

# A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O GARANTISMO PENAL<sup>1</sup>

Júlia Alves Camargo<sup>2</sup> (Direito/UNIVEM)  
Orientador: Edinilson Donisete Machado<sup>3</sup>

## Resumo

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e está previsto na Constituição Federal de 1988 e por tal motivo que a intenção do legislador foi de enquadrar esta garantia constitucional como direito fundamental de todo o cidadão. Em razão da grande importância da dignidade da pessoa humana é que se procurou vincular tal princípio à esfera penal. Se a Constituição, pilar da normatização jurídica, é formada por elementos que se completam pela interligação dos diversos ramos do Direito, o Direito Penal, como uma dessas ciências, tem íntima correlação com esse ordenamento legal. Ao verificar as várias teorias que dão sentido ao Direito Penal, chegou-se à teoria do garantismo penal, a qual vincula todas as garantias individuais previstas na Constituição à aplicação no Direito Penal. É por um esquema epistemológico que deriva o modelo garantista, no qual não se admite qualquer imposição de pena sem a comissão de um delito, necessitando de sua legalidade, da real necessidade de sua proibição, seus efeitos lesivos para terceiros, da característica externa da ação criminosa, da imputabilidade e culpabilidade do autor, amparado por um processo imparcial, público, que garanta o contraditório e que seja executado por procedimentos preestabelecidos.

**Palavras-chave:** 1. Dignidade 2. Constituição 3. Garantismo

Abstract

HUMAN DIGNITY AND THE CRIMINAL GUARANTISM

The principle of human dignity is one of the foundations of the democratic state of law and it is provided in the 1988 Constitution, and for this reason the legislature's intention was to include this constitutional guarantee as a fundamental right of every citizen. The importance of human dignity was the reason to link this principle criminal sphere. If the Constitution, standardization of the legal pillar is formed of elements that complement the interconnection of the various branches of law, criminal law, such as a science, has close correlation with the legal system. Examining the various theories that give significance to the Criminal Law, it was reached to the theory of criminal law, which binds all the individual guarantees provided the Constitution to implement the Criminal Law. It is an epistemological scheme that derives the security model which does not admit any imposition of sentence without the commission of a crime, requiring its legality, the real need for a ban, their harmful effects to others, the external characteristic of the criminal action, the accountability and culpability of the author, supported by a process that is fair, public, ensuring the process, and is implemented by pre-established procedures.

**Key-words:** 1. Dignity 2. Constitution 3. Guarantee

1 Artigo resultado de Trabalho de Curso realizado no ano de 2008 (UNIVEM - Marília/SP).

2 Graduada em Direito (UNIVEM - Marília/SP). E-mail: julia\_alves\_camargo@hotmail.com; jalvescamargo@yahoo.com.br

3 Docente do UNIVEM (Marília/SP).

## INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e foi previsto, pela primeira vez na história da legislação brasileira, na Constituição Brasileira de 1988.

Desta forma, é clara a intenção do legislador em enquadrar tal princípio como uma garantia fundamental de todo cidadão e, ainda, dar à dignidade da pessoa humana a qualidade de princípio embasador de todo o ordenamento jurídico.

Dada a relevância da dignidade da pessoa humana, no aspecto jurídico constitucional, houve o questionamento da efetiva aplicação desta garantia na seara penal.

Quanto à complementação do Direito Penal, a partir da nossa Constituição vigente, o estudo se aprofundará nas investigações sobre a tutela penal e no “*jus puniendi*” do Estado, o qual será apresentado pelas várias teorias que buscam o sentido e a função da pena, principal instrumento estatal em prol da sociedade.

Por fim, pelas várias teorias expostas no presente trabalho sobre a função da pena, se alcançará o garantismo penal, que é um sistema que visa a tutelar os valores e direitos fundamentais, cuja satisfação constitui o objetivo justificante do direito penal, sendo ele pautado na garantia de aplicação de todo o direito individual, constituindo a dignidade como valor intrínseco do ser humano.

## I A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

O conceito da pessoa com dignidade tem seus primórdios no Cristianismo, mais precisamente no Antigo e no Novo Testamento, onde podemos encontrar citações em que o ser humano possui valores essenciais e inerentes à condição de pessoa, possuidora de direitos fundamentais como dignidade e de valor próprio essencial de cada ser humano.

Sarlet (2002, p. 31) cita que, na Antiguidade Clássica,

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que

a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

Já na filosofia estóica, Sarlet (2002) entende que a dignidade era interligada como uma qualidade intrínseca do ser humano e que o distinguia dos demais. Assim, todos possuíam dignidade e, portanto, a liberdade, no que diz respeito à natureza humana.

Na era medieval, a fundamentação cristã e estóica sobre o conceito de dignidade da pessoa humana foi amparada, principalmente, por São Tomás de Aquino, que conviveu com os maniqueus, com os estóicos, os cétricos e sofreu influência de todas essas correntes, as quais já se referiam ao termo “*dignitas humana*”. Ainda, muito antes, com Platão, havia a revalorização das teorias platônicas e a defesa da origem divina de toda a existência humana. Do mesmo modo, Aristóteles já buscava elevar o ser humano a um nível superior a qualquer criatura.

Já no século XVI, na época da expansão colonial, o espanhol Francisco de Vitória fundamentou sua crítica à escravização e exploração dos habitantes indígenas dos países americanos na dignidade da pessoa humana. Francisco de Vitória relatava que, como o índio era ser humano, por sua natureza humana deveria ser livre e igual, devendo ser respeitado como sujeito de direitos e deveres (SARLET, 2002).

Foram nos pensamentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, com a Revolução Francesa e a Independência Americana, que se extraiu o pensamento moderno sobre o conceito de dignidade da pessoa humana (SARLET, 2002). No movimento iluminista, filósofos como Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Locke, Diderot e D’Alembert defendiam o domínio da razão sobre a teoria teocêntrica que dominava a Europa desde a Idade Média. Segundo eles, o misticismo e a crença religiosa não deixavam a evolução do homem fluir e o bloqueavam. Portanto, o teocentrismo de-

veria ser renegado e o homem ser o centro de tudo, para que a fé não atrapalhasse o raciocínio humano.

De modo significativo, a conceituação de Kant, para o termo da dignidade da pessoa humana, pode ser considerada como uma das mais valorizadas pelo pensamento ocidental.

A construção teórica deste princípio por Kant revela que o homem é um ser racional, consciente de seus atos e obrigações, livre para a criação de sua própria lei (MARTINS, 2003). Portanto, se dotado de razão e capacitado em suas obrigações, consistia em um fim e não em um meio.

Além de habilitado para viver independentemente de outro de sua espécie e sendo racional, o ser humano está exposto à sua própria lei e tem consciência disso. Assim, a lei que provém do homem também deve ser imposta a ele.

Martins (2003, p. 26) menciona que: [...] isto significa dizer que, mais do que apenas respeitar um dever, o homem precisa do dever para tornar-se um ser moral, pois obedecê-lo consiste em obedecer a si mesmo, na medida em que foi o próprio ser humano que, consciente e racionalmente, estabeleceu o dever.

Kant revela que, como somos seres humanos compostos racionalmente de valores, aspirações e sentimentos, nossas condutas deveriam ser aplicadas sob a forma de um dever. Ocorre que o dever necessitava assumir uma forma variável que valeria para todas as ações de nossas vidas. Conforme Marilena Chauí *apud* Martins (2003, p. 26), “trata-se, portanto, de um ‘imperativo categórico’, uma ordem inconstitucional, uma ‘lei moral interior’”.

Ainda, Kant cita o imperativo categórico como a denominação de toda a ação posta como se o ser humano quisesse impô-la tanto para si como para todos. Portanto, todo o ato moral será concretizado como um acordo entre a vontade do ser humano e a lei que ele mesmo criou (MARTINS, 2003).

Por isso, Kant acredita que todo o ser racional age com um fim em si mesmo. Assim, todas as suas condutas serão pautadas no raciocínio do ser humano com

um fim; portanto as coisas e objetos que conseguimos com nossas condutas são sempre condicionais, por estarem sujeitas ao contentamento e ao respeito à dignidade da pessoa humana. Os seres irracionais, por serem assim e terem apenas um valor relativo, são chamados de coisas e nós, seres racionais, somos chamados de pessoas. Assim sendo, a natureza nos distingue das demais coisas do mundo (SARLET, 2002).

Seguindo no livro *Fundamentação da Metafísica e dos Costumes* *apud* Martins (2003, p. 58), Kant esclarece que:

Os seres, cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e, por isso, se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Ainda:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Portanto, o que se percebe do pensamento de Kant, acerca da dignidade da pessoa humana, é que seu raciocínio é extremamente antropocêntrico, visto ser o homem o único dotado de dignidade. Assim, ele está em lugar favorável e a sua dignidade está acima de qualquer outra coisa mundana, pois ela não tem preço. Se colocássemos preço na dignidade do homem, ela poderia ser trocada por outra coisa de mesmo valor, portanto, poderia ser substituída. Então, a “*dignitas humana*” constitui um valor intrínseco ao homem e não há valor ou outra coisa que a substitua.

Deste modo, finalizando o entendimento de Kant, remetemo-nos à incrível conclusão de Sarlet (2002, p. 35) de que

“a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”.

### **1.1 Conteúdo e definição do princípio da dignidade da pessoa humana no aspecto jurídico-constitucional**

Por ser uma qualidade intrínseca do ser humano, a dignidade está para o homem como um valor inerente e que o reconhece indistintamente de outros seres vivos, assim, a compreensão deste princípio, por vezes, não é suficientemente satisfatória para vários doutrinadores.

Do mesmo modo, a doutrina e a jurisprudência tentam, ao longo do tempo, construir conceitos básicos e concretizar seu conteúdo.

Portanto, o que se pode perceber é que a dignidade da pessoa humana trata-se de categoria axiológica aberta; não é um conceito fixo, visto as variações de valores éticos e morais nas sociedades contemporâneas, razão pela qual é apropriado assegurar que o conceito está em permanente processo de construção (SARLET, 2002).

Para Sarlet (2002, p. 41),

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado), ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Assim, torna-se o Direito premissa básica para a proteção da dignidade do ser humano, não se esquecendo, todavia, que deve ele proteger a dignidade de todos, pois, constitui assim, fundamento da

República e do Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, a Declaração Universal da ONU (1996, p. 49), em seu Art. 1º, é que reconheceu mundialmente a dignidade da pessoa humana, citando que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para os outros em espírito e fraternidade”.

O que se pode abstrair do artigo citado é que somente aqueles que possuem racionalidade e consciência é que possuem dignidade.

Da mesma maneira, Alexandre de Moraes (2007, p. 16) reflete que:

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos [...].

O que se pode constatar é que a autodeterminação e consciência são fundamentais ao ser humano, possuidor de dignidade. A formulação kantiana e seu sujeito está mais que caracterizado por estes conceitos, o que exclui, para alguns doutrinadores, em princípio, pessoas incapazes de se auto-determinar, como os absolutamente incapazes.

Entretanto, em uma análise mais profunda, verifica-se que a autodeterminação no pensamento de Kant é considerada em abstrato, visto que se trata apenas da potencial capacidade de cada ser humano em se autodeterminar e não da efetiva realização de tal conduta. Portanto, os absolutamente incapazes, como seres humanos, possuem a mesma dignidade que qualquer outro ser humano plenamente capaz (SARLET, 2002).

Então, se há a capacidade de autodeterminação, a partir da conduta do ser humano – o que confere a ele a dignidade

–, esta será sempre ligada a uma conduta que dignifique a si próprio e traga o bem-estar ao próximo. Com isso, deve haver um certo limite de atuação de cada pessoa, para que a dignidade de todos possa ser alcançada. Logo, podemos concluir que o Estado constitui parte de real importância, no sentido de zelar e preservar a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana forma duas vertentes de atuação do Estado. Por um lado, ela está como limite na atuação do poder público; este princípio fundamental deve ser preservado em função de cada ser humano, no sentido de efetivação de políticas públicas que viabilizem a promoção da dignidade e possibilitem o pleno exercício e fruição desse direito. Sarlet (2002, p. 50) sustenta a idéia da autonomia humana, nas questões relativas à sua existência e à proteção estatal, como uma “dimensão dúplice da dignidade”, pois, como visto anteriormente, aqueles que não são capazes de se auto-determinar necessitarão de ações extremamente protecionistas por parte do Estado e da comunidade, para que garantam a eles a dignidade.

Por outro lado, além dessa dimensão dúplice, deve haver sempre uma inter-relação com a dignidade de cada indivíduo, para que não haja a dignidade de um acima da do outro.

Entretanto, a idéia de dignidade muda de acordo com cada cultura, assim, o que pode ser digno para uns, pode não ser para outros.

Uma vez assim, Sarlet cita um exemplo pontual (2002, p. 58):

[...] basta lembrar a prática da pena de morte por expressivo número de estados norte-americanos, considerada – embora não de forma unânime - constitucional pela Suprema Corte, que, por sua vez, tem entendido serem inconstitucionais determinadas técnicas de executar a pena capital, com base na proibição da aplicação de penas cruéis e desumanas (*cruel and unusua punishment*), prevista na oitava emenda de 1791. Neste sentido, em relativamente recente decisão envolvendo recurso impetrado em Washington, a Suprema Corte reconheceu que a morte por enforcamento constitui prática atentatória à dig-

nidade da pessoa humana, notadamente, pelo fato de infligir – ao menos em relação aos outros meios utilizados (injeção letal e eletrocutamento) – sofrimento desnecessário ao sentenciado, já que constatada a possibilidade maior de uma postergação do estado de inconsciência e morte, com risco de asfixia lenta e até mesmo de decapitação parcial ou total, verificada em diversos casos. Assim, de maneira que para nós (ao menos no que diz com a vedação constitucional da pena de morte vigente entre nós, salvo a exceção de guerra declarada), se revela um tanto paradoxal, verifica-se que a pena de morte, em si mesma, parece não ferir a dignidade, desde que aplicada dignamente?.

Assim, a busca por uma definição exata e universal está longe de alcançar o desejável, mesmo porque, enquanto houver um pluralismo cultural na sociedade mundial, de valores fundamentais à sua existência (como o sentimento de justiça), a generalização de tal princípio não irá se concretizar.

Como tentativa de globalização do conceito de dignidade da pessoa humana, Durig *apud* Sarlet (2002, p. 59) cita que:

a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada com sujeito de direitos.

Deste modo, a análise feita nos leva a crer que não há um conceito global da dignidade, muitos tentam fazê-lo, mas a própria diversidade sócio-cultural afasta a universalização deste princípio.

O que importa é que, de todo o exposto e da própria conceituação de Kant (que é a melhor definição para a dignidade), sempre deve haver o respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, assegurando a ele as condições mínimas para que possa viver dignamente (SARLET, 2002). Do mesmo modo, que sempre haja um respaldo aos direitos e garantias fundamentais do homem, pois, se não houver o mínimo que o faça viver harmonicamente, não haverá dignidade, e isso sim pode-

ria ser uma noção aceita mundialmente de dignidade da pessoa humana.

## 1.2 Dignidade da pessoa humana e a Constituição Brasileira de 1988

Foi no contexto de formação do Estado Democrático de Direito, em reação ao período ditatorial, que estava em franca decadência, que os trabalhos que alicerçaram a Constituição vigente se iniciaram. Deste modo, a Constituição de 1988 veio para amparar uma nova ordem jurídica que estava se formando, a qual se contrapunha ao positivismo desenfreado e que não assistia a nenhum dos direitos e garantias do ser humano (MARTINS, 2003).

Pelo novo contexto que se formava, e de acordo com as novas Constituições que trilhavam o caminho do liberalismo e do Estado Democrático de Direito, como a Lei Fundamental da Alemanha e de Portugal (SARLET, 2002), a Constituição vigente veio para, além de positivizar os direitos e garantias do homem, fazer aplicá-los no contexto social da Democracia, coagindo o Estado a operar em favor do ser humano. Tanto assim, que Sarlet (2002, p. 63) aponta que

A nossa Constituição vigente [...] foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.

Portanto, a intenção do legislador constituinte foi de enquadrar os princípios e garantias fundamentais no topo da nossa Constituição, dando a eles a qualidade de normas embasadoras, informativas e fundamentais à Carta Constitucional. Sendo tais princípios, conseqüentemente, o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2002).

Já a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana só encontrou respaldo a partir da Segunda Guerra Mundial, que foi o ponto de partida para a universalização e multiplicação dos direitos do homem, pois o sofrimento humano

e a soberania do Estado deixaram grande marco na sociedade do século XX. Sendo assim, houve o rompimento da supremacia Estatal frente ao cidadão, para o reconhecimento e efetivação dos direitos do ser humano (BOBBIO, 2004).

Foi em 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas, que foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o marco inicial contra o desprezo e o desrespeito pelos direitos do ser humano e também o nascimento do princípio da dignidade humana.

A normatividade deste princípio, na Constituição de 1988, encontrou respaldo nas garantias fundamentais, colocando a dignidade do ser humano como valor supremo da ordem jurídica, declarando-o, em seu Art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III – a **dignidade da pessoa humana** (grifo nosso);

(...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Inspirando-se, também, no Constitucionalismo Espanhol e Português, o legislador de 1988 preferiu incluir a dignidade da pessoa humana num rol de valores fundamentais à condição democrática e, do mesmo modo, guia da norma constitucional vigente (SARLET, 2002).

Neste entendimento, o reconhecimento da positivação deste princípio jurídico-constitucional, outorga a sua efetivação, não só onde é reconhecido pelo Direito (SARLET, 2002), mas em todo plano de atuação do indivíduo, atribuindo ao ser humano um papel de cidadão ativo e ao Judiciário o de efetivador de direitos. Buscou, da mesma maneira, dar lugar às liberdades positivas, realçando o aspecto promocional da atuação do Estado (MARTINS, 2003).

Martins (2003) entende, ainda que, dentre todos os valores positivados na Lei

Fundamental, o da dignidade sobressai aos demais, o que significa dizer que a intenção do legislador foi de transformar este princípio em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais, para que se preserve, sobretudo, e sem menosprezar os demais princípios, a dignidade. É um raciocínio pautado na dignidade humana e na qual deve ser levada em conta sua unidade axiológica-normativa.

Deste modo, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para aplicação do todo o ordenamento jurídico, em qualquer escala, demonstrando, assim, sua amplitude e magnitude. E esta aplicação é de suma importância para que sempre seja o indivíduo colocado à frente de qualquer manipulação de direitos, deveres ou obrigações, pois como já se assinalou, a dignidade é um valor intrínseco do ser humano e não há, de qualquer modo, como relativizá-la.

## 2 CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

É de nosso saber que a Constituição Federal é a organização jurídica fundamental onde estão contidas as regras concernentes à forma de Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua atuação (FERREIRA FILHO, 2003, p. 46).

Assim, se a Constituição, como o sistema jurídico de qualquer país, é formada de elementos que se completam com outras ciências jurídicas fundamentais, o Direito Penal, como uma dessas ciências, tem íntima correlação com os demais ramos das ciências jurídicas, notadamente, com a Constituição, que é o ápice da organização jurídica de nosso país.

Luiz Régis Prado (2002, p. 38) define essa força normativa constitucional como: “A Constituição, como marco fundante de todo ordenamento jurídico, irradia sua força normativa para todos os setores do Direito. Todavia, tem ela particular e definitiva influência na seara penal”.

A Constituição, como raiz normativa da lei penal, ordena uma série de regras de direito público, dentre as quais se desta-

cam as referentes às garantias e aos direitos fundamentais. Essas normas definem explícita ou implicitamente princípios basilares do Direito Penal, que se determinam como princípios constitucionais penais, próprios do Estado Democrático de Direito, que limitam e regem os “*jus puniendi*” do Estado.

Esses princípios constitucionais penais, além de delimitar a atuação estatal, criam fontes de Direito Penal, o qual é permeado pelas regras constantes da Carta Magna.

### 2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

Constitui o princípio da legalidade, uma das premissas básicas do Direito Penal e fonte originária do Estado Democrático de Direito.

Podemos nos referir a este princípio como umas das garantias penais de maior importância ao sistema jurídico e ao cidadão, ele evita o abuso de poder e previne todo autoritarismo repressivo de décadas anteriores a que ele foi criado.

A partir da Revolução Francesa é que o princípio da legalidade ou da reserva legal se enquadrrou como pedra angular do Estado de Direito, transformando-se em uma exigência da segurança jurídica e de garantia individual (PRADO, 2002). Antes, porém, o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que é um precedente histórico do princípio da legalidade, o qual foi formulado por Feuerbach, teve sua origem na Magna Carta de João Sem Terra, em seu artigo 39, o qual cita que nenhum homem livre poderia ser punido senão pela lei da terra (MIRABETE, 2005).

Portanto, após o Iluminismo, este princípio começou a se assentar no ordenamento jurídico, prova disso é a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica de 1969, que cita, em seu artigo 9º, este princípio constitucional.

O princípio da legalidade também criou uma série de garantias e consequências, as quais são restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Como garantias de ordem criminal e penal, alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato

por este praticado, existir uma lei que considere este fato como crime, vale dizer que esta lei deve ser elaborada na forma constitucionalmente prevista, o que impede a delegação por parte do poder legislativo de matéria a qual compete a ele com exclusividade (PRADO, 2002).

Deste modo, só ao Poder Legislativo cabe legislar sobre a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta os outros Poderes que detêm competência diversa (MIRABETE, 2005). Para a garantia da ordem democrática, da liberdade individual e dos bens juridicamente tutelados pela lei penal, só ao Legislativo cabe a produção da norma penal.

Continuando na mesma seara doutrinária de Luiz Régis Prado (2002) e de Mirabete (2005), além do princípio da legalidade determinar garantias de ordem criminal e penal, ele também demarca garantias jurisdicionais e de execução penal. Isto é, pelo princípio da legalidade, advém que *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”* (Art. 5º, LIII, da Constituição Federal); *“ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória”* (Art. 5º, LVII, da Constituição Federal); *“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”* (Art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal).

Assim como outras garantias advindas do princípio da legalidade, podemos citar, ainda, o princípio da irretroatividade da lei penal, ao qual a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (Art. 5º, XL, da Constituição Federal e Art. 2º do Código Penal) e o princípio da taxatividade, que remete o legislador a uma elaboração da lei penal que seja precisa e clara o suficiente para se evitar uso arbitrário da norma penal.

O que se deve ter em mente, após o que foi mencionado, é que o princípio da reserva legal ou da legalidade é um dos preceitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico, de que deriva muitos outros regulamentos assentados nos direitos fundamentais do indivíduo e de suas garantias, as quais são protegidas fielmente por este elemento fundamental à lei penal.

## 2.2 Princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2006), o princípio da legalidade impôs restrições ao ordenamento jurídico, mas de nenhum modo, limitou a criação de tipos penais injustos e aplicações de sanções cruéis e degradantes. Para isso, criou-se o princípio da intervenção mínima, que o mesmo autor define como *ultima ratio*, no qual (BITENCOURT, 2006, p. 18):

[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o estabelecimento 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 [...].

Luiz Luisi (1991), dispondo sobre o caráter fragmentário do direito penal, bem como de sua natureza subsidiária, cita que o direito penal não ordena um sistema taxativo de bens jurídicos tutelados, mas sim um sistema descontínuo de ilícitos criminalizadores, por ser este o meio indispensável da tutela jurídica.

Do mesmo modo que Luiz Luisi, Cezar Roberto Bittencourt (2006) revela que o caráter fragmentário da norma penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Ressalta que, no sistema jurídico dos bens tutelados penalmente, o Direito Penal visa a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes; daí falar-se no sistema descontínuo dos ilícitos penais.

Do caráter fragmentário, admite-se o questionamento, entre vários autores, sobre quais bens jurídicos devem ser tu-

telados pelo Estado. Como exemplo, Luiz Regis Prado (2002) revela que o uso excessivo da sanção criminal (referindo-se ao fenômeno da inflação penal) leva o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa, não garantindo uma maior proteção jurídica. Assim, pelo caráter fragmentário da norma penal, só deverão ser repreendidas ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos, operando, assim, uma tutela seletiva do bem jurídico.

### 2.3 Princípio da personalidade e da individualização da pena

Luiz Regis Prado (2002) cita que, pelo princípio da personalidade, só o autor do delito é quem responde pela pena. Trata-se de princípio de disposição constitucional, inserido no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal.

Luiz Luisi (1991), tratando mais profundamente sobre o tema, relata que, em todas as nações civilizadas, a pena somente pode atingir a pessoa do sentenciado. Ele faz uma cisão entre o período pré-beccariano e pós-beccariano, no qual a pena não poderá se estender a pessoas estranhas ao delito praticado, mesmo que o autor do crime tenha, com elas, relação de parentesco ou de sangue. Deste modo, não há que se falar, também, em cumprimento de pena por representação processual ou substituição subjetiva, como ocorre em outros ramos do direito.

Luiz Regis Prado (2002) aponta o princípio da individualização da pena como uma obrigação do julgador fixar a pena conforme o que está prescrito em lei e, desta forma, determinar a execução da mesma. Trata-se, também, de um preceito constitucional, inserido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Luiz Regis Prado (2002) considera que há uma estrita ligação entre o princípio da individualização da pena e o princípio da proporcionalidade; este inserido na forma constitucional daquele.

Já Luiz Luisi (1991) observa que o processo de individualização se desenvolve em três momentos distintos: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo.

O primeiro momento é o que ocor-

re na elaboração da lei criminal, que fixa, para cada tipo penal, penas que vão de acordo com o bem tutelado e a gravidade da ofensa. Luisi (1991) entende que este momento de criação da lei penal não delimita tão somente a pena, mas prevê, da mesma forma, suas espécies e formas alternativas, bem como a sua aplicação cumulada e sua substituição por outras penas mais atenuantes.

O segundo momento é o da individualização judiciária. Estando presentes as várias espécies de pena e a variedade de fatores que estão especificamente previstos na lei penal, o juiz analisará, a cada caso concreto, qual das penas será aplicada, se serão cumuladas ou substituídas. Ele irá fixar o quantitativo entre o máximo e o mínimo cominado em cada tipo penal e, inclusive, determinará o modo de execução.

Após a individualização judiciária, ocorre a terceira fase administrativa ou executória. Essa fase de individualização da pena, para Luisi (1991), também é chamada de individualização administrativa, mas entende ele que o termo individualização executória é mais adequado, visto tratar de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade no âmbito de matérias jurisdicionais.

Como se refere a princípio de ordem constitucional, seu preceito está implícito em uma série de disposições presentes na Carta Magna, por isso sua amplitude acarreta, como diz Luisi (1991, p. 39), uma “polifuncionalidade” da sanção penal, ou seja, “uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as da reinserção social”.

O que se pode concluir é que, destas três fases de aplicação da individualização da pena, a maior controvérsia gira em torno da individualização judiciária. Não há que se olvidar, entretanto, que o poder legislativo tem o grande encargo de estabelecer o liame entre a gravidade da ofensa e a importância do bem tutelado, para a criação exata da lei, sem exageros e também sem uma brandura na sanção penal, o que criaria na sociedade o sentimento de insegurança jurídica.

### 3 O SENTIDO DA PENA E SEUS DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS

A concepção histórica do sentido da pena tem seu início nas relações totêmicas, com resquícios no Código de Hamurabi e na Lei das XII Tábuas, nos quais a ofensa era reagida com mal idêntico, até chegar a Lei de Talião, um dos primeiros ordenamentos jurídicos que pregava a composição, ou seja, o perdão pelo crime cometido, mediante pagamento da liberdade do delinqüente.

Como cita o autor Mirabete (2005), não há um momento histórico definido no qual se origina a pena, mas o que se pode concluir da história sobre o fundamento da pena é que a idéia de castigo, predominante entre as antigas civilizações, era aquele que causasse mal terrível ao ofensor, como a morte, açoites, mutilações, podendo a pena alcançar seu patrimônio e seus descendentes. Contudo, havia pensadores que pregavam o conceito de atribuição da pena à proteção do Estado, à prevenção geral e a correção do delinqüente. Os sofistas, como Protágoras, também tinham uma concepção pedagógica de pena, como a reeducação e a conseqüente ressocialização.

Com as investigações sobre o direito de punir do Estado e com a citação de Bitencourt (2006, p. 101) de que “a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade”, houve a necessidade de explicação e fundamentação das funções da pena, principal instrumento de proteção estatal em prol da sociedade.

#### 3.1 Teorias absolutas ou retribucionistas

A teoria retribucionista tem seu fundamento no senso de justiça e, sendo a justiça intimamente ligada à atuação do Estado, é necessário ser feita uma ampla abordagem da idéia da pena com o tipo de Estado que a compõe, conforme a lição de Bitencourt (2006).

As características marcantes do Estado absolutista eram a identidade entre o indivíduo soberano e o Estado, com o poder do rei advindo de Deus. Esta teoria do

Poder Divino fazia o direito e tudo que regulamentasse a sociedade terem um fundamento religioso. Portanto, a pessoa que praticava algum delito praticava também um pecado divino e sua ação era considerada como um ato rebelde contra o Estado e contra Deus.

Com a transição do Estado absolutista para o Estado capitalista, ocorreu o desenvolvimento da sociedade burguesa, acarretando o acúmulo de capital. Deste modo, necessária era a execução de alguns meios que pudessem proteger a burguesia que estava em ascensão.

No surgimento do mercantilismo, ocorre a revisão da postura do Estado como ente soberano e de seu poder de origem divina. Para maior autonomia da burguesia, surge o Estado fundamentado na teoria do contrato social. O poder estatal é derivado do povo e, assim, surge a divisão dos poderes, concepção da ordem liberal que estava se originando.

Para que a pena não continuasse a ser derivada do poder ilimitado do soberano, ela passa, então, ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem adotada pelos homens e consagrada pelas leis (BITENCOURT, 2006, p. 104). A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida.

A função da pena era de, exclusivamente, fazer a justiça, nada mais. E a ação do autor do delito era retribuída com a imposição de um mal, qual seja, a pena.

#### 3.1.1 Uma visão analítica sobre a teoria kantiana

Kant também apresentou uma crítica ao sentido e à função da pena. Passemos a analisá-la, com base na visão de Bitencourt.

Segundo Kant, quem não cumpre a lei não é digno ao direito de cidadania. Portanto, é dever do Estado “castigar”, de qualquer forma, quem transgrediu a lei. Bitencourt (2006) entende que Kant considerava a lei como um “imperativo categórico”, ou seja, como uma ordem, uma obrigação que representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como verdadeiramente necessária. E

a pena uma retribuição jurídica ao mal cometido, trazendo, deste modo, uma igualdade jurídica.

Ainda no discurso de Bitencourt (2006), ele relata que este imperativo categórico de Kant encontra seu ápice na expressão do “dever-ser”, manifestada pela lei objetiva e, por outro lado, pela vontade, que seria o lado subjetivo, mas que não teria determinação na ordem jurídica.

Kant entende que o Direito seria uma forma de coação quando a ação das pessoas gerassem influências recíprocas. Assim, no decorrer da evolução humana, quando o ser expressar exatamente o dever, o Direito seria eliminado, juntamente com o Estado.

Para Bitencourt (2006), Kant desprezou um outro aspecto da pena, qual seja, suas espécies e medidas. O pensamento kantiano se declinava para a mesma concepção da lei de talião. O próprio Kant afirmava que o “*ius talionis*” era a melhor forma de expressar a qualidade e a quantidade da pena.

Concluindo, Kant entendia que o castigo era a compensação e a reparação da moralidade. O castigo seria imposto por uma exigência de ordem ética, sem qualquer implicação ideológica das sanções penais. A aplicação da pena decorre apenas da transgressão da lei, ou seja, pela simples prática do delito (MIRABETE, 2005).

### 3.1.2 Teoria Hegeliana

Hegel dá uma conotação de ordem jurídica para a função da pena. Para ele, a sanção penal tem uma natureza jurídica e não uma natureza ética, como Kant (MIRABETE, 2005).

Bitencourt (2006) considera que, para Hegel, a pena é a justificação da necessidade de reestabelecer a vigência da “vontade geral”. Deste modo, a função da pena é a retribuição ao delinqüente do mal praticado e será aplicada por ele ter negado a ordem jurídica e a “vontade geral”. Se a “vontade geral” foi negada pelo infrator, deverá haver, em conseqüência, uma negação imposta a ele, que é a pena, para que reestabeleça, assim, a afirmação da “vontade geral”.

Para Hegel, esta “vontade geral” é a

expressão da vontade racional e, uma vez tendo uma organização racional, que é o ordenamento jurídico, há a necessidade de impor uma sanção a quem transgredir essa racionalidade da sociedade. A racionalidade e a liberdade seriam a base do Direito.

Hegel entende que a pena reestabelece a ordem jurídica violada pelo criminoso, e só por meio da pena o delinqüente é tratado como ser racional, e não como irracional, como era tratado pela sociedade na prática do delito.

Bitencourt (2006) avalia o pensamento de Hegel da mesma maneira que o pensamento de Kant, relatando que Hegel também atribui uma natureza “*talional*” para a pena, pois a sanção penal seria a melhor forma de retribuir o injusto causado pelo delinqüente e recuperar o equilíbrio da ordem racional.

## 3.2 Teorias relativas ou utilitaristas

Ao contrário das teorias retribucionistas que visam a castigar o criminoso somente pelo fato dele ter delinqüido, as teorias relativas, utilitaristas, utilitárias ou preventivas visam a aplicação de pena no sentido de prevenção de novos delitos (BITENCOURT, 2006).

Para Mirabete (2005), na teoria relativa, o fim exclusivo da pena é o da prevenção, pois o crime não seria a causa da pena e sim a ocasião para ser aplicada.

As teorias relativas ou utilitaristas dividem-se em duas teorias, quais sejam: a da prevenção geral e a da prevenção especial.

Dentre os defensores da teoria da prevenção geral, destacam-se Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach.

Feuerbach desenvolveu a teoria que é base do Direito Moderno, chamada de “teoria da coação psicológica”. Tal teoria considera que é por meio do Direito Penal que haverá uma solução para a criminalidade. Deste modo, o Direito Penal funciona como um modelo de repressão aos crimes, visto que, com a possível aplicação de uma pena, a sociedade está avisada sobre quais ações o Estado reagirá, como se fosse uma ameaça. Por outro lado, com a cominação

da pena, o Estado deixa visível a disposição de cumprir a ameaça realizada.

A pena para Feuerbach era efetivamente uma ameaça da lei à sociedade, para que os seus membros privem-se de cometer delitos. Esta ameaça era conhecida como uma “coação psicológica”, com a qual se pretendia evitar a criminalidade.

A teoria preventiva geral usou das idéias pautadas nos fundamentos iluministas para se justificar e ser amparada pela nova forma de governo que estava por vir, adversária do totalitarismo absoluto e valorizadora pelas concepções antropocêntricas.

A prevenção geral admite apenas a intimidação do indivíduo, a coação psicológica, funções que não vão além de uma função simbólica de ameaça, por vezes ineficaz pelo desconhecimento do indivíduo sobre quais sejam os fatores que irão desencadear este efeito preventivo.

A teoria, ainda, não revela a culpabilidade do agente, os limites da pena, entre outros fatores, estando preocupada apenas com a ameaça que a cominação penal impõe à sociedade, subentendendo que persiste o resquício de autoritarismo, mantido pelo Estado, em determinar seu “*status quo*”, de imposição, de poder, por meio dessa intimidação ineficaz, como único fundamento de prevenção do crime.

Já na teoria da prevenção especial, a sua finalidade era de se evitar a reincidência do delinqüente, sendo o objetivo primário da prevenção especial a ressocialização, com base na responsabilidade do Estado na Defesa Social (BUSATO e HUAPAYA, 2003).

Para os autores Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (2003), a teoria da prevenção especial parte da premissa de que o delinqüente é portador de um desvio social que deve ser corrigido. E esta correção é a função principal da pena, que se diferenciará devido às características subjetivas de cada criminoso. Portanto, haverá vários modos de reagir.

Esta idéia é totalmente distinta da que parte do Estado baseado no contrato social. A prevenção do delito toma um sentido diferenciado, ao afastar a função da pena e a sua finalidade para fora da estrutura do sistema penal. Deste modo,

as ações criminosas e as ações sociais são explicadas por um método de causas naturalísticas e a ressocialização do criminoso é submetida a uma técnica experimental.

Para Bitencourt (2006) foram várias as correntes que defenderam a teoria da prevenção especial da pena. De um lado, Marc Ancel, na França, com a teoria da Nova Defesa Social; de outro Von Liszt, o pensador que deu origem a grandes comentários penalistas, discorrendo com grande maestria sobre a prevenção especial.

Para Von Liszt, a necessidade de aplicação da pena mede-se por critérios preventivos especiais.

A tese da prevenção especial se fundamenta na intimidação, correção e inculcação e, para Von Liszt, a finalidade da pena é prevenir os delitos, por meio do encarceramento dos criminosos; da intimidação, por meio da pena aplicada, e da correção, mediante um processo ressocializador.

Von Liszt acredita que se a pretensão de ressocialização, nos moldes da prevenção especial, fracassar, o criminoso que não se ressocializou tem que ser exterminado da sociedade. Assim, só haverá a defesa social com a separação ou segregação dos inadaptáveis.

### 3.3 Teorias mistas ou ecléticas

Como o próprio nome identifica, as teorias mistas ou ecléticas fundiram as fundamentações retributivas e preventivas, acentuando a importância de cada uma em momentos distintos.

Sustentando que a teoria mista distingue o fundamento e o fim da pena, Bitencourt (2006, p. 120) afirma o fundamento como “[...] a sanção punitiva não deve “fundamentar-se” em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito”.

Já como fim da pena, o autor considera que é a defesa da sociedade, ou seja, a tutela dos bens jurídicos e a retribuição tem a única função de estabelecer o máximo e o mínimo da pena, impossibilitando uma exacerbação da sanção ante o cometimento do delito.

Busato e Huapaya (2003) partem da mesma noção que Bitencourt, mas com

uma diferenciação no sentido do fundamento da pena. Para eles, o fundamento da sanção penal é a base de onde se deve partir e, o fim da pena é o resultado do que se deseja com a aplicação da pena. O fundamento, portanto, parte da relação que o criminoso tem com o fato que praticou.

Alicerçando a pena na íntima responsabilidade do delinqüente pelo fato praticado, há duas conotações que são de importante reflexão: a primeira é que os limites da sanção penal não são determinados, podendo, deste modo, até se afirmar a idéia de penas abstratas; já a segunda, é que tal teoria se afirma na retribuição e no princípio da culpabilidade.

Desta segunda implicância, Busato e Huapaya (2003, p. 229) *apud* Garcia-Pablos (2000, p. 165) comentam que as teorias unificadoras “reclamam uma pena proporcionada à culpabilidade”.

Ante as várias teorias unificadoras que trazem sentido diverso à pena e às insuficientes concepções monistas da pena, Busato e Huapaya (2003) citam a Teoria Dialética da União, de Roxin, na qual ele tenta unificar os fins preventivos e gerais, a partir dos diversos estágios da norma, quais sejam, cominação e aplicação, em que ele aplica as características da prevenção geral e execução, onde prevenção especial leva à ressocialização do criminoso.

### 3.4 A teoria do garantismo penal como proposta de aferição dos sistemas penais

A teoria do garantismo penal é discutida por Ferrajoli (2002) como um modelo penal garantista desenvolvido por um conjunto de princípios constitucionais. Tal conjunto forma um esquema epistemológico que visa à assegurar, como outros modelos de direito penal historicamente concebidos, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, a limitação do poder punitivo e a tutela do indivíduo contra a arbitrariedade.

Do mesmo modo, o esquema de princípios garantistas apresenta seus elementos constitutivos, um relativo à definição legislativa e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível, os quais correspondem a um conjunto de garantias

penais e processuais.

O primeiro dos elementos é o convencionalismo penal, resultante do princípio da legalidade estrita, no qual exige duas condições: o caráter legal em que define o fato punível e o caráter fático em que expõe as hipóteses de desvio que foram legalmente definidas.

Conforme o primeiro caráter, Ferrajoli (2002) cita que o fato a ser tipificado na lei não é aquele reconhecido pela sociedade como imoral, anormal ou socialmente lesivo, mas é aquele formalmente indicado na lei como pressuposto de aplicação da pena, segundo a fórmula “*nulla poena et nullum crimem sine lege*”. Já o segundo caráter identificador do esquema garantista se reproduz na culpabilidade do autor e não por meio de critérios subjetivos da figura do criminoso, segundo a outra fórmula “*nulla poena sine crimine et sine culpa*”.

O caráter legal equivale ao princípio da reserva legal e à submissão do juiz à lei. Para Ferrajoli (2002), o magistrado não pode qualificar como crime os fatos que ele considere imorais e, assim, merecedores de sanção; independente de seu juízo valorativo, deve qualificar apenas aqueles que venham ser tipificados na lei.

Outro elemento é o cognitivismo processual, na exata determinação do que é punível. Este elemento determina as justificações de fato e de direito para o fato punível.

Ferrajoli (2002) entende que o fato a ser punido deve ser regulado pelo sistema penal e não por regras de comportamento que determinam as figuras delituosas. Se assim for, como nas tipificações do desacato e do ato obsceno, a norma penal se constitui como figura penal em branco, o que viabiliza a discricionariedade do juiz e afeta diretamente o princípio da legalidade. O autor cita que “para que estes mesmos princípios sejam satisfeito é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter ‘constitutivo’ e tenham caráter ‘cognitivo’ das normas e ‘cognitivo’ dos fatos por ela regulados” (Ferrajoli, 2002, p. 32).

Deste modo, o fato punível deve estar descrito na norma penal, bem como todas as suas hipóteses de acusação, na qual garante o princípio “*nulla poena et nulla culpa*”

*sine iudicio*". Para que o juízo não baseie a condenação na lógica, não podendo a sua decisão ser refutada e muito menos contestada, a mesma deve se fundamentar em provas e contraprovas, segundo a fórmula "*nullum iudicium sine probatione*".

É desse esquema epistemológico que deriva o modelo garantista do processo penal como um processo de cognição ou de comprovação, onde o fato determinado na lei como um crime, deve ser determinado por um procedimento probatório do tipo indutivo, no qual se exclui as avaliações e admite, predominantemente, afirmações ou negações.

Essa concepção cognitiva da jurisdição juntamente com a concepção convencionalista e empírica da legislação, na qual uma da outra são complementos, asseguram outros dois resultados: o valor da certeza na determinação do desvio punível, estando esta fundamentada na taxatividade legal e judicial dos pressupostos típicos gerais e abstratos.

O outro resultado é a separação entre direito e moral, pois somente por convenção jurídica é que um determinado comportamento constitui delito e não por um juízo de moralidade, nem um diagnóstico sobre a natureza anormal é que o indivíduo será responsabilizado.

Para Ferrajoli (2002), a idéia de um silogismo judicial perfeito, que possa identificar com certeza os fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica, pois o termo "verdadeiro" e os critérios de aceitação da "verdade" no processo penal exigem decisões dotadas de certa discricionariedade. Por mais aperfeiçoado que esteja o sistema das garantias penais, o exame dos pressupostos legais da pena nunca será certo e objetivo. Isso se deve, em grande parte, à interpretação da lei, que nunca se dá por critérios absolutamente recongnitivos, mas é sempre resultado de proposições interpretativas e alternativas.

Em outro plano, ainda que estejam presentes as garantias processuais, a decisão sobre o fato punível embasada na sua verificação exige decisões argumentadas. A solução fundamentada nas provas empíricas exige um procedimento indutivo, no qual se impõe um poder de escolha por parte do magistrado.

Mesmo tendo a função de delimitar o poder punitivo do Estado, mediante a exclusão das punições "*extra*" ou "*ultra legem*", o modelo penal garantista esbarra nos momentos de avaliação, quando, ao invés de punir o réu, servem para excluir a sua culpabilidade ou atenuá-la por meio das circunstâncias específicas em que o fato punível tenha ocorrido.

Por tudo isso é que Ferrajoli (2002) acredita ser o modelo penal garantista um modelo ideal, de caráter utópico. Ocorre que isso não impede que a teoria seja aplicada, em maior ou menor medida, segundo as técnicas judiciais e legislativas adotadas.

#### **4 O GARANTISMO PENAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Sendo a dignidade da pessoa humana, a premissa básica do Estado Democrático de Direito, não se poderia olvidar que ela reflete no Direito Penal Garantista, pois a finalidade do garantismo penal é a tutela dos bens jurídicos e a limitação da atuação estatal por meio da aplicação das garantias constitucionais fundamentais.

Assim, como a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos penais e deve estar consubstanciada na valorização e tutela dos direitos fundamentais constitucionais, a pena só deve ser cominada quando houver uma concreta lesão ou perigo para o bem protegido pelo ordenamento jurídico. É deste sentido que deriva o princípio da lesividade, base para o sistema penal garantista (Ferrajoli, 2002), no qual o Direito Penal deve abdicar de punir certas condutas que representassem meros estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis, deixando para ser penalmente relevante apenas aqueles danos que tenham como efeito uma ação.

Deste modo, o autor do garantismo penal define que perante o princípio da lesividade, no Direito Penal, "a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos" (Ferrajoli, 2002, p.

372).

Se o Direito Penal visa a tutelar os cidadãos e a minimizar a violência, as únicas proibições penais que deveriam ser aplicadas seriam aquelas justificadas pela absoluta necessidade.

Ocorre que, como bem expõe Ferrajoli (2002), nem o princípio da necessidade e muito menos o da lesividade determinam a natureza e quantidade do dano que impõe a necessidade da proibição penal. Tratando tais princípios como um problema teórico sobre os fins da pena, a discricionariedade, problema latente no nosso atual sistema penal, aparece mais ou menos neutra e favorece, conforme sua visão, sistemas de proibição máxima ou mínima, se identificar a pena como útil, para a máxima segurança penal, ou como mínima restrição necessária da liberdade.

Por todos estes problemas expostos e por todas as teorias que tentam explicar o sentido da pena, o garantismo penal surge e assume um papel único e inovador na tutela dos direitos fundamentais, o que afasta a idéia de ser tanto um minimalismo penal, como uma teoria absolutista e autoritária.

O sistema garantista inova, pois, como o próprio Ferrajoli (2002) cita, apresentando dez condições, limites ou proibições que são identificadas como garantias da sociedade contra o arbítrio ou o erro penal. Neste sistema, não se admite qualquer imposição de pena sem a comissão de um delito, a legalidade do delito, a real necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, a característica externa ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do autor e, ainda, sua prova fática produzida por um processo que seja imparcial, público, que garanta o contraditório e que seja executado por procedimentos pré-estabelecidos.

Para o criador do garantismo penal, o sistema garantista reside nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos. “Garantismo”, com efeito, significa (Ferrajoli, 2002, p. 271):

“[...] precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da

maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal”.

O autor conclui sua teoria exprimindo a crítica a um sistema garantista irreal e longe de ser efetivado, pois o entrave está em remodelar as técnicas legislativas e judiciárias de modo que sejam capazes de assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. Além disso, torna-se igualmente difícil atuar e desenvolver, na prática, o sistema das garantias.

Se o Estado retirou da sociedade o “*jus puniendi*” e trouxe para ele a responsabilidade de punir, de recuperar e reeducar os presos, preparando-os para retornar à sociedade e se tornarem produtivos para que não reincidam em práticas delituosas, atuando de acordo com a estrita legalidade, como podemos ainda aceitar os milhares de presos que cumprem pena de forma subumana em celas superlotadas; o erro judiciário, no número intolerável de inocentes processados e até punidos.

Mas, para Ferrajoli (2002), o sistema garantista não é inalcançável, pois basta que, além das condições internas de validade, estejam presentes as condições externas nas quais o direito caminha, como a lealdade institucional dos poderes públicos, a maturidade democrática das forças políticas e sociais, sua disponibilidade para lutar pelos direitos, dando, assim, um sustento prático para o sistema normativo das garantias.

Dado o pensamento de Ferrajoli (2002) é que o garantismo é visto como a melhor forma de se aplicar o Estado Democrático de Direito na esfera penal. Foi tão intensa a luta por uma Constituição Brasileira pautada em direitos ao cidadão, sendo inaceitável que ainda temos um or-

denamento penal moderado na injustificação das penas, na discricionariedade do judiciário, no erro penal, na falência do sistema carcerário, onde há ofensas diárias à dignidade do ser humano.

O garantismo, portanto, poderá concretamente sobreviver, se apoiado pela luta por sua atuação, pela solidariedade dos entes políticos e sociais, do sentimento dos cidadãos dos próprios e dos outros direitos, das lutas individuais e coletivas para a sua defesa e para seu desenvolvimento, do empenho de toda a sociedade civil e intelectual contras as carências e distorções dos poderes, em todos os níveis do ordenamento. Será dessas garantias externas em conjuntos com as internas ou jurídicas que existirá o garantismo penal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios que se intenta valorizar o ser humano e posicioná-lo numa condição que o reconheça como possuidor de valores essenciais e inerentes à condição de pessoa, possuidora de direitos fundamentais, como a dignidade.

Foram tantas as pretensões no decorrer da evolução social que se chegou à conceituação mais apreciada pelo ordenamento jurídico. A construção teórica de Kant, sob o enfoque antropocêntrico, posiciona a dignidade do indivíduo acima de qualquer coisa mundana, ou seja, toda e qualquer instrumentalização do ser humano é repudiável por esta garantia fundamental.

A partir da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988, situando-a como valor supremo da ordem jurídica e como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é que se buscou vincular tal princípio como uma garantia de ordem penal. Portanto, o legislador se preocupou em transformar este princípio em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais.

Percorrendo um caminho orientado pelo pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, Alexandre de Moraes, Francisco de Assis Toledo, dentre outros autores estudados, buscou-se dar sentido ao princípio da dignidade da pessoa humana, analisando

do seus antecedentes históricos, logrando chegar à delimitação conceitual de tal princípio constitucional.

Após o diagnóstico da garantia fundamental em exame, o presente trabalho se baseou na busca de vinculação do Direito Penal com a Constituição Federal de 1988. Para isso, a análise partiu dos princípios constitucionais que influenciam e são as pilastras do ordenamento penal.

Dada a importância da dignidade da pessoa humana para a Constituição vigente é que se delimitou este princípio como base e fundamento para atuação do Estado no “*jus puniendi*”.

Ao analisar as várias teorias que tratam de uma das principais atividades do Estado na proteção da sociedade, qual seja, a aplicação da pena, encontrou-se o garantismo penal, modelo normativo de justificação que luta pela tutela dos direitos e valores inerentes à pessoa humana.

No intento de demonstrar que a teoria do garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli (2002), denota a preocupação da efetividade das normas fundamentadoras de um Estado Democrático de Direito, é que a presente pesquisa se iniciou.

Mesmo com as críticas desarranjadas de que o sistema garantista nunca será aplicado em sua concretude, entende-se que ele funda-se em modelo ideal do Estado de Direito, o qual está pautado na Constituição Federal Brasileira, por isso, com rigor, deve ser efetivado.

Ao reconhecer que o sistema penal vigente está se desviando do real significado de aplicação da pena e, ao observarmos a situação brasileira no desacreditar da sociedade na função punitiva do Estado, com a inaplicação da lei, dos direitos e garantias de todo o ser humano, se verificará que somente com a mobilização de todos os setores políticos e sociais, com a implantação de políticas públicas voltadas à efetiva ressocialização do criminoso e com a reestruturação dos estabelecimentos prisionais é que se garantirá a efetivação dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja ele criminoso, seja ele vítima do fato punível.

Se a sociedade clama pela verdadeira justiça e pela atuação incisiva do Estado, que se dá pelo poder de punir, ela também

tem que atuar de forma ativa, na defesa de tais interesses e na aplicação das garantias fundamentais de todo o indivíduo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Convenção (1969). **Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- BRASIL, Declaração (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal**: Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. 3. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- JÚNIOR, Celso Rodrigues Ferreira. **Os direitos humanos e o multiculturalismo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5898>>. Acesso em: 10 nov. 2007.
- LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.