantes transformações dos valores e interesses sociais, já que, tal como a sociedade, o Direito Penal deve ser uma ciência dinâmica, de forma que deixe de criminalizar bens que, com o passar das décadas, não se mostrem dignos de relevante atenção penal como até então eram recepcionados, ou, ao contrário, passe a criminalizar condutas que, com a transmutação social, adquiriram importância considerável.

Neste sentido, faz-se importante o já mencionado conceito crítico-legislativo de Roxin (2009) já que sua finalidade é a de limitar a atuação do legislador na medida dos parâmetros de punições legítimas, conforme a função social do Direito Penal¹.

As fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos (ROXIN, 2009: 16).

Para que tais pressupostos de limitação ao arbítrio punitivo estatal sejam satisfeitos, como já dito, o legislador deve, no momento do delineamento dos bens jurídico-penais e da tipificação das condutas atentatórias aos mesmos (logo, matéria relevante de interesse penal), se submeter aos limites impostos pelos princípios gerais do Direito Penal e à Constituição, a fim de encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade civil individual possível (ROXIN, 2009: 17).

Portanto, de acordo com os princípios gerais do Direito Penal, a atuação do legislador deve estar amparada na mínima intervenção possível do Direito Penal (tal deve ser entendido como a *ultima ratio* – quando todos os outros ramos forem incapazes de atender à resolução do litígio), de modo que, segundo a norma penal, os bens jurídicos selecionados pelo legislador não poderão ser ínfimos, de menor importância, mas tão somente os de maior importância que venham a comprometer a harmonia e o convívio social (princípio da intervenção mínima), tais como as condutas atentatórias a bens que não sejam considerados de grande monta, e, portanto, de uma irrelevante e quase desprezível violação de algum bem (a exemplo os “fatos de bagatela”). Tais condutas devem ser consideradas atípicas (atipicidade material), já que não há uma real lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal (princípio da insignificância).

A este turno, as condutas que não extrapolem o âmbito do próprio agente, como a cogitação da possibilidade de se cometer uma conduta delituosa, por exemplo, não poderão ser punidas, a menos que o sujeito ingresse nos atos de execução deste objetivo, porque, desta forma, poderá haver perigo concreto ou a real lesão

¹ Quanto à limitação dos poderes do legislador, Paulo Bonavides (2003: 436) foi claro: “Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais.”

do bem tutelado (princípio da lesividade). Vale lembrar que o legislador só pode, com a vigência da norma penal, punir condutas atentatórias a bens jurídicos, o que veda, em atenção a qualquer vaidade do legislador, que o Direito Penal venha a interferir no âmbito das condutas que não estejam conforme a moral.

Ainda nesta linha de raciocínio, atento às mudanças sociais, logo, aos costumes e ao pensamento político-cultural da sociedade, profere o princípio da adequação social que as condutas que estiverem de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada, ainda que presentes nos tipos penais, não serão consideradas típicas, já que a própria sociedade as considerou como inerentes ao seu meio vivencial, ainda que possam violar qualquer parâmetro imperativo moral. Em outras palavras, o legislador não poderá incriminar as condutas que a sociedade passou “aceitar” como não crimes, ou seja, condutas que estejam em perfeita sintonia com o sentimento social, a ponto de não serem mais vistas como merecedoras de sanções de caráter jurídico-penal.

A bem da verdade, a noção de “desclassificação social” da conduta delituosa para um indiferente penal está condicionada à discricionariedade do legislador, valendo de nada o clamor social com a ausência de uma mudança legislativa, já que, vale lembrar, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Não se deve esquecer que uma lei só pode ser revogada por outra lei (artigo 2º, *caput*, da LICC²); logo, a descriminalização da conduta só poderá ser utilizada como justificativa de defesa no momento em que outra lei for criada, tornando-a um indiferente. Desta forma, este princípio serve de parâmetro para o legislador em dois pontos: orienta-o quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, a fim de proteger os bens jurídicos mais importantes, e o ajuda a repensar os tipos penais e a retirar do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade (GRECO, 2009: 58).

Além de todos os princípios supracitados, há um princípio de natureza constitucional (vê-se aqui a Constituição também como limite à atuação do legislador) que serve de norte e orienta todos os demais, sobretudo subordina-os a estar compatíveis ao mesmo. É o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), abordada nas elucidativas palavras de Rogério Greco (2010: 59):

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional

² Lei de Introdução ao Código Civil.

estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflagrante, a exemplo dos açoites, mutilações, castrações etc. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada).

Em suma, a atuação do legislador condicionada à função jurídico-penal de proteção dos bens jurídicos mais importantes deve estar conforme com os princípios gerais penais e constitucionais, além da efetiva compreensão do âmbito sociocultural que for de competência legislativa, já que, segundo Roxin (2009: 27), “uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos”. Ou seja, a delimitação do bem jurídico-penal por meio de uma conceituação crítico-legislativa é de suma importância para que o Poder Legislativo esteja limitado (inclusive limitado à produção excessiva de normas penais incriminadoras [já que só poderá haver normas penais incriminadoras às condutas atentatórias aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade], conhecida como “inflação legislativa”³) e, conseqüentemente, o poder punitivo estatal, com o intento de que não haja arbitrariedades que contrariem a democracia.

4. A VIOLÊNCIA POLICIALESCA E O ARBÍTRIO PUNITIVO DO SISTEMA PENAL: SELETIVIDADE, AUTORITARISMO COOL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Os sistemas jurídico-penais da atualidade, sobretudo os da América Latina, vêm sofrendo uma verdadeira crise de perda de legitimidade, seja quanto à forma de atuação, seja quanto à estrutura institucional. A problemática não se configura apenas com a excessiva violência praticada pelas agências policiais (na atuação do “Estado de polícia”) com o pretexto de garantir a segurança pública aos cidadãos sem qualquer respaldo legal, mas também nos tribunais, com os magistrados cominando penas desproporcionais, com *quantum* excessivo ao delito praticado ou, ainda, prolatando decisões de forma arbitrária (e não discricionária) sem observação aos pressupostos empíricos típicos acusatórios. Também nos estabelecimentos penitenciários, com a violação dos direitos do preso e a desumana

³ Quanto à excessiva produção de normas penais incriminadoras como tentativa frustrada de redução e/ou extinção da criminalidade na sociedade por parte do Estado, prelecionou Rogério Greco (2010: 147): “a transformação do Estado Social em Estado Penal foi a mola propulsora do processo de **inflação legislativa** que nos aflige atualmente. O Direito Penal simbólico se transformou na ferramenta preferida dos nossos governantes, sendo utilizado com a finalidade de dar satisfação à sociedade, em virtude do aumento da criminalidade.” (Grifo do autor)

qualidade das celas, que não propiciam condições mínimas ao cumprimento da pena com dignidade e, ainda assim, acabam por violar uma das funções da pena, qual seja, a ressocialização, tornando o egresso um novo “cultuador” da subcultura carcerária do crime. Portanto, se trata de uma violência múltipla aos cidadãos livres e aos presos, por parte do Poder Público. Arraigado à questão, Luigi Ferrajoli (2010: 319) foi bastante conciso ao dizer que:

A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina “justiça penal”, e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos.

A atuação das agências de polícia e o exercício arbitrário do *ius puniendi* por parte do Estado reforçam cada vez mais a implantação de políticas criminais de Direito Penal máximo⁴, relegando à atividade policial o “poder-dever” de extinguir a criminalidade, prejulgando toda a sorte de acusados (até mesmo os suspeitos de terem violado bens jurídicos de mínima relevância – ainda assim, como saber se os acusados em questão são, de fato, criminalmente responsáveis pela violação de algum bem antes de sua sentença penal condenatória transitada em julgado?) ainda na fase inquisitória do processo, além de violar as garantias fundamentais do indiciado.

Já se tornou praxe e, de notório conhecimento de todos, a violenta atuação interventiva da polícia, que faz o possível, a despeito de qualquer violação aos direitos e às garantias fundamentais, para que o suspeito/acusado possa receber sua “devida” sanção. O que é esquecido neste atuar da polícia, baseado estritamente na presunção, também na maioria das vezes, é que, nem sempre o suspeito/acusado é um criminoso ou, ainda que seja, não está defeso de seus direitos, principalmente do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF), da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CF) e, sobretudo, da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF),

Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes o que se faz é desrespeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia (SILVA, 2010: 777), violando uma série de garantias e direitos constitucionais previstos no artigo 5º da CF, tal

⁴ Luigi Ferrajoli explicou este modelo de política criminal: “o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela **incerteza** e **imprevisibilidade** das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.” (2010: 102).

como os já supracitados, além da inviolabilidade do lar (XI), quando sem ordem judicial; da inviolabilidade do sigilo de correspondência (XII), quando sem ordem judicial; da prisão somente em casos de flagrante delito ou com ordem judicial (LXI); da comunicação da prisão ao juiz, família e/ou pessoa indicada pelo preso (LXII); do “relaxamento” da prisão ilegal (LXV); e muitos outros. A Constituição, já antevendo a possibilidade da atuação ilegal e abusiva do poder punitivo, por parte destas entidades, instituiu o *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII) como remédio à violação do direito de liberdade individual.

No exercício do poder punitivo, o Estado opera segundo a “seletividade do sistema penal”, que surge da necessidade de o Estado selecionar os limites de sua atuação punitivo-repressiva. Esta seletividade está dividida em criminalização primária e secundária. Na criminalização primária, o Estado seleciona determinados comportamentos existentes no meio social, em tese ofensivos a bens jurídicos, proibindo-os ou impondo-os sob a ameaça de uma sanção de natureza penal, mediante uma lei por ele formalmente editada; já na chamada criminalização secundária, o Estado fará valer o seu *ius puniendi*, investigando, processando e, por fim, condenando ao cumprimento de uma pena o transgressor da lei penal editada anteriormente ao comportamento delitivo (GRECO, 2010: 141).

Decerto, todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (Estado) selecionam um reduzido número de pessoas que se submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena (ZAFFARONI *et al.*, 2003: 43), até porque, como já explanado no tópico anterior, segundo o princípio da intervenção mínima e da teoria do bem jurídico, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, punindo somente as condutas atentatórias aos bens jurídicos relevantes, geradoras de prejuízos para a vida em sociedade, já que, nas precisas lições de Rogério Greco (2010: 143): “todos nós, mesmo que sem noção, praticamos crimes quase que diariamente. Se fôssemos levar a ferro e fogo a aplicação de todos os tipos penais, não haveria ninguém para apurar o fato criminoso, tampouco julgar o autor do delito”, já que todos estariam presos. Portanto, é necessária a seletividade que o Direito Penal realiza sob este enfoque; no entanto, a seletividade secundária (qual seja, a seleção penalizante das pessoas no caso concreto), não pode se deturpar, como acontece na atualidade. Segundo Zaffaroni (2007: 71):

Pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um Direito Penal de **periculosidade presumida**, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal a maior parte da população encarcerada.

Sendo assim, a seletividade não somente ocorre quando da criação e da aplicação da figura típica criminosa. Essa escolha, infelizmente, também recai no

momento da execução da decisão condenatória do Estado, haja vista que nem todos os condenados cumprem suas penas (GRECO, 2010: 144). Tal constatação leva à conclusão de que muitos dos que esperam sentença condenatória, cumprindo pena em prisão cautelar ou preventiva por anos, após o recebimento desta condenação, já efetivamente cumpriram o *quantum* total de sua pena no período em que permaneceram na prisão cautelar; outros, uma vez condenados, passam a cumprir apenas a diferença restante de sua pena nas penitenciárias; afora outros, que são efetivamente absolvidos⁵. Uma total transgressão constitucional ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CF).

Impor a um homem uma grave pena, como é a privação de liberdade, uma mancha em sua honra, como é a de haver estado na prisão, e isso sem que fosse provado que ele é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é algo que está muito distante da justiça (ARENAL, 1877: 12 *apud* ZAFFARONI, 2007: 113).

O problema se dá pelo fato de a seletividade secundária ser extrapolada a tal ponto de criminalizar além do que é permitido, ou seja, ela vai além dos comportamentos atentatórios aos bem jurídicos mais relevantes para o convívio social. Há, na verdade, uma inversão do chamado Direito Penal do fato (em que há análise estrita do fato criminoso para se chegar a uma condenação) para o Direito Penal do autor (em que a punição é valorada por conta das características pessoais do indivíduo) no momento em que o processo de seletividade do sistema penal passa a identificar “estereótipos” para o criminoso em decorrência das atividades publicitárias e midiáticas, dando margem à criação de “inimigos” para o Direito Penal, o que caracteriza uma política criminal bastante semelhante à dos movimentos *Law and Order*⁶, comumente recorrentes na década de 1990, em Nova Iorque, nos Estados Unidos.

Este modelo de discurso jurídico-penal repressivo configurado pela atuação arbitrária e despótica das agências policiais e dos estabelecimentos penitenciários

⁵ Neste sentido, eis o artigo 5º, LXXV, da CF: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”, e, artigo 9º, n. 5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais (*sic*) terá direito à reparação”. Atendendo aos dispositivos, o STF já se posicionou quanto à prisão cautelar injusta (RE 385943/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 15/12/2009) declarando Responsabilidade Civil Objetiva do Estado (artigo 37, parágrafo 6º da CF) quanto à indenização do preso injustamente.

⁶ Rogério Greco aduziu: “resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.” (2010: 16).

que dão azo para a criação dos “estereótipos” do “inimigo” preestabelecidos pelas vias publicitárias, aplicado na América Latina, foi o que Zaffaroni (2007) chamou de “autoritarismo *cool*”⁷⁸.

O discurso *cool* se insere nesta região em sistemas penais invertidos, com prisões superlotadas de gente sem condenação, onde o aumento de escalas penais não representa penas mais longas, mas sim mais prisioneiros preventivos (porque se impede o desencarceramento) e o direito de execução penal é, em grande medida, uma utopia, inclusive formalmente aplicável a uma minoria quase insignificante de pessoas (ZAFFARONI, 2007: 74).

A formação do “estereótipo” na coletividade se dá quando os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como “os únicos delitos” e tais pessoas como “os únicos delinquentes” (ZAFFARONI *et al.*, 2003: 46), ficando os demais delitos ao desconhecimento tanto do sistema penal quanto da população, o que caracteriza uma verdadeira “cifra negra” ou “cifra oculta” da criminalidade, de modo que as agências policiais resolvem atuar com seu poder repressivo, direcionadas a estes “alvos”, que, por sua vez, passam a ser a mais famosa “clientela” dos sistemas penitenciários⁹. Ainda assim, o “inimigo” não é apenas um, e também não é sempre o mesmo. A mídia cria a figura do “inimigo” conforme seja mais favorável ao mercado, de modo que, em instantes, poderão ser os traficantes de drogas; em outros momentos, as organizações criminosas especializadas em sequestros para fins de extorsão, os estupradores ou, logo depois, qualquer outro. Decerto, quase todos os prisioneiros são tratados como “inimigos” no exercício real do poder punitivo. Desta forma, o estereótipo passa a ser o principal critério seletivo da criminalização secundária (ZAFFARONI *et al.*, 2003: 46).

O Direito Penal reconhece, portanto, dois polos ou tendências de suas regulações: a primeira é o trato com o cidadão, no qual se espera até que este

⁷ Segundo Zaffaroni: “É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora do lugar e para não perder espaço publicitário.” (2007: 69).

⁸ “Sua técnica responde a uma pesquisa de mercado, que vende o poder punitivo como uma mercadoria. Na medida em que se verifica o êxito comercial da promoção emocional dos impulsos vingativos, ela é aperfeiçoada. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso. Os **especialistas** que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são **palpiteiros** livres, que reiteram o discurso único.” (ZAFFARONI, 2007: 74).

⁹ “O Estado ainda não acordou para o fato de que ao Direito Penal somente devem importar as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade.” (GRECO, 2010: 143).

último exteriorize seu fato, para então, reagir de modo a validar a forma normativa da sociedade; a segunda é o trato com o inimigo, que é remotamente interceptado no campo preliminar e combatido por sua periculosidade (YAKOBS, 2009: 14).

O professor alemão Günther Jakobs (2009) fez a distinção entre o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo. No primeiro, seriam enquadrados os criminosos eventuais (cidadãos) e, portanto, estariam asseguradas as suas garantias fundamentais; já no segundo, estariam os criminosos contumazes (inimigos) com alto grau de periculosidade (atentatória ao próprio Estado) e, por conseguinte, devido a essa “condição”, receberiam tratamento penal diferenciado, de forma que a punição seria antecipada ao cometimento do delito (e nem por isso seria abrandada) e, simultaneamente, haveria uma flexibilização de seus direitos fundamentais enquanto preso, já que não se comportaram como “cidadãos”, mas antes como “estranhos” à sociedade.

Além do mais, nesta concepção, o bem jurídico-penal são as normas, ou seja, o simples descumprimento normativo, a despeito de algum bem jurídico ter sido violado, já é o suficiente para a consignação de um cidadão ou de um inimigo ao sistema penal punitivo.

Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra acontece com um direito legítimo dos cidadãos, mais precisamente com seu direito de segurança (YAKOBS, 2009: 22).

Neste íterim, advertiu Zaffaroni (2007: 18/ 172):

Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um **ente perigoso**.

E, ainda:

Na medida em que o Direito Penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como **inimigos** –, renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia.

Tratar o criminoso habitual e contumaz com “alto grau de periculosidade atentatória ao Estado” com a privação de liberdade (leia-se: sem garantias penais e

processuais penais – ou, sem a maioria destas garantias), antes mesmo que tenha cometido delitos (ainda que já tivesse cometido outros anteriormente), é violar a própria Constituição, já que o próprio princípio da igualdade (artigo 5º da CF) veda este tratamento diferenciado em cotejo com os demais criminosos eventuais. Isto significa que o Direito Penal não pode punir alguém que não exteriorizou alguma conduta (que praticou atos de execução de algum crime), visando a lesar algum bem jurídico (princípio da lesividade¹⁰) e, ainda por cima, não garantir direitos por tratá-lo como não pessoa, mesmo que esta medida seja excepcional, atenta contra um dos pilares fundamentais do Estado democrático: a dignidade.

No entanto, a violação das normas constitucionais por parte do poder arbitrário estatal não acaba por aqui. Ela não apenas ocorre no exercício do *ius puniendi*, mas também do *ius punitiois*, o direito-dever do Estado (a execução penal também é direito do condenado) em executar a punição cominada na fase anterior, após a seleção criminal.

Pautados na epistemologia dos elementos constitutivos de modelos de Direito Penal autoritários (portanto, antigarantistas), as sentenças prolatadas pelos juízes são, em uma sorte de oportunidades, muito mais de juízo penal potestativo do que cognitivo. Ou seja: verificam-se muito mais a autoridade e a arbitrariedade do juiz do que a presença de dados e comprovações empíricas dos pressupostos típicos acusatórios (verificação probatória) que de fato possam incriminar o réu, além de, muitas das vezes, a sentença estar maculada por valorações e concepções subjetivistas por parte do próprio juiz (que tem de se manter imparcial, segundo o princípio do juiz natural – artigo 5º, XXXVII e LIII, da CF – e do devido processo legal), que acabam por vincular o tipo objetivo do crime às qualidades e características pessoais do réu. Desta forma, a questão culmina, no caso de um réu “mau caráter”, em cotejo com a congênita periculosidade social, esquecendo-se do principal fundamento da instalação do processo, qual seja, a apresentação probante para confirmação da criminalização ou não do réu, por força de concepções pessoais que, ainda assim, se afastam do princípio da motivação das decisões judiciais.

A garantia do caráter retributivo da pena – em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado **de per si** mau, desviado, perigoso, suspeito, ou propenso ao delito etc. (FERRAJOLI, 2010: 339).

¹⁰ Vale ressaltar que, no crime de formação de quadrilha ou bando (artigo 288 do CP), o indivíduo que atua segundo este tipo não se encontra nos atos preparatórios, mas já nos atos de execução, haja vista ter realizado a conduta nuclear prevista no tipo “associar” com fins de cometimento de crime(s).

Fruto deste “caos decisionista¹¹”, além das prisões infundadas, são as penas despóticas desproporcionais e as consequências “naturais” da segregação no cárcere. Os conflitos de pensamento envolvendo a efetividade da pena privativa de liberdade se desenvolveram embrionariamente no Iluminismo, em 1764, essencialmente com o Marquês de Beccaria (2006: 50), ao predispor que:

(...) devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas.

Na atualidade, partindo deste mesmo entendimento, através de uma interpretação constitucional das penas em cotejo com os bens jurídicos, Luís Roberto Barroso (2005) asseverou que:

Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve **ir além** nem tampouco **ficar aquém** do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição.

Além de proporcionais ao delito, as penas devem ser cumpridas sem violação ao rol de direitos do preso, previstos nos incisos do artigo 41 da Lei de Execução Penal (LEP/Lei n. 10.792, de 1 de dezembro de 2003) e também de todos os demais direitos presentes na Constituição, já que o preso conserva a totalidade dos direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (artigo 38 do CP) (GRECO, 2009: 517).

A administração penitenciária, portanto, não pode, de forma alguma, minimizar os direitos e as garantias fundamentais do preso enquanto ser humano (sobretudo porque ele não deixa de ser um indivíduo titular de dignidade¹²), pois, ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais (FERRAJOLI, 2010: 313).

¹¹ O Decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos (comprovação probatória) e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas decisões a pretexto da prevenção e da defesa social.

¹² “(...) o Estado, quando faz valer o seu *ius puniendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal.” (GRECO, 2009: 517).

O preso, que sofre as consequências pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa que pode pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido, promíscuo, enfim, desumano, é em fugir e voltar a delinquir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajudá-lo (GRECO, 2009: 517).

No entanto, tratar esta questão em termos fáticos afasta a linha de trabalho aqui desenvolvida de forma grotesca do plano ideal e conseqüentemente, remete às duras violências que os presidiários sofrem (seja por parte dos policiais, seja dos agentes penitenciários ou por parte dos demais presos – lesões à incolumidade pessoal que acabam resultando, muitas das vezes, em homicídios) e às violações de seus direitos (higiene, trabalho, condições dignas de vivência etc., já que quase a totalidade dos presos se encontra em ambientes maculados por doenças, com péssimas condições de habitação e bem-estar). Isso acaba por resultar no estigma proveniente do cárcere, e, portanto, quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil ela será (BECCARIA, 2005: 79), haja vista que, na maioria dos casos, nem se pode falar em ressocialização, mas dessocialização, já que:

Os termos “reeducação”, “reabilitação”, “regeneração”, “instrução” e outros comumente utilizados têm escasso significado, pois, uns e outros, tentam atribuir à função penal, em seu aspecto penitenciário, uma finalidade que não lhe é própria, conquanto se lhe exige algo que não pode realizar (CERVINI, 2002: 53).

Tal premissa é dada como verdadeira, admitindo-se o atual fracasso da ideologia do tratamento ressocializador¹³, que deve ser tratado sob um enfoque trilateral de participação, qual seja, da participação conjunta dos sistemas penitenciários, concedendo garantias de execução da pena privativa de liberdade de forma digna (garantindo os direitos do preso), dos particulares próximos ao prisioneiro, que são os responsáveis pelo cultivo de esperanças referentes ao retorno do preso à sociedade com promessas de vida, além da sociedade, com o papel fundamental de admitir que o indivíduo que cumpriu sua pena tem condições de ser novamente incluído ao meio social, sem qualquer espécie de tratamento diferenciado discriminador. Entrementes, se tais pressupostos de ressocialização não podem ser concretizados de maneira fática, abre-se margem ao acultramento do preso, devido ao fenômeno da prisonização, resultante da segregação nos ambientes carcerários.

¹³ O fracasso do sistema ressocializador não pode ser entendido de forma absoluta; para tanto, existem programas que buscam promover, em médio prazo, ações que tendam a minimizar o problema da reinserção social para os presos. Programas estes que são verdadeiros exemplos de real efetividade, a exemplo do projeto “Começar de Novo” (Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009), instituído pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponível no sítio: <<http://www.cnj.jus.br/comecardenovo/index.wsp>>.

O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de 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 eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama (CERVINI, 2002: 53).

E, por via de consequência, o ser humano deixa de ser tratado como tal, pois assume tratamento não correspondente ao que deveria receber como indivíduo titular de direitos, e se torna coisificado, comprometendo toda a ideologia da ressocialização e acabando de vez com as possibilidades de um retorno salutar à sociedade.

Coisificar o homem: pode haver fórmula mais expressiva de incivilidade? No entanto, é o que ocorre, nove a cada dez vezes, no processo penal. Na melhor das hipóteses, os acusados, encerrados em jaulas como animais no jardim zoológico, assemelham-se a seres humanos fictícios, não verdadeiros. E se alguém os considera verdadeiros humanos, parecem-lhe seres humanos de outra espécie ou talvez de outro mundo. É preciso dizer que quem assim pensa se esquece da parábola do fariseu e do publicano, na qual o primeiro dizia: “Eu não sou como este.” (CARNELUTTI, 2005: 5).

De fato, a teoria do Direito Penal do inimigo, conjugada com todas as formas de políticas criminais de Direito Penal máximo, é perfeitamente aplicável ao Direito Penal brasileiro, ainda que não sejam legítimas nem, portanto, inconstitucionais, são compatíveis com o que se vê na atual situação. A releitura que se deve fazer da dogmática jurídico-penal, atendendo aos princípios e preceitos normativos constitucionais, deslegitima a condição atual do Direito Penal, já que não atende à dignidade da pessoa humana e às garantias de direitos fundamentais, mas reforça cada vez mais a violência e o arbítrio punitivo estatal.

(...) atitudes aberrantes como a do absoluto e universal despreço que merece o infrator, ou políticas criminais agressivas e maximalistas, tais como cruzadas que pretendem utópica e ilegitimamente erradicar o crime e eliminar o próprio risco da desviação dirigindo os processos de socialização do cidadão, mediante uma presença asfixiante dos mecanismos do controle social, não parecem hoje compatíveis com os pressupostos axiológicos do Estado “social” e democrático de Direito. Muito menos com os de uma eficaz prevenção do delito e do ótimo rendimento do sistema legal (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA & GOMES, 2010: 366).

Quanto ao problema da perda da legitimidade do sistema penal, o brilhantismo, que é peculiar à Zaffaroni, se justifica:

O conteúdo ético do discurso jurídico-penal (que lhe devolveria a racionalidade perdida) seria fornecido por seu geral objetivo de limitar, controlar e reduzir o nível de violência no sistema penal, o que implica que o Direito Penal, concebido como o direito humanitário em conjuntura política, teria uma função político-criminal (de redutora de violência) como um passo rumo à utopia (ZAFFARONI, 2001: 213).

Simplemente porque, sob parâmetros constitucionais, um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do Direito Penal mínimo (FERRAJOLI, 2010: 318).

5. LIBERDADES INDIVIDUAIS VS. SEGURANÇA PÚBLICA (?): O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PREVENÇÃO DOS DELITOS E DAS PENAS ARBITRÁRIAS

Com toda a crise de justificação envolvendo as arbitrárias e violentas intervenções punitivas estatais antepostas nos tópicos precedentes, para que haja uma real legitimidade na atuação do Estado quanto à intersecção entre direitos constitucionais “liberdades individuais x segurança pública”, em sede de Estado democrático de direito, faz-se necessária uma interpretação conforme um dos princípios basilares de toda a ordenação constitucional (inclusive principiológica), qual seja, o princípio da proporcionalidade, de origem alemã. Quanto à importância deste princípio (implícito na Carta Magna) norteador da atuação jurídico-penal por parte do Estado, se posicionou Paulo Bonavides (2003: 436):

(...) o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade.

A problemática atual envolvendo o desequilíbrio entre as garantias individuais e a atuação do Estado, enquanto sistema de controle da criminalidade em âmbito social, se desdobra da tentativa frustrada, porém prosaica e costumeira, de legitimação de políticas criminais antigarantistas de Direito Penal máximo no contexto da prevenção baseada, em síntese, na presunção de periculosidade social, como já dito anteriormente.

Desta forma, atuando com este viés maximalista, a pretexto de que se acabe ou, pelo menos, se reduza ao máximo a criminalidade, o Estado acaba por transgredir os limites interpostos pela Constituição Federal que o legitimam. Do paradoxo ora

em questão, percebe-se que, na atualidade, o Estado pende e procura garantir consideravelmente o direito à segurança pública, em detrimento dos direitos e das garantias individuais.

Decerto, garantir segurança pública de forma ostensiva reduz, sem dúvida alguma, os níveis de criminalidade; no entanto, a força do “Estado policesco”, “assessorado” pelas vias midiáticas e pautado na presunção de periculosidade de determinados indivíduos (oriunda destas mesmas vias), atua com grande impacto ao, simultaneamente, criminalizar e punir de forma exorbitante, em detrimento de quaisquer garantias e direitos individuais, e mesmo injustiças que possam surgir, já que a segurança e a defesa social são seus intentos basilares.

Porém, no ordenamento constitucional brasileiro, não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Segundo Paulo Bonavides (2003: 434): “Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais”.

A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos (BONAVIDES, 2003: 435).

A efetiva operacionalidade do Direito Penal através de ostensiva segurança pública deve ser o objetivo da função policial; entretanto, a despeito de sua objetividade, é preciso adequar a polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-a para a obediência aos preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social (SILVA, 2010: 779). A adequação da polícia (Estado de polícia) à garantia de direitos fundamentais (Estado de direito) aparentemente constitui uma contradição; no entanto, através de uma análise sob a ótica constitucional, e, portanto, mais detidamente do princípio da proporcionalidade, que se traduz na consignação de equilíbrio entre direitos ou princípios, há a necessidade desta adequação. Robert Alexy (2008: 95) advertiu:

(...) a caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é perfeitamente possível. Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do Direito Penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado. Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização.

O juízo a ser realizado no momento da aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento norteador de resolução para a problemática em questão,

tal como no direito público alemão – também já utilizado de forma cogente pelos tribunais superiores brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal Federal – compreende três testes:

(...) o de adequação, o de necessidade e o de proporcionalidade em sentido estrito (que coincide com a exigência de ponderação com outros princípios colidentes). A ação do Estado que limita o gozo de um direito deve ser capaz de alcançar o fim desejado (adequação), ela deve ser o meio menos restritivo de fazê-lo (necessidade) e deve ser justificada dado o “custo” do direito em questão (proporcional em sentido estrito) (KLAUTAU FILHO, 2008: 102).

Desta forma, a consignação da proporcionalidade entre os direitos de liberdade e de segurança pública a ser observada pelo Estado deve alcançar o fim proposto, qual seja da limitação das arbitrariedades do Estado e também da contenção da criminalidade (adequação); deve se justificar diante da conjuntura do Estado de Direito, garantindo direitos de acordo com suas limitações (necessidade) e, também, assegurando ambos os direitos, sem escolher apenas um em detrimento do outro, segundo uma restrição equilibrada e necessária de cada direito (proporcionalidade em sentido estrito). Consoante o douto Paulo Klautau Filho (2008: 102), em sua leitura da proporcionalidade:

A proporcionalidade pressupõe que a ação do Estado seja direcionada para a busca de um fim legítimo. Se o fim for ilegítimo, nenhuma limitação de qualquer direito será justificável. Desse modo, qualquer ação estatal que seja proporcional em sentido estrito, que pese corretamente os ganhos alcançados pela medida em questão com os custos para outros interesses, deve, por definição, perseguir um fim legítimo. Se não for assim, não haverá ganhos para compensar os custos.

Portanto, o princípio da proporcionalidade conduz à interpretação de que, estando o Direito Penal submisso à Constituição Federal e, portanto, tendo que atuar segundo a mesma, o Estado deverá estabelecer um equilíbrio entre a garantia de direitos individuais e a garantia do direito à segurança pública, de forma que este paradoxo seja encarado como constitutivo às condições atuais. Em outras palavras, o Direito Penal, em face do Estado democrático de direito, deve ser encarado não apenas como um instrumento de controle da criminalidade, mas, sobretudo, como garantidor de direitos fundamentais, de forma que a legítima segurança somente ocorre quando estão assegurados os direitos de cada um (tanto dos cidadãos livres como dos presidiários) contra o próprio Estado e vice-versa, ou seja, os direitos individuais também não podem ser absolutos, tal como mostra a interpretação constitucional (segundo as análises fáticas do caso concreto). Exemplo deste absurdo seria a falta de qualquer punição (restrição ou privação de algum direito) ao criminoso após sentença condenatória transitada em julgado.

(...) a lei penal se justifica enquanto **lei do mais fraco**, voltada para a tutela dos seus direitos contra violência arbitrária do mais forte. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente a “necessidade política” do Direito Penal enquanto instrumento de **tutela dos direitos fundamentais**, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto **bens** que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições (FERRAJOLI, 2010: 312).

De fato, esta análise de proporção entre ambos os direitos é necessária sob a ótica constitucional, já que fundada no pilar fundamental do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, fazendo com que haja a prevenção de delitos e a prevenção de penas arbitrárias, de forma a legitimar a intervenção jurídico-penal, uma vez que se afigura, em primeiro lugar, o tratamento da pessoa humana conforme sua própria condição de ser humano.

6. CONCLUSÃO

Com tudo que foi exposto, está claro que, na atualidade, sobretudo na América Latina, e, mais detidamente no Brasil, o Estado perpassa por uma crise estrutural de legitimidade, no sentido de que o mesmo extrapola os limites de atuação do Poder Público interpostos pelos princípios gerais do Direito Penal e pelos preceitos normativos provenientes da Constituição Federal.

Atendendo-se à estrita vinculação hierárquica obrigatória do discurso jurídico-penal à Constituição, detentora da supremacia formal e material do ordenamento, o sistema penal se torna ilegítimo, com intervenções excessivas e inconstitucionais, na medida em que passa a violar os principais fundamentos do ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, quais sejam, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF) e os direitos e as garantias fundamentais (artigo 5º da CF).

Estas violações ocorrem por parte do Poder Público como um todo: na esfera judiciária, com os juízes que deixam de respeitar os estritos limites de seu poder discricionário e prolatam decisões emaranhadas de arbitrariedades e valorações (com atenção à pessoa do acusado, e não ao fato cometido) desamparadas de comprovações probatórias fáticas (ainda que não haja provas, presume-se a periculosidade do indivíduo e, portanto, visando à “defesa e segurança social”, ele é condenado), além de cominarem à pena em concreto um *quantum* desproporcional ao delito praticado (a exemplo dos “fatos de bagatela” ou de mínima violação a um bem jurídico); na esfera legislativa, com legisladores infraconstitucionais que desrespeitam os princípios gerais do Direito Penal mínimo e, sobretudo, da teoria

do bem jurídico, ao criarem cada vez mais normas penais incriminadores, propiciando um verdadeiro fenômeno de “inflação legislativa”; e, também, na esfera executiva, com as agências policiais e os estabelecimentos penitenciários que, por força do autoritarismo *cool zaffaroniano*, e do discurso popularesco imposto pela mídia, afiguram estereótipos do criminoso “inimigo” do Direito Penal e da sociedade, negando a eles, quando no cárcere, além de seus direitos como preso, o que lhes é de direito como pessoa – a dignidade.

Desta forma, enquanto existirem tratamentos punitivos e técnicas institucionais de prevenção que incidam sobre os direitos e as liberdades dos cidadãos, a sua justificação residirá, unicamente, no sistema de garantias penais e processuais que lhe assistirão (FERRAJOLI, 2010: 319), o que acontece se – e somente se – o Estado estabelecer, segundo a Constituição e seu princípio da proporcionalidade, atendendo aos três testes já mencionados (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), um real equilíbrio entre a garantia de direitos individuais e de segurança pública, equilíbrio este que tornará a intervenção punitiva estatal, na liberdade dos cidadãos e presos, legítima e constitucional. Caso contrário, ou os níveis de criminalidade se sublevarão de forma excessiva por conta de uma garantia extremada de direitos individuais e desídia com relação à segurança, ou os altos e descontrolados níveis de punição estarão fundados em um mar de injustiças e violações constitucionais ao serem os direitos individuais da pessoa sobrepujados.

A função do Direito Penal de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a “redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis” (ZAFFARONI, 2007: 172), concluindo-se que a tese de contrariedade entre direitos individuais e segurança pública não pode deixar de ser analisada à luz da Constituição. O paradoxo deve ser entendido como elemento constitutivo do Estado, já que o mesmo possui, em seu âmago, valores como a paz, a justiça e a harmonia social.

É a garantia de direitos fundamentais constitucionais que permite que se possa compreender o Estado brasileiro como democrático de direito e, conseqüentemente, a obrigatória democratização do Direito Penal, já que impede que o próprio Estado se torne autoritário, ao ponto de se tornar o maior violador de direitos e instaurador de violência, superando os próprios níveis de violência inerentes aos delitos. É desta forma que se pode concluir que o Direito Penal só é efetivo, e perfeitamente aplicável, ainda que no aspecto teórico, se tiver sua atividade supervisionada pela Constituição, o que implicará, após uma releitura do primeiro, a limitação do Estado, na medida da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, porque, estejam eles livres ou encarcerados, nunca deixarão de ser pessoas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 novembro, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15 de outubro de 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas: Edicamp, 2002.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. da tradução espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1ª edição italiana, Norberto Bobbio. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. Vol. 5. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Coleção Ciências Criminais.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. I. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. Vol. II. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

_____. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. *O direito dos cidadãos à verdade perante o Poder Público*. São Paulo: Método; Belém: Cesupa, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. I. Campinas: Millennium, 2002.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

YAKOBS, Günther. *Direito Penal do inimigo*. 2ª tiragem. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. Vol. 14. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Coleção Pensamento Criminológico.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.