

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO, HERMENÊUTICA E DIREITOS
FUNDAMENTAIS.**

RICARDO FERNANDES MAIA

**A CRISE NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL E A
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA O
HERMENEUTA**

**JUIZ DE FORA
2013**

RICARDO FERNANDES MAIA

**A CRISE NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL E A
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA O
HERMENEUTA**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em
Direito, Hermenêutica e Direitos Fundamentais da
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC,
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito.

Direito, Hermenêutica e Direitos Fundamentais
Orientador: Prof. Dr. Sebastião Trogo

**JUIZ DE FORA
2013**

Maia, Ricardo Fernandes.

A crise na interpretação da norma penal e a dignidade da pessoa humana como norte para o hermenêuta / Ricardo Fernandes Maia. – Juiz de Fora, 2013.

131 f.

Orientador: Prof. Sebastião Trogo
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, 2013.

1. Interpretação 2. Crise 3. Dignidade.

CDD:

Ricardo Fernandes Maia

A crise na interpretação da norma penal e a dignidade da pessoa humana como norte para o hermeneuta

Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira
UERJ-FAA

Prof. Dr. Sebastião Trogo
UNIPAC

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello
UNIPAC-FAA

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus e sua infinita graça e misericórdia que por tantas vezes me apanhou pelo caminho e me ergueu em meio às dificuldades. Ao amor incondicional de meus pais Jorge e Ieda que cultivaram em mim valores para a vida. Ao amigo e companheiro nas batalhas jurídicas Dr. Camilo Romualdo Bazzarella pela lealdade e amizade. Ao amigo Dr. Cleyson de Moraes Mello, um grande incentivador deste trabalho. Ao querido Dr. Sebastião Trogo, pelas grandes lições. Ao Dr. João Eduardo Alves Pereira e ao Dr. Antônio Celso Alves Pereira pelo carinho e amizade. Ao Dr. Nuno M. M. S. Coelho pela grande honra de ter sido seu aluno. Ao Centro de Ensino Superior de Valença pelo grande apoio que me foi dado. À Faculdade de Direito de Valença por ter me acolhido. Por fim, à minha esposa Lucineide e minha filha Ana Luiza, “pérolas da minha existência”.

Ao Mestre Yago Faria da Costa Pereira, que não está mais conosco, mas as doces recordações, as profundas lições, em especial seu exemplo de luta e amor à academia e ao Direito permanecem vivas em minha mente, eternamente.

RESUMO

O Direito Penal tem por sua essência a característica minimalista uma vez que somente deve ser utilizado naqueles casos onde os outros ramos do Direito não foram capazes de solucionar. Assistimos ao longo dos anos uma evolução da mentalidade punitiva que conduziu o Direito Penal novamente à sua essência, uma vez que depois de todos os momentos históricos o Direito Penal chega à atualidade com a sua característica minimalista em ascensão. A evolução do positivismo ao pós-positivismo traz o surgimento dos princípios não mais como velhos axiomas, mas com o *status* de norma, assim, verificamos uma nova concepção do Direito, em especial pelo fato de ter na dignidade da pessoa humana seu discurso legitimador. A interpretação da norma penal pelo procedimento metodológico vê-se superada em uma hermenêutica de cunho filosófico a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Os princípios passam a servir como norte para o hermeneuta buscando a compreensão do ser humano dentro de uma realidade histórica e cultural. Neste sentido a dignidade da pessoa humana surge como norte para o hermeneuta frente à crise na interpretação da norma penal superada pela hermenêutica filosófica.

Palavras-chave: Interpretação. Crise. Dignidade.

ABSTRACT

Criminal law is the characteristic minimalist essence once should only be used in those cases where the other branches of law have not been able to solve. Witnessed over the years an evolution of the mindset that led punitive criminal law back to its essence, since after all the historical moments Criminal Law arrives to the present with his characteristic minimalist rising. The evolution of positivism to post-positivism brings the emergence of the principles not as old axioms, but with the status of a rule thus found a new conception of the law, especially because der to have the dignity of the human person its legitimizing discourse. The interpretation of the criminal standard methodological procedure finds himself overcome in a philosophical hermeneutics from the principle of human dignity. The principles are to serve as north to hermeneut seeking to understand the human being within a historical and cultural reality. In this respect the dignity of the human person emerges as hermeneut north to face the crisis in interpreting the criminal standard surpassed by philosophical hermeneutics.

Keywords: Interpretation. Crisis. Dignity.

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 1.1 Objetivos | 10 |
| 1.2 Problema | 10 |
| 1.3 Justificativa | 11 |
| 1.4 Metodologia | 13 |
| 1.5 Inserção da dissertação na área de concentração e linha de pesquisa | 14 |
| 2 UMA VISÃO DO DIREITO PENAL COMO UM DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL E SUA NATUREZA FRAGMENTÁRIA | 15 |
| 2.1 Comentários sobre os instrumentos de controle social | 16 |
| 2.2 O Direito Penal como instrumento de controle social e sua natureza fragmentária. | 20 |
| 3 COMENTÁRIOS SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES DA MENTALIDADE PUNITIVA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL | 23 |
| 3.1 Breve análise da mentalidade penal primitiva | 25 |
| 3.2 A mentalidade punitiva no Direito Romano | 28 |
| 3.3 O Cristianismo | 30 |
| 3.3.1 Aspectos da história hebraica | 30 |
| 3.3.2 O velho testamento e a lei mosaica | 31 |
| 3.3.3 O novo testamento e a doutrina cristã | 32 |
| 3.4 O Cristianismo e as transformações na mentalidade punitiva | 34 |
| 3.4.1 A mentalidade punitiva medieval | 36 |
| 3.5 A idade moderna e o “suplício” | 37 |
| 3.6 O Iluminismo e os novos ideais penais | 38 |
| 3.6.1 A escola clássica | 41 |
| 3.6.2. A escola positiva | 42 |
| 3.7 O “ <i>JUS PUNIENDI</i> ” e as teorias sobre os fins da pena | 43 |
| 3.8 A mentalidade punitiva após a segunda guerra mundial | 44 |
| 3.9 O sistema progressivo e a “ressocialização” | 45 |
| 3.10 Pequena análise crítica do atual sistema punitivo | 46 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA O HERMENEUTA E SUA CORRELAÇÃO COM O MINIMALISMO PENAL. | 48 |
| 4.1 Análise da dignidade da pessoa humana sob o olhar filosófico | 63 |
| 4.2 O minimalismo penal e sua principiologia..... | 69 |
| 4.3 Princípios minimalistas..... | 75 |
| 4.4 Princípio da intervenção mínima..... | 75 |
| 4.5 Princípio da lesividade | 77 |
| 4.6 Princípio da adequação social | 78 |
| 4.7 Princípio da fragmentariedade | 79 |
| 4.8 Princípio da insignificância | 80 |
| 4.9 Princípio da proporcionalidade | 82 |
| 4. 10 Considerações finais sobre o minimalismo penal..... | 84 |
| 5 COMENTÁRIOS SOBRE A HERMENÊUTICA METODOLÓGICA E SUA SUPERAÇÃO PELA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA..... | 85 |
| 6. APONTAMENTOS ESPECÍFICOS SOBRE A CRISE NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL | 105 |
| 6.1 Lei de segurança nacional | 106 |
| 6.2 Do crime de favorecimento real | 108 |
| 6.3 Do crime de favorecimento pessoal | 111 |
| 6.4 Do estupro de vulnerável | 113 |
| 6.5 Da lei de tóxicos | 117 |
| 6.6 Da apologia ao crime ou criminoso..... | 120 |
| 6.7 Do crime de petrechos de falsificação. | 122 |
| 6.8 Da suspensão condicional da execução da pena | 123 |
| 6.9 Do livramento condicional..... | 126 |
| 7. CONCLUSÃO | 129 |
| REFERÊNCIAS | 133 |

1 INTRODUÇÃO

1.1 Objetivos

O Direito Penal possui a importante missão de proteger os bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade, assim sendo, a compreensão do caso penal requer um cuidado especial, até porque, é o Direito Penal quem possui a maior arma de coerção posto à disposição do Direito que é a pena de privação da liberdade.

O presente trabalho tem por objetivo apontar a crise existente na interpretação da norma penal instaurada no positivismo por meio da aplicação da hermenêutica metodológica, investigando o fenômeno da mutação da mentalidade punitiva ao longo do tempo, seus impactos na interpretação da norma penal e o desafio do aplicador do Direito em investigar no caso concreto, a superação da hermenêutica metodológica pela hermenêutica filosófica na busca da compreensão fenomenológica do caso penal ancorada na dignidade da pessoa humana.

1.2 Problema

Primeiramente podemos sintetizar o problema em uma indagação. “Como deverá se guiar o aplicador do Direito ao caso concreto, frente ao desafio da compreensão do caso penal e a superação dos dogmas positivistas, tendo como ideal a busca pela dignidade da pessoa humana”?

Visto por esta ótica, podemos observar que a interpretação do caso penal representa um trabalho complexo. Os ideais, valores, interesses e especulações que ao longo do tempo variaram segundo a ótica social suscetível à influência de uma elite dominante ou do pensamento coletivo são elementos de estudo neste trabalho. Ao longo do tempo, como veremos, os ideais penais sofreram grandes variações e as normas penais, segundo um pensamento espelhado em uma hermenêutica metodológica, foram interpretadas no sentido de atender aos anseios de dominação de uma elite, como aconteceu na história antiga, onde somente se via o “verdadeiro direito” na expressão da lei. Exemplos marcantes sobre este aspecto serão vistos quando da análise da mentalidade punitiva romana e medieval.

Ao longo do trabalho analisaremos a superação da hermenêutica metodológica e seus “métodos” de interpretação, suas especificações e aplicações atreladas ao positivismo jurídico. Analisaremos por meio de casos específicos como se procede a compreensão do caso penal, ou seja, a missão do hermeneuta em analisar o caso concreto, rompendo com os dogmas de uma hermenêutica metodológica e buscando a dignidade da pessoa humana em uma perspectiva ancorada na hermenêutica filosófica.

A análise dos métodos de interpretação da norma penal nos mostrará o desafio que o hermeneuta encontrava ante a ausência de uma hierarquização ou até mesmo de uma sistematização destes métodos interpretativos, o que causava certa insegurança jurídica e que contraria todo o arcabouço do Estado Democrático de Direito e em especial a dignidade da pessoa humana. A superação desta crise será observada com a análise da hermenêutica filosófica e a compreensão do ser dentro de sua realidade histórica, social e cultural, tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

1.3 Justificativa

Justifica-se este trabalho pela sua relevância no que diz respeito à função do aplicador do Direito em solucionar o caso penal, devendo discernir por meio de um trabalho hermenêutico aquela solução que de fato venha a trazer justiça almejada pelo Direito Penal trilhando o caminho da hermenêutica filosófica e tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

O que se quer negar nos dias atuais é a lamentável utilização de métodos interpretativos superados pela hermenêutica filosófica. A insistência na utilização destes métodos interpretativos acaba por ocasionar uma crise uma vez que tais métodos pertencem às ciências naturais e o Direito não pertence a estas ciências, mas se trata de uma “ciência do espírito”. Cumpre ressaltar que na hermenêutica metodológica uma grande crise se verifica ante a ausência de uniformização ou de hierarquização de seus “métodos”. A compreensão do caso penal trata-se de um trabalho hermenêutico filosófico onde não há espaço para subjetivismos ou desconfianças de que elementos extrapenais, de forma persuasiva tenham influenciado nas decisões penais, como a mídia, o interesse de uma elite dominante ou até mesmo interesses políticos. Esta influência é repudiada no Estado Democrático de Direito. Cumpre ressaltar também que

a busca da verdade não está na interpretação do texto legal, mas sim na compreensão do caso concreto posto sob a análise do hermeneuta, assim sendo, como será abordado adiante, a hermenêutica filosófica vem a romper com este paradigma legalista trazido pela hermenêutica metodológica.

A necessidade de um norte para o hermeneuta representa uma forma de humanização da interpretação do caso penal e, em última análise, uma forma de consagração da dignidade da pessoa humana como elemento indispensável do Estado Democrático de Direito. A superação da relação sujeito-objeto, legado da hermenêutica metodológica, baseado em uma relação de causa e efeito, pelo olhar da hermenêutica filosófica a partir na noção de compreensão do ser no mundo, consagra uma relação entre sujeito e sujeito, neste caminho hermenêutico a dignidade da pessoa humana assume o centro do discurso jurídico.

Ao nos depararmos com a crise na interpretação do caso penal promovida pela hermenêutica metodológica e a sua superação pela hermenêutica filosófica, passaremos a analisar uma postura de política criminal que vem ganhando força em nossos dias em razão da crescente constitucionalização do Direito que é o Minimalismo Penal, baseado no princípio da intervenção mínima e que apregoa a humanização do texto legal buscando um abrandamento repressivo, ou seja, uma intervenção mínima do Direito Penal frente aos outros ramos do Direito. O pensamento minimalista pode ser conhecido por meio dos estudos referentes aos chamados “princípios minimalistas”, os quais serão analisados minuciosamente, como forma de buscar o real sentido deste ideal de política criminal e sua correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a análise do minimalismo penal, buscaremos afirmar que este pensamento está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana, sendo esta, o norte para o hermeneuta em busca da superação da crise interpretativa vista na hermenêutica clássica, ou seja, os princípios minimalistas, uma vez correlacionados à dignidade da pessoa humana poderão servir de norte para o hermeneuta uma vez que serão úteis no caminho da compreensão do ser inserido em sua realidade histórica e cultural.

Por fim, justifica-se esta pesquisa pelo fato de merecer o tema um aprofundamento doutrinário e teórico sobre as possíveis soluções a serem superadas em nível de interpretação do caso penal e que ainda geram incertezas para o aplicador do Direito.

1.4 Metodologia

A metodologia aplicada se desenvolveu por meio de pesquisas doutrinárias sobre a evolução do pensamento político criminal, suas manifestações ao longo do tempo e a maneira com que a interpretação do caso penal foi realizada pelos aplicadores da lei. Todo este trabalho foi espelhado em obras de doutrinadores de Direito Penal, Constitucional e Filosofia do Direito, como forma de embasar cientificamente este estudo. Buscamos também auxílios de historiadores naqueles casos onde foi necessária uma análise histórica de determinados aspectos da mentalidade punitiva, bem como dos meios e modos pelos quais as normas penais foram interpretadas ao longo da evolução da história humana.

De forma científica, buscamos estabelecer um diálogo entre historiadores do Direito, autores penalistas e filósofos como forma de desvendar a crise existencial na interpretação do caso penal e uma solução para esta crise. Este trabalho, por fim, buscou demonstrar por meio da análise de vários casos estampados nas normas penais as grandes dificuldades encontradas pelo aplicador do Direito Penal e como o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir como aporte para o hermeneuta.

No capítulo 2 deste trabalho, como forma de fincar nossos estudos em uma base sólida dogmática, realizamos uma investigação sobre o Direito Penal como instrumento de controle social e sua natureza fragmentária, destacando que sua aplicabilidade deve se dar somente quando os outros ramos do Direito não foram suficientemente capazes de solucionar o litígio.

No capítulo 3, por meio de pesquisas às obras elaboradas por historiadores, traçamos uma linha temporal onde foi possível investigar e desvendar a mentalidade punitiva que determinou a interpretação do caso penal ao longo dos anos até chegarmos ao pensamento minimalista.

No capítulo 4 voltamos toda a nossa atenção para a dignidade da pessoa humana como centro legitimador do Direito, seu olhar filosófico e sua correlação com os princípios minimalistas de Direito Penal. Neste diapasão foi feito também uma análise de cada princípio minimalista e seus impactos sobre a interpretação do caso penal, buscando destacar sua importância para o tema.

No capítulo 5 realizamos um breve estudo sobre a hermenêutica metodológica e sua superação pela hermenêutica filosófica buscando identificar a crise existente dentro de um sistema de interpretação metodológica e sua superação por meio do surgimento de um novo paradigma ocasionado pela hermenêutica filosófica.

No capítulo 6 apontamos a crise na interpretação da norma penal de forma explícita, demonstrando categoricamente a ausência de um norte interpretativo dentro de uma ótica metodológica e seus impactos da ordem jurídica. Neste capítulo evidenciamos o minimalismo penal, bem como a dignidade da pessoa humana como norte a ser seguido pelo intérprete dentro de uma hermenêutica filosófica.

Por último, concluímos pela dignidade da pessoa humana como norte para o hermeneuta pelos caminhos da hermenêutica filosófica, fazendo todas as considerações finais a respeito do que foi abordado como forma de estabelecer nosso entendimento.

1.5 Inserção da dissertação na área de concentração e linha de pesquisa

A crise na interpretação da norma penal e a dignidade da pessoa humana como norte para o hermeneuta foi escolhida dentro do tópico “Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo” tendo como linha de pesquisa “Justiça e Razão Prática: reconstrução fenomenológica do direito como pensamento ético-prático”.

A linha de pesquisa escolhida encontra-se em total harmonia com os objetivos deste trabalho que tem como principais características a busca da humanização sobre a compreensão do caso penal, a criação de uma mentalidade acadêmica voltada para a necessidade de se observar a importância da dignidade da pessoa humana no âmbito da aplicação da norma penal e apontar um norte hermenêutico para a solução da crise na interpretação baseada em “métodos” por meio da utilização de uma hermenêutica de cunho filosófico que prima pela dignidade da pessoa humana como discurso legitimador do Direito.

De fato, a busca de uma solução sobre a crise na interpretação da norma penal por meio da ótica consagrada na hermenêutica filosófica aplicada ao Direito Penal tem como escopo único o enaltecimento dos valores constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana, enquanto “pessoa humana”, no que diz respeito a expurgar do processo

interpretativo todo e qualquer sentimento subjetivista. Vale ressaltar que a real efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo carecem de uma interpretação minimalista dos casos de Direito Penal. No que diz respeito à reconstrução fenomenológica do Direito como pensamento ético-prático, certamente é necessário salientar que o trabalho fortalece a criação de uma mentalidade acadêmica voltada para a preservação dos ideais humanitários espelhados nas garantias constitucionais. É indispensável semear e cultivar os ideais, em especial, aqueles que primam pela dignidade da pessoa humana passando pelo crivo da ética e do respeito ao homem como sendo o início e o fim da aventura do Direito.

2 UMA VISÃO DO DIREITO PENAL COMO UM DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL E SUA NATUREZA FRAGMENTÁRIA

Antes de adentrarmos no cerne dos estudos que envolvem o tema, entendemos ser necessária uma singela análise do Direito Penal como instrumento de controle social, sua importância, suas funções e seu posicionamento comparativo frente aos demais instrumentos de controle social postos à disposição da sociedade. Como veremos o Direito não se trata do único instrumento de controle social. Ao seu lado coexistem outros instrumentos como os costumes, a moral e a religião, no entanto, o Direito representa o instrumento de controle mais forte posto à disposição do Estado para a consecução da paz social. Como ramo do Direito, o Direito Penal também exerce um importante papel no controle social, no entanto, tal controle ocorre de forma peculiar merecendo uma análise detalhada como forma de preparar o entendimento necessário sobre a interpretação do caso penal. O trabalho hermenêutico que incide sobre o caso penal logrará êxito com mais acuidade a partir do momento que o hermeneuta entender o Direito Penal como instrumento de controle social, sua missão e importância.

Cumpra-nos então, para uma melhor compreensão e visibilidade do tema, realizar uma breve digressão sobre cada um desses instrumentos de controle social, apresentando suas diferenciações e peculiaridades, dando, evidentemente, uma maior atenção para o Direito, em especial, para o Direito Penal.

2.1 Comentários sobre os instrumentos de controle social

A vida em sociedade, como se observa de forma incisiva por todos os estudiosos das ciências sociais aplicadas, depende da coexistência harmoniosa dos chamados instrumentos de controle social, que podem ser traduzidos, ainda que de forma precária, em “mecanismos” que pautam a vida em sociedade como forma de ordenar, reger, validar e até mesmo garantir a vida em coletividade.

Dentre os instrumentos de controle social, destacamos a religião, os costumes e o Direito.

Sobre a religião, cabe salientar, sem adentrarmos aqui em sua importante função de controle, que dela se abstrai um relevante complexo axiomático que atua como condutor do comportamento do “homem religioso”. Os valores exaltados na religião visam unir o homem à divindade e esta união, faz com que este passe a pautar sua conduta social de forma a atingir a perfeição. Observa-se, entretanto, que o centro gravitacional deste instrumento de controle gira em torno da divindade e não do homem, uma vez que perante a divindade o homem se vê como detentor de obrigações e não como sujeito de direitos. A religião impõe, de forma potestativa suas regras, seus dogmas que não podem ser objetos de debate ou releitura. Cabe ao homem se adequar àquelas regras religiosas e permanecer fiel de forma submissa e contrita. O homem perante a divindade não possui direitos, mas tão somente obrigações a serem respeitadas e cumpridas de forma intangível, no entanto esta submissão possui um reflexo social em seu comportamento coletivo, levando-o sempre a buscar um bem estar com os outros membros da sociedade.

À razão prática respondem, de nova forma, os costumes religiosos, ritos, orações, práticas ascetas, contemplação, cultos, etc., que são formas de expiação de faltas e de encontro com a divindade; e à razão teórica responde a necessidade de justificação da divindade como potestado do Universo, a quem se suplica a superação das agruras da vida humana. Em contrapartida, normas severas de conduta são impostas aos crentes pelas religiões, quase sempre em choque com a ordem normativa costumeira vigente, ainda que, com o tempo, venham a se compatibilizarem entre si, ou por sua identificação uma com a outra como valor de efetividade social ou por se respeitarem reciprocamente como válidas cada uma em seus campos ideais. E a ordem normativa religiosa impõe também aos crentes apenas obrigações. (ARAÚJO, 2005, p. 277).

A respeito da ordem costumeira como instrumento de controle social, cumpre-nos observar os valores morais e éticos que se apresentam de forma evidente nas chamadas regras de trato social, onde se verificam os padrões comportamentais que norteiam o homem no sentido de pautar sua conduta como forma de evitar a rejeição por parte da coletividade. Cumpre-nos aqui salientar que, assim como na religião, o homem, frente aos padrões costumeiros de uma sociedade em um determinado tempo e lugar, se apresenta como um mero detentor de obrigações e não um sujeito de direitos, assim sendo, se uma pessoa não quiser se ver rejeitada pelo grupo, deve se adaptar completamente aos costumes e aos padrões comportamentais daquela coletividade, padrões estes que, em regra, não admitem questionamentos, cabendo ao indivíduo apenas a submissão àqueles padrões.

Os costumes, que se mantêm, conscientes ou não, e a respectiva ordem normativa, que lhes corresponde, limitam-se a satisfazer os interesses dominantes no grupo primitivo ou na sociedade, impondo apenas deveres aos seus membros. (ARAÚJO, 2005, p. 275).

Importante destacar a importância dos costumes como instrumentos de controle social, uma vez que o ser humano como ser social amolda-se em sua convivência com os seus pares buscando uma conformidade de sua conduta com os costumes eleitos pelo grupamento social condicionado a uma realidade histórica e cultural.

Consequentemente seria errôneo, mesmo depois da separação entre Direito e moral, também negar toda a função social do costume. Na “sociedade”, todavia, ainda permanecem vivos inúmeros fragmentos de “comunidade”, camadas populares e povos primitivos, nos quais ainda pode exercer sua obra educativa. Mas, como também a vida em comum, o domínio do costume prepara a sua transformação em moral (e direito), assim mesmo na educação individual a moral aparece primeiramente na forma de costume; nenhuma educação pode, em seu início, prescindir da norma categórica: “Isto não se faz” – que significa, pois, a referência ao costume. Esta função que o costume ainda cumpre na atualidade não invalida a constatação anterior de que ele não está sistematicamente situado ao lado do direito e da moral, mas sim previamente ordenado em termos históricos – tal como o machado de pedra e o dardo, ainda hoje em uso, no conhecimento sistemático das armas só podem aparecer na introdução histórica. (RADBRUCH, 2010, p. 75).

No que diz respeito ao Direito, podemos vislumbrá-lo como um conjunto de normas e regras impostas coercitivamente pelo Estado como forma de pautar o viver em sociedade. A interdependência entre Direito e sociedade pode ser traduzida no

conhecido silogismo sócio jurídico “*ubi homo ibi societas, ubi societas ibi jus, ergo, ubi homo ibi jus*”. Onde está o homem aí está a sociedade, onde está a sociedade aí está o Direito, logo, onde está o homem aí está o Direito. Por meio deste silogismo, é possível concluir, com precisão, que o Direito como instrumento de controle social se mostra como fundamental para a existência da própria sociedade. A existência da sociedade depende dos limites impostos aos seus membros por meio da ordem jurídica, das leis coercitivas, do funcionamento livre e imparcial dos órgãos do Poder Judiciário na decisão dos litígios, da obediência à legalidade aos membros do Poder Executivo, enfim a sociedade depende do Direito, assim compreendido no ordenamento jurídico, para existir e continuar existindo. O Direito é o maior e mais importante instrumento de controle social conhecido uma vez que este possui uma característica desconhecida nos costumes e na religião, que é a coercibilidade, ou seja, pode o Estado impor suas regras jurídicas por meio da coerção como forma de obrigar ao indivíduo agir desta ou daquela maneira. “Pertence a coercibilidade à essência do Direito. Significa isto que o Direito, no caso de inobservância, pode fazer-se valer pela força. As normas jurídicas são coercíveis; tal característica distingue-se das restantes normas”. (VECHIO, 1948, p. 80).

Na religião, não se admite, legitimamente, uma autoridade religiosa impor ao indivíduo que se submeta aos seus ritos ou dogmas, pois, neste instrumento de controle é o indivíduo que espontaneamente se submete às suas ordenanças, no entanto possui a liberdade de não pertencer àquela religião ou até mesmo não pertencer à religião alguma. Quanto aos costumes, de igual modo, o indivíduo pode escolher seguir determinados padrões sociais ou não, podendo inclusive, aceitar a exclusão ou marginalização imposta por aquele grupo e pacificamente conviver com este afastamento. No entanto, quanto ao Direito como instrumento de controle social, este não permite uma escolha por parte do indivíduo, pois suas leis são impostas coercitivamente e imperativamente. Um inadimplemento de uma prestação de alimentos a um dependente irá gerar uma prisão civil, a prática de uma conduta delituosa irá gerar uma pena, o não comparecimento de uma testemunha em juízo fará com que o Juiz determine sua condução coercitiva para prestar depoimento, o não pagamento de uma dívida gera uma ação de cobrança que pode originar uma penhora de bens do devedor e assim por diante.

O Direito não é o único instrumento responsável pela harmonia da vida social. A Moral, Religião e Regras de Trato Social são outros processos normativos que condicionam a vivência do homem na sociedade. De todos, porém, o Direito é o que possui maior pretensão de efetividade, pois não se limita a descrever modelos de conduta social, simplesmente sugerindo ou aconselhando. A coação – força a serviço do Direito – é um de seus elementos e inexistente nos setores da Moral, regras de trato social e Religião (NADER, 1999, p. 35).

A moral, certamente, desempenha um controle social na medida em que consubstancia um conjunto de valores e princípios que vão influenciar o comportamento do indivíduo ao grupo. Devemos entender a moral como tradução de um sentimento reinante na maioria, ou seja, a moral social representa o sentimento coletivo com relação aos padrões comportamentais escolhidos como ideais para a sociedade.

O caráter social da moral é por vezes posto em questão apontando-se que, além das normas morais que estatuem sobre a conduta de um homem face de outro, há ainda normas morais que prescrevem uma conduta do homem em face de si mesmo, como a norma que proíbe o suicídio ou as normas que prescrevem a coragem ou a castidade. O certo, porém, é que estas normas apenas surgem na consciência dos homens que vivem em sociedade. Na verdade, só por causa dos efeitos que esta conduta tem sobre a comunidade é que ela se transforma, na consciência dos membros da comunidade, numa norma moral. Também os deveres do homem para consigo próprio são deveres para com a sociedade. (KELSEN, 2006, p. 67).

No entanto a grande diferença que gostaríamos de destacar neste momento entre o Direito e os demais instrumentos de controle social está no fato de que enquanto o centro de imputação na ordem costumeira gira em torno do grupo e na Religião em torno da divindade, no Direito o centro de imputação é o homem, uma vez que no Direito o ser humano não se apresenta como um simples detentor de obrigações, mas também um possuidor de direitos. A alteridade desta forma se apresenta como característica única e exclusiva do Direito uma vez que aqui para cada direito existe uma obrigação e para cada obrigação um direito. Desta mesma forma deve ser analisado o teor das normas jurídicas. A alteridade se apresenta, portanto, como uma marca de tais normas, assim sendo para cada direito verifica-se uma obrigação contraposta.

Sobre o homem como centro de imputação no Direito, destacamos a importância do conceito de segurança jurídica, uma vez que representa uma finalidade do Direito, com o fim de derrubar as barreiras com que o Estado histórico cingiu a liberdade individual.

Somente a segurança jurídica o indivíduo não pode alcançar com suas próprias forças, e para isso, apenas para isso, torna-se necessária a aliança com o Estado. Esse não passa de um meio subordinado, ao qual não se pode sacrificar o verdadeiro fim, ou seja, o homem. O homem, o indivíduo, o legítimo fim, encerra, sumariza toda esta postura. É inteiramente estranha a este escrito a ideia, tão visível, tão perceptível pelo mais superficial relance, segundo o qual o homem também existe para os outros. (IHERING, 1979, p. 287).

O Direito como instrumento de controle social eleva o homem ao *status* de detentor de obrigações e sujeito de direitos, uma vez que, da mesma forma com que o submete ao império das leis norteando o seu comportamento social de acordo com os ditames jurídicos, concede ao indivíduo que busque no ordenamento jurídico seus direitos exigindo do Estado a sua devida contraprestação.

Alteridade vem do latim *alteritas* que significa ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro. A alteridade da norma jurídica está relacionada com a intersubjetividade, ou seja, traduz uma relação com o outro, entre duas ou mais pessoas. É uma característica importante da norma jurídica, já que ao realizar atos jurídicos devo pensar no outro, nas consequências deste ato. (MELLO, 2006, p. 148).

Um grande diferencial entre Direito, moral e religião está na coercibilidade das normas jurídicas, inexistentes nas normas morais e religiosas.

O Direito, a moralidade e a religião, todos os três proíbem o assassinato. Só que o Direito faz isso estabelecendo que, se um homem cometer assassinato, então outro homem, determinado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir, não matará. E, se um assassino é relegado moralmente ao ostracismo por seus pares, e se vários assassinos evitam o assassinato não tanto porque desejam evitar a punição do Direito, mas a desaprovação moral de seus pares permanece ainda uma grande diferença: a de que o Direito consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem e socialmente organizada, ao passo que a reação moral contra a conduta imoral não é nem estabelecida pela moral, nem é, quando estabelecida, socialmente organizada. (KELSEN, 1992, p. 26).

2.2 O Direito Penal como instrumento de controle social e sua natureza fragmentária.

Antes mesmo de falarmos sobre o Direito Penal enquanto instrumento de controle social, cumpre-nos tecer alguns esclarecimentos a respeito das verdadeiras funções do Direito Penal.

Podemos citar ao menos duas funções do Direito Penal. A primeira delas é a função de tutela ou de proteção, de natureza social que se traduz na proteção dos bens jurídicos considerados fundamentais em uma sociedade, por meio da imposição de pena. A segunda função é a garantista que consiste na importante função de proteger os cidadãos contra eventuais abusos do poder punitivo do Estado.

Não há como falar, portanto, no dualismo que a ciência penal da atualidade insiste em enxergar o Direito Penal “defensivista”, tendente a destacar a sua função protetora de bens e interesses jurídicos e Direito Penal “garantista”, que privilegiaria a tutela aos direitos humanos em detrimento da função de defesa. (MARINHO, 2009, p. 8).

Apesar do Direito Penal possuir suas funções bem delineadas como visto acima, não se pode negar o fato de ser um ramo do Direito possuindo um inegável papel como instrumento de controle social, especialmente pelo fato de possuir em seu universo a sanção penal como forma de retribuição àquele que vem a praticar um ilícito penal. É justamente na aplicação da pena que se vê com mais nitidez a função de controle social que o Direito Penal exerce no seio social. A análise das finalidades da pena revela todo o potencial do Direito Penal como instrumento de controle social.

No que diz respeito ao fenômeno do controle social do Direito Penal tendo como foco os fins da pena, destacamos a finalidade da prevenção geral.

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados para a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração pena. Existe, outrossim, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que, para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não a prevenção negativa dos delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de algum delito; seu propósito vai, além disso, infundir na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social. (GRECO, 2011, p. 473).

De fato, o “exemplo” social que a pena exerce naqueles que presenciam a sua aplicação sobre o que praticou o crime, tem por finalidade a intimidação aos demais membros da coletividade, fazendo com que estes se mostrem inibidos em praticar,

porventura, alguma conduta ilícita, ocasionando desta forma uma espécie de controle social.

Do mesmo modo, a prevenção especial também revela o caráter de instrumento de controle social do Direito Penal. Esta por sua vez deve ser entendida como a prevenção voltada não ao grupo social, mas sim ao indivíduo que praticou o crime, visando a sua ressocialização como forma de evitar futuras condutas ilícitas por parte daquele que recebera a sanção penal. “A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”. (BITENCOURT, 2008, p. 94).

O Direito visto de forma conglobada, ou seja, em sua totalidade, de maneira a envolver todos os seus ramos ou subdivisões, e pautar as mais diversas formas de relacionamento humano, representa o instrumento de controle social por excelência, no entanto, no que diz respeito ao Direito Penal como um dos ramos do Direito, sua potencialidade no controle social deve ser analisado de forma peculiar.

O Direito Penal possui uma natureza fragmentária, ou seja, é formado por fragmentos de condutas sociais não disciplinadas pelo outros ramos do Direito. Por ter a mais forte arma de controle social que é a pena, o Direito Penal deve ser utilizado como a *ultima ratio*, ou seja, somente quando os outros ramos do Direito não foram capazes de solucionar as questões apresentadas é que o Estado deverá lançar mão do Direito Penal com o fim de restabelecer a ordem social abalada pela conduta ilícita. Nota-se, portanto, que o Direito Penal possui natureza fragmentária, ou seja, formado por fragmentos deixados por todos os outros ramos do Direito.

O Direito Penal quer significar, em síntese, que uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a Lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando assim, a sua natureza fragmentária. (GRECO, 2011, p. 59).

Partindo-se da ideia da fragmentariedade, podemos concluir que o Direito Penal se relaciona com todos os outros ramos do Direito, preenchendo os “espaços” não alcançados por estes. Desta maneira, assim como o Direito em sua forma globalizada representa um instrumento de controle social, o Direito Penal fragmentário da mesma

forma se apresenta como instrumento de controle social, seja inibindo a sociedade de forma geral a não delinquir, seja ressocializando o condenado por meio da aplicação da pena, seja servindo como aporte para os outros ramos do Direito no que diz respeito ao controle dos indivíduos em sociedade, no entanto, este mesmo caráter fragmentário faz com que o Direito Penal possua um papel secundário no controle social, pois o Estado somente se servirá das normas penais quando os outros ramos do Direito não se mostrarem suficientemente capazes de solucionar os casos apresentados. Não queremos afirmar que o Direito Penal com isto vem a perder seu papel de instrumento de controle social, mas sim que este papel existe, é muito importante, mas possui sua aplicabilidade mitigada frente ao princípio da fragmentariedade.

O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes e, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento de interesses jurídicos. Por isso é fragmentário. (JESUS, 2012, p. 52).

Desta maneira, pelo que foi demonstrado, tendo em vista a natureza fragmentária do Direito Penal, atuante somente aqueles casos não regulados pelos outros ramos jurídicos, e, partindo-se do princípio que a norma penal deve ser utilizada segundo a *ultima ratio*, é possível concluir que, como instrumento de controle social, o Direito Penal ocupa um lugar modesto se comparado com os outros ramos jurídicos.

O sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo (apesar de que frequentemente, inclusive neste âmbito, se tratou de encobrir tal discurso, ainda que de forma grosseira, dado o inquestionável da realidade punitiva). Dentro do sistema penal, como veremos de imediato, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, de modo que a sua importância, embora inegável, não é tão absoluta como às vezes se pretende, especialmente quando dimensionamos o enorme campo de controle social que cai fora de seus limites. Para evitar os enganos onipotentes, que levam à produção de efeitos paradoxais por via de ficções, é indispensável ter presente, a todo o momento, estes limites e este programa. (ZAFFARONI, 2008, p. 65).

3 COMENTÁRIOS SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES DA MENTALIDADE PUNITIVA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

O homem exerce suas funções sociais à medida que se subordina às imposições traçadas pela própria sociedade, e esta se subordina a uma ordem Estatal, a qual cabe o

papel de governar e disciplinar juridicamente um povo, logo, o homem se encontra atrelado a uma realidade que se apresenta condicionada a um espaço temporal e na medida em que evolui a história humana, tais realidades sociais se transformam assumindo diversas faces.

De certo, a mentalidade humana se transforma com o passar do tempo, o que não poderia ser diferente com a mentalidade punitiva que sofreu ao longo da história inúmeras transformações, promovendo a evolução do sistema penal e do Direito Penal como instrumento de controle social. Desta maneira cada sociedade elegeu em seu tempo, as suas próprias convicções com relação ao fenômeno da criminalidade, bem como os meios empregados no controle dos eventuais desvios de conduta.

Assim, repetindo: a questão da aplicação legislativa da pena é uma questão de pura política social na acepção dada supra. É susceptível de reunir-se na máxima: haja pena sempre onde a sociedade se veja incapaz de existir sem ela! Já que isto é problema da experiência histórica, de condições de vida e de moralidade dos mais diversos povos e épocas, a esfera de validade da pena, em face da esfera de validade do direito civil, ou, o que significa o mesmo, a do crime em sentido amplo, é mutável historicamente, assim como o do direito em relação à moralidade. (IHERING, 1979, p. 262).

Não podemos deixar de afirmar que esta modificação na mentalidade social impulsiona transformações na ordem jurídica como uma consequência lógica do fenômeno de adaptação social.

As normas jurídicas, em sua história ou positiva existência, fluem constantemente: vigoram algum tempo, para logo outras substituírem. Esta renovação contínua tem a provocá-la no espírito humano, de que o Direito é um dos produtos. Desenvolve-se a mente humana, erguendo-se de graus inferiores a graus superiores da consciência e da atividade; e o Direito acompanha o desenvolvimento dela. Além disso, se as condições da vida se modificam, ou as circunstâncias de tempo e lugar, imediatamente o Direito tenderá a refletir alterações. Todos os fenômenos, nomeadamente os da vida social, entre os quais se encontram os jurídicos, acham entre si concatenados. (VECHIO, 1948, p. 239).

Neste momento, partimos para o sentido de analisar algumas das mentalidades punitivas que existiram durante a história humana bem como estudar as suas transformações e sua evolução até os dias atuais. É importante salientar aqui que esta pesquisa visa tão somente à análise da evolução e as transformações dos ideais punitivos e não dos sistemas penais.

No afã de compreender melhor esta evolução da mentalidade punitiva, estudaremos também a importância do Cristianismo como um marco para a transformação da mentalidade humana através da sua linha de pensamento que transformou o mundo ocidental.

Para melhor entendimento do tema, faremos um breve apanhado pela história buscando a análise de algumas formas assumidas pela mentalidade punitiva ao longo dos anos e também veremos como o Cristianismo influenciou essas transformações. Por fim faremos uma reflexão nas atuais tendências penais existentes em um mundo cheio de desigualdades e conflitos sociais, porém grandemente influenciado pelo Cristianismo, como forma de acentuar as funções do Direito Penal enquanto instrumento de controle social e entendermos a melhor maneira de sua interpretação e aplicação.

3.1 Breve análise da mentalidade penal primitiva

O crime por ser um fenômeno social, revela-se como um acontecimento natural que se infiltra no seio da sociedade, contaminando-a e causando repúdio. A conceituação do crime é uma tarefa complexa devido aos aspectos morais, religiosos, econômicos, filosóficos, políticos, etc., que variam no tempo e no espaço.

Notamos, contudo, a presença do “direito punitivo” nos primeiros grupamentos humanos, apesar de tal sistema de repressão se apresentar com uma grande carência de conceitos, princípios jurídicos e até mesmo de uma estruturação racional, tendo em vista o caráter primitivo desses primeiros agrupamentos. No interior dessas comunidades, existiam costumes e princípios morais, que com o passar do tempo consolidados, subordinavam os indivíduos do grupo a tais exigências deveriam ser respeitadas. “Estas imposições eram transmitidas de geração em geração, tornando assim sua obrigatoriedade um fenômeno que se prolongava no tempo”. (MARQUES , 1998, p. 117).

Esses grupamentos também chamados clãs, viviam unidos devido a uma grande necessidade de proteção, uma vez que a barbárie tomara conta da sociedade e viver afastado do grupo seria perigoso. Surgia então um vínculo entre os membros do clã, e deste vínculo nasce a chamada “vingança privada” como forma de retribuir o mal sofrido através de outra ação maléfica que, assolando o malfeitor, satisfaria o interesse

punitivo da vítima. Esta primeira mentalidade punitiva, notavelmente desnutrida de civilidade, ao menos para os padrões atuais, demonstra um caráter primitivo e arcaico na qual viviam essas sociedades. “Importante notar aí a presença da Lei de Talião consagrada na máxima “olho por olho, dente por dente”, como forma de equivalência ou proporcionalidade entre a ação reprovável e a punição”. (MARQUES, 1998, p. 117).

Nestas comunidades existia uma identificação entre o indivíduo e os demais membros de seu grupo de forma que a sanção não atingia somente o autor da ofensa, mas sim a todo o grupo.

Pode parecer que o princípio segundo o qual a sanção é dirigida contra os delinquentes tem apenas uma validade restrita. O Direito primitivo, pelo menos, parece apresentar exceções. A sanção transcendental que emana de um poder sobre humano é, na crença do homem primitivo, muitas vezes dirigidas não apenas contra o delinquente, mas também contra outras pessoas que não tomaram parte do delito, nem tinham qualquer condição de impedi-lo. Se alguém viola uma regra do tabu, e se, mais tarde, sua esposa ou seu filho ficarem doentes, isso é interpretado como punição. (KELSEN, 1992, p. 59).

Com o crescimento dos grupamentos e o aumento das relações interindividuais, a vingança privada passou a ser encarada como um fator gerador de várias guerras e problemas sociais sendo substituídas pelas penas administradas por um poder central. “Dentro deste novo caráter agora público das sanções, a sociedade primitiva passou a ser regido pelo “Estado Teológico”, caracterizado por uma mentalidade de satisfação da divindade ofendida com a prática criminal”. (MARQUES, 1998, p. 117).

Alguns códigos da antiguidade como o de Manu na Índia e o código de Hamurabi que era o espírito dominante nas leis dos povos do Oriente antigo, possuíam um caráter extremamente religioso. Nota-se, neste momento, uma mentalidade punitiva onde o Direito e a religião se achavam unidos. Outra legislação fortemente influenciada pela religião é a Mosaica, baseada no Pentateuco, onde narra o livro do Êxodo a passagem bíblica onde “Deus Jeová” ou “Javé” entrega a Moisés os dez mandamentos para serem observados pelo povo. (CASTRO, 2008, p. 12).

Depois desta fase, a mentalidade penal evoluiu da tradição religiosa para uma vontade popular, onde a lei torna-se propriedade comum a todos os cidadãos. O acontecimento criminoso não agride mais ao particular somente, nem à divindade, mas a toda a sociedade. Esta é a fase da “vingança pública”, onde a sociedade agredida como um todo exige a punição do ofensor.

Ao longo dos anos, com o aparecimento das grandes civilizações, como as civilizações Persas, Assírias, Egípcia, Mesopotâmica, etc., várias mentalidades punitivas surgiram e desapareceram com o evoluir da história, bem como a própria forma de encarar o crime e as suas devidas punições, assim é que notamos na história antiga alguns exemplos que nos mostram com clareza essas transformações das ideias penais antigas.

No Egito, dado o caráter místico do Estado, o maior dos crimes era matar um gato, considerado um animal sagrado, em virtude dos fundamentos político-religiosos em que se apoiavam os faraós; a propósito, um dos fatores que concorreram para a vitória dos persas, na batalha de Pelússia (525 a.C.), chefiada por Cambises, contra os egípcios, foi o artifício usado pelos persas que puseram gatos à frente de seus exércitos evitando assim que os egípcios atirassem setas, receosos de atingirem os animais. (SOARES, 1983, p. 03).

As leis hebraicas puniam com apedrejamento os autores dos fatos considerados delitos, como a idolatria, a blasfêmia, a má conduta da moça atestada pela falta da presença do hímen, etc. A mentalidade punitiva hebraica era altamente influenciada pelo caráter e formação religiosa de seu povo.

O Infanticídio não era considerado crime em Esparta, nem o aborto. Em Athenas permitia-se a pirataria. Em algumas civilizações antigas o assassinato dos velhos, pedido muitas vezes por eles mesmos, foi uma obra de piedade filial. Em épocas muito remotas, o sentimento do dever filial impunha aos massagetas, escandinavos e sardos, o dever de matarem seus progenitores, tornando-os inúteis pela velhice ou doença. Na Idade Média, o maior dos crimes era o sacrilégio, depois vinham os atos de bestialidade ou sodomia e muito depois, o assassinato e o roubo, isso numa época em que nobres estavam envolvidos com bandos de assaltantes de estradas. Esses fatos nos revelam uma mentalidade punitiva contaminada por interesses de uma elite dominante e possuidora do poder de manipular a sociedade de acordo com seus interesses. De acordo com as condições do tempo e espaço, os interesses de classes dominantes têm sua própria lógica quanto aos critérios acerca da criminalidade, apuração da responsabilidade do agente e sua punição, assim para a justiça, simbolicamente, uma gargalhada cínica ou uma lágrima sincera, podem resultar na absolvição ou condenação do acusado, conforme o caso. (SOARES, 1983, p. 04).

Enfim notamos que a mentalidade punitiva das antigas civilizações bem como nos primeiros grupamentos humanos nos revelam sintomas de uma desprovida forma de conscientização humanitária, frente ao estado em que se encontra nossa atual sociedade, parecendo-nos tais ideias no mínimo, absurdas. Nota-se também um fator primordial influenciador dos ideais penais dessas civilizações, que foram os interesses das classes

dominantes, que, manipulavam a sociedade, bem como as formas de punição dos delitos conforme melhor lhe aprouvessem. A gravidade proporcional de diversos crimes muda à medida que evolui a sociedade, e as conveniências ou os interesses sociais.

3.2 A mentalidade punitiva no Direito Romano

“No período da formação de Roma (753 a.C.), a pena era utilizada com aquele caráter sacral que já mencionamos, confundindo-se a figura do Rei e o Sacerdote, que dispunham de poderes ilimitados, numa verdadeira simbiose de Direito e Religião”. (BITENCOURT, 2007, p. 48). “Em Roma, evoluindo-se das fases da vingança. Por meio do Talião e da composição, bem como da vingança divina na época da realeza, Direito e Religião separam-se”. (MIRABETE, 2003, p. 37).

Com a instauração da República (509 a. C.), dá-se a separação entre religião e o Estado. A repressão fazia-se desde os primórdios pela instituição da disciplina doméstica, militar e pelo poder de coerção ou de polícia pelo magistrado (coercitivo). Esse poder era absoluto a princípio, e sofre notável limitação com a Lex Valéria (aprox. 500 a.C.), que subordinou as condenações capitais ao juízo do povo reunido em comícios (*judicium populi*). Por isso se afirma que o Direito Penal romano público surgiu com essa lei. A Lei das XII Tábuas (453 – 51 a.C.) contém numerosas disposições penais nas tábuas VII a XII. Representa ela uma limitação da vingança privada especificando os crimes privados e determinando a pena de talião, consentindo a composição como forma de evitar a vingança privada. (FRAGOSO, 2006, p. 33).

Com o fim da república surge em Roma o Núcleo do Direito Penal Romano Clássico que criou uma verdadeira tipologia de crimes. “Duas ou três décadas antes de Cristo, desaparece a vingança privada, sendo substituída pela administração estatal, que passa a exercer o *ius puniendi*, ressalvado o poder conferido ao *pater familiae*”. (BITENCOURT, 2008, p. 31).

A pena de morte que havia praticamente desaparecido, ressurgiu com o aparecimento dos crimes extraordinários no século II d. C. tais como furto qualificado, estelionato, extorsão, aborto, bruxaria, blasfêmia, etc., quanto à prisão, esta era considerada apenas uma espécie de sala onde o condenado aguardava a sua execução. Finalmente as penas ao tornaram-se públicas, ocorrendo também uma mitigação das sanções e a pena de morte passa a ser substituída pelo exílio e pela deportação. (BITENCOURT, 2008, p. 31).

Cumprе ressaltar que “contribuiu o Direito Romano decisivamente para a evolução da mentalidade penal com a criação de princípios penais sobre o erro, culpa, dolo, imputabilidade, agravantes, atenuantes, legítima defesa, etc.”. (MIRABETE, 2004, p.37). Porém salienta-se que “os romanos não realizaram uma sistematização de tais institutos de Direito Penal, no entanto a eles remonta a origem de inúmeros institutos penais que na atualidade continuam a integrar a moderna dogmática jurídico-penal”. (BITENCOURT, 2008, p. 32).

Seguindo esta “crítica”, observamos que os Romanos possuíam uma extraordinária intuição para os fenômenos jurídicos, consubstanciada no acervo notável que legaram à posteridade no campo civil, demonstrando enorme contribuição, o que não se verificou no campo penal. De fato observamos no Império Romano uma mentalidade punitiva voltada para a afirmação do poder e a manipulação dos interesses de uma elite dominante e corrupta, totalmente contaminada por intenções particulares e políticas. “Quantas vezes se viram em Roma vir a enforcar um ladrão por ter furtado um carneiro, e no mesmo dia ser levado em triunfo um cônsul, ou ditador, por ter saqueado uma província”. (SOARES, 1983, p. 07).

Com tudo o que foi exposto, torna-se fácil concluir que as normas de caráter penal eram interpretadas de acordo com os interesses da elite dominante, que, ávida pelas riquezas e pelo poder, utilizava da lei como forma de suplantar oposições e afirmar o poder. Não se verifica nesta fase da evolução do Direito Penal nenhuma forma de limitação do poder Estatal, ou seja, o absolutismo imposto e a utilização do Direito como forma de imposição do poder por meio da coercibilidade de seus dispositivos, traduzem o cenário jurídico existente nesta fase.

Pelo que foi apresentado neste item, é possível concluir enfim que o Império Romano foi marcado por episódios de verdadeira barbárie e desrespeito à dignidade da pessoa humana, em especial por meio do julgo arbitrário imposto pela elite dominante. Foi justamente em um cenário como este, repleto de corrupção, depravação moral e promiscuidade que serviu como palco para o julgamento de Jesus Cristo e o nascimento do Cristianismo, que analisaremos a seguir, com o estudo do povo hebreu, suas raízes, cultura e seu Direito, bem como os marcos iniciais do Cristianismo.

3.3 O Cristianismo

Dentro do contexto que envolve o Direito Romano, nos interessa agora o estudo dos acontecimentos que traduzem um conhecimento sobre as fontes e princípios do Cristianismo, uma vez que consideramos Roma e seus domínios como cenário que Cristo difundiu sua doutrina, além de ter sido este processado e julgado pela corte romana. Antes, porém, se faz necessário uma breve análise das raízes culturais hebraicas, bem como um acompanhamento do Direito hebraico, como forma de entender os impactos do cristianismo na sociedade.

É importante esclarecer que não temos por finalidade um aprofundamento teológico sobre os conhecimentos que envolvem o cristianismo, mas simplesmente, desejamos uma análise perfunctória de seus aportes como forma de entender sua contribuição para as modificações do pensamento humano.

Da mesma forma, todos os comentários realizados possuem caráter eminentemente acadêmico não tendo por finalidade difundir dogmas ou apologias a qualquer tipo de religião imposta pelos homens, mas simplesmente esclarecer o leitor no que diz respeito à compreensão da filosofia cristã e sua contribuição.

3.3.1 Aspectos da história hebraica

Primeiramente cumpre-nos fazer algumas pequenas considerações sobre as origens do povo hebreu. “Os hebreus são um povo de origem semita que vivia na Mesopotâmia no final do segundo milênio a.C.. Por esta época iniciaram um deslocamento que terminou por volta do século XVIII a.C. na região Palestina”. (CASTRO, 2008, p. 27).

Os Hebreus, como a maioria dos povos da região, eram agricultores – pastores. Viviam do pastoreio de ovelhas e, principalmente, cabras, do plantio de uva, trigo e outros produtos. Mas havia neste povo um diferencial que na Antiguidade era único: eram monoteístas (mono = um, théos = deus). Esta característica marca toda a história desse povo, bem como toda e qualquer produção cultural que tenham realizado. Eles acreditavam em um só Deus, que por vontade própria havia se revelado a um patriarca, Abraão, e, a partir deste momento, iniciou um relacionamento entre Ele os que chamava de “povo escolhido”. (CASTRO, 2008, p. 27).

“A história destas pessoas pode ser acompanhada pela Bíblia, mais especificamente pelo Antigo Testamento que reúne a Torá (ou a lei), os Profetas e os Escritos”. (CASTRO, 2008, p. 27). A Bíblia, o livro sagrado para os cristãos que representa para estes, a própria “palavra de Deus”, é dividido em “Velho Testamento” e “Novo Testamento”, sendo o primeiro a narração da história humana desde a criação do homem por Deus até as profecias sobre o nascimento de Cristo, e o segundo, narra os acontecimentos após o nascimento de Cristo, bem como toda a sua vida, além de apresentar a história da Igreja envolvendo aspectos sobre a sua fundação e as várias perseguições sofridas. Trata também o Novo Testamento, com mais propriedade o livro do Apocalipse, das profecias e revelações com relação ao futuro da humanidade.

3.3.2 O velho testamento e a lei mosaica

O Velho Testamento está dividido em trinta e nove livros. “A Torá, também chamada de Pentateuco, é formada pelos cinco primeiros livros, Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio”. (CASTRO, 2008, p. 30). O Pentateuco se trata da base da legislação Mosaica. Segundo o livro do Gênesis, contrariando um pensamento evolucionista, e dando origem ao pensamento criacionista, a vida humana surge na terra quando Deus cria Adão¹ e Eva², sendo ambos assim, considerados os “pais da humanidade”, gerando toda uma cadeia familiar que mais tarde, depois do “pecado original”, se espalharam pela terra dando origem às demais civilizações.

O povo hebraico vagou por sobre a terra durante anos como nômades, sendo posteriormente escravizados pelos egípcios que utilizaram a mão de obra hebraica para a construção de seu império. Porém ao se comover com o suplício dos hebreus, Deus elegeu Moisés e o usou para liderar o povo rumo à liberdade. Tal acontecimento ficou marcado na História pela vitória dos hebreus auxiliados por Deus, sobre a arrogância do Faraó egípcio³. Posteriormente a esta vitória, os hebreus rumaram pelo deserto em busca

¹ Gênesis, capítulo 1, versículo 16. “E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra”.

² Gênesis, capítulo 2, versículo 22. “E da costela que o SENHOR Deus tomou do homem, formou uma mulher, e trouxe-a a Adão”.

³ Êxodo, capítulo 15, versículo 4. “Lançou no mar os carros de Faraó e o seu exército; e os seus escolhidos príncipes afogaram-se no Mar Vermelho”.

da “terra prometida”, a qual o próprio “Deus Jeová” teria separado. Durante este longo período, segundo a Bíblia Sagrada em que os hebreus vagaram pelo deserto, foi entregue à Moisés, pelo próprio Deus, no Monte Sinai, a “Tábua dos Dez Mandamentos”, à qual se subordinava toda esta nação durante todo o período que narra o Velho Testamento⁴. “A base moral da Legislação Mosaica pode ser encontrada nos Dez Mandamentos, que teriam sido escritos “pessoalmente” por Deus no Monte Sinai, como forma de Aliança entre o Ele e o Povo Escolhido”. (CASTRO 2008, p. 30).

A mentalidade punitiva na sociedade hebraica era influenciada pelo caráter religioso de seu povo, onde notamos novamente uma fusão entre Direito e religião. É importante salientar aqui a presença do Talião⁵ que embasava o caráter punitivo além da obediência rigorosa aos dez mandamentos e às leis Mosaicas.

O relacionamento entre os Hebreus e Deus era tão intrínseca que não se pode analisar tal civilização sem vislumbrar a interferência decisiva de Deus em suas vidas. “Para eles Deus escolhia líderes, bem como determinava o lugar onde o povo ficaria. Deus dava fartura ou não, Deus, dependendo do seu merecimento dava a vitória ou a derrota na guerra”. (CASTRO, 2008, p. 28).

Muito tempo depois com o surgimento do Império Romano que dominou quase toda a humanidade, os hebreus se viram novamente subjugados a um dominador que governava com “mãos de ferro” e assolava o povo com exploração e maus tratos. Nestas circunstâncias, se via novamente o povo hebreu à espera do “Messias”, que seria um libertador que Deus enviaria para novamente libertar os hebreus. Muitos esperavam um líder militar que organizasse um exército e pela “força da espada” pudesse enfrentar o império romano, no entanto, este homem foi “Jesus Cristo” que entre outras marcas de sua doutrina apregoava o perdão e o amor ao inimigo.

As considerações referentes a Jesus Cristo se encontram no estudo do Novo Testamento que analisaremos a seguir.

3.3.3 O novo testamento e a doutrina cristã

⁴Deuteronômio, capítulo 4, versículo 13.” Então vos anunciou ele a sua aliança que vos ordenou cumprir, os dez mandamentos, e os escreveu em duas tábuas de pedra”.

⁵ Deuteronômio, capítulo 19, versículo 21. “Que teu olho não tenha piedade. Vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”.

O Novo Testamento como já foi dito, cuida dos relatos após o nascimento de Cristo. Subdividem-se em vinte e sete livros, sendo os quatro primeiros, o evangelho segundo S. Mateus, S. Marcos, S. Lucas e S. João, relatos sobre a vida de Cristo.

Segundo a Bíblia, Jesus Cristo nasceu em Belém da Judéia, no tempo do Rei Herodes⁶, sendo a época de seu nascimento envolvida por vários problemas, obrigando seus pais, José e Maria a fugirem com Cristo para o Egito⁷, retornando posteriormente. Cristo iniciou seus trabalhos de divulgação do evangelho recrutando discípulos que o seguiram e o ajudaram em sua missão.

Encontramos no “Sermão da Montanha”, um conjunto de ensinamentos que revelam todas as bases da filosofia Cristã. Os ideais Cristãos giravam em torno de ensinamentos como, o amor ao próximo inclusive ao inimigo⁸, o perdão mútuo, o amor a Deus acima de todas as coisas, a caridade, respeito ao ser humano, respeito ao templo de oração, enfim, toda a doutrina de Cristo gira em torno do amor, amor este rejeitado por muitos que esperavam um líder que através da força libertaria o povo, no entanto a filosofia de Cristo como já foi visto, versava sobre o amor entre os homens, amor este que abrange até mesmo o inimigo.

É bem verdade que as palavras de Cristo no sentido de cultivar valores para um mundo espiritual e não material, bem como a doutrina do amor a Deus e ao próximo como forma de pacificação da convivência humana, lançam os ideais pacificadores a uma escala acima do próprio Direito.

Uma mitologia pré-cristã do direito mostraria o direito e o estado embebidos em significação religiosa definitiva e essencial. Inversamente, no cristianismo, o Direito e o Estado, em sua forma primitiva, apareciam completamente distanciados de Deus, inessenciais e nulos. “Quem me colocou como árbitro das vossas divergências?”, pergunta Jesus. Da parábola do tributo ao proprietário de terras não se desprende senão a profunda indiferença de Jesus em face das coisas relacionadas com o direito e o Estado: daí, pois ao imperador o que é do imperador e a Deus o que é de Deus – exatamente na segunda metade da frase é que reside o acento! (RADBRUCH, 2010, p. 138)

⁶ Mateus capítulo 2, versículo 1. “E, tendo nascido Jesus em Belém de Judéia, no tempo do rei Herodes, eis que uns magos vieram do oriente a Jerusalém”.

⁷ Mateus capítulo 2, versículo 13. “E, tendo eles se retirado, eis que o anjo do Senhor apareceu a José em sonhos, dizendo: Levanta-te, e toma o menino e sua mãe, e foge para o Egito, e demora-te lá até que eu te diga; porque Herodes há de procurar o menino para o matar”.

⁸ Mateus capítulo 5, versículo 44. “Eu, porém, vos digo: Amai a vossos inimigos, bendizeis os que vos maldizem, fazei bem aos que vos odeiam, e orai pelos que vos maltratam e vos perseguem; para que sejais filhos do vosso Pai que está nos céus”.

A fama de Cristo se espalhava por causa de seus ensinamentos e pelos milagres que fazia, curando os enfermos. Tal fama despertou a atenção dos Sumos Sacerdotes hebraicos, detentores das leis mosaicas, e também de Roma.

Enfim, Cristo com sua filosofia jamais vista, começou a despertar a mentalidade humana para questões que futuramente seriam amplamente difundidas e aceitas pelo homem. A filosofia Cristã desta forma começou a mudar a mentalidade dos homens, tornando-os mais humanos e mais fiéis aos princípios de justiça e amor ao próximo. De certa maneira Cristo mudou o mundo, trazendo à humanidade uma esperança de paz entre os povos, além de unir novamente o homem a Deus fazendo com que o mundo sob a ótica do temor a Deus viesse a ser transformado pelo amor. Realmente Cristo transformou o espírito da humanidade, pelo menos dos homens que assimilaram seus ensinamentos⁹.

A filosofia da religião cristã com a sua doutrina da inessenciabilidade do direito e do Estado é incapaz, porém, de modificar a doutrina dos valores sobre o valor positivo do direito e do Estado. Estes são inessências na medida em que toda a vida universal carece de essência para um ponto de vista fora deste mundo, “diante, de Deus”. Contudo, a filosofia dos valores, assim como também a filosofia do direito, aceitam uma perspectiva terrena, pronunciam juízos de valor para o nosso universo e se consideram encerradas na condicionalidade da vida universal. Cada uma dessas perspectivas tem seus fundamentos naturais: diante do entrelaçamento dos homens em sociedade surge a suprema e terrível solidão da mulher no parto e do homem na agonia. (RADBRUCH, 2010, p. 143).

Desta forma se apresenta o Cristianismo com a missão de mudar a mentalidade humana através de princípios humanísticos que influenciariam todo o mundo daí para frente como ainda veremos.

3.4 O Cristianismo e as transformações na mentalidade punitiva

A Fé Cristã e os princípios irradiados pelo Cristianismo se arraigaram ao pensamento humano na maior parte do planeta, haja vista que, o mundo ocidental se acha totalmente influenciado pelo Cristianismo e o mundo oriental começa a se abrir a esta realidade. O que podemos notar com isto é que as mais variadas áreas do

⁹ João, capítulo 1, versículos 11, 12 e 13. “Veio para o que era seu, e os seus não o receberam. Mas, a todos quantos o receberam, deu-lhes o poder de serem feitos filhos de Deus, aos que creem no seu nome; Os quais não nasceram do sangue, nem da vontade da carne, nem da vontade do homem, mas de Deus”.

conhecimento humano sofreram e ainda sofrem grandes influências desta forma de pensamento, a ponto de observarmos muitas diferenças no comportamento humano, na forma de se entender os problemas sociais e na mentalidade crítica dos homens, devido aos princípios Cristãos.

Evidenciamos primeiramente o Cristianismo, sendo daqui que resulta a ideia de que a pessoa possui valor, direitos fundamentais e conseqüentemente dignidade. A religião cristã conduziu a ideia de que todos os homens, sem exceção, são dotados de um valor intrínseco, não podendo nunca ser transformados em meros instrumentos, e sublinhou que ninguém é mais digno ou menos digno por ocupar uma determinada posição política, financeira ou social. Este pensamento corta de forma abrupta com as ideias antigas de superioridade, que materializavam o homem em consonância com o estatuto estabelecido. (MATOS, 2009, p.85).

No que diz respeito à mentalidade punitiva, que é a parte que nos interessa aqui, observamos que os princípios proclamados pelo Cristianismo contribuíram fortemente para que ocorressem mudanças na forma de se encarar o crime, e o criminoso, bem como a forma de punição que melhor viesse realizar o desejo social de justiça. Para comprovação disto que acabamos de dizer, basta tomarmos, por exemplo, a questão das “penas corporais” como açoites, as mutilações e até a pena de morte, que foram abolidas na maioria dos países alcançados pelo Cristianismo, o que não se deu em outros países, como o caso do Irã, onde tais penas ainda são utilizadas até os dias de hoje.

É bem verdade que o Cristianismo não foi a única alavanca que transformou a mentalidade punitiva, o próprio nível de evolução social e de desenvolvimento cultural do homem, também colaboraram para estas transformações. O despertar da “razão”, ocasionada pelo Iluminismo e a transformação nas sociedades rumo ao progresso contribuíram para que providências fossem tomadas no sentido de aperfeiçoamento do sistema penal. Todavia destacamos o Cristianismo pela extraordinária dimensão que alcançou no mundo moderno, atravessando séculos de perseguições e sobrevivendo, além da enorme contribuição que ofertou à humanidade no sentido de “humanização” dos sentimentos pessoais e coletivos que devem existir nas relações interindividuais.

3.4.1 A mentalidade punitiva medieval

“A Idade Média é o período histórico da Europa que se estendeu do século V d.C. até o século XV, ou seja, da queda do Império Romano do Ocidente em 476 até a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453”. (CASTRO, 2008, p. 119). A idade média foi um momento de desconstrução e construção. As pessoas tiveram que aprender a viver com uma nova realidade tendo em vista a transição do mundo influenciado pela cultura romana e agora um mundo dominado pela cultura germânica e a Igreja Católica. Os germanos com seus costumes diferenciados invadiram o Império Romano e se espalharam pela Europa. Os camponeses foram perdendo sua independência e passaram a se submeter à autoridade de uma elite emergente e dominante formada por chefes guerreiros e grupos armados. Essas mudanças sociais vieram a ser superadas no período conhecido como Baixa Idade Média. “Neste período medieval encontramos a consolidação da instituição considerada símbolo da Idade Média, o feudalismo”. (CASTRO, 2008, p.120). Também se observou o aparecimento de inúmeras modificações que influenciariam o aparecimento da Idade Moderna, como o renascimento do comércio, das universidades e das grandes catedrais. “A sociedade medieval veio a ganhar forma na Alta Idade Média com o surgimento das classes sociais um pouco mais definidas, divididas entre os homens livres, os servos, os guerreiros e o clero”. (CASTRO, 2008, p.120).

No que diz respeito aos aspectos jurídicos da época, notamos a influência do direito romano, canônico e bárbaro. As penas, aplicadas nas formas mais cruéis, visavam à intimidação, ou seja, buscava-se através do medo a observação de uma conduta coerente com os costumes sociais e religiosos. As sanções penais eram desiguais, dependendo da condição social e política do réu, sendo comum o confisco, a mutilação, os açoites e a tortura. Desta forma notamos a ausência por completo dos princípios do cristianismo, apesar da influência da Igreja Católica, aos meios punitivos, o que nos parece controverso uma vez que deveria a Igreja zelar pelos princípios humanitários e cristãos deixados pelo Cristianismo.

O arbítrio judiciário tornara-se uma fonte de incertezas, insegurança e medo. A interpretação da norma penal não possuía uma regra uniforme, mas tão somente sua utilização se dava em conformidade com o interesse da classe dominante como forma de afirmação do poder soberano. Desconhecia-se o

respeito à personalidade humana, as penas corporais eram extensamente empregadas, como já vimos. Além disso, a infâmia acompanhava muitas penas. (FARIAS, 1998, p. 24).

A Igreja passa a punir quem não confessasse a fé católica. Criou-se o Santo Ofício da Inquisição onde muitos meios cruelíssimos de suplício foram utilizados. Os hereges eram queimados vivos. “O Direito penal pródigo na cominação da pena de morte, executada pelas formas mais cruéis (fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento etc.), visava especificamente a intimidação”. (MIRABETE, 2003, p. 38).

A mentalidade penal da época ficou marcada pelo medo e pela ausência dos princípios irradiados pelo Cristianismo. Tal mentalidade punitiva fazia da intimidação a forma de controle da criminalidade, porém, ao invés de controlar os abusos individuais, esparramou o medo e a insegurança, sem falar no valor justiça que ficou apagado, uma vez que inúmeros inocentes eram condenados por um poder arbitrário e sanguinário repleto de injustiça e aberrações penais.

3.5 A idade moderna e o “suplício”

O Absolutismo consagrava o rei como o senhor da lei e do Estado, outorgando-lhes poderes amplos.

A Idade Moderna ficou marcada por duas grandes transformações na estrutura social. A primeira foi a transição do feudalismo para o capitalismo, já a segunda foi no campo político, com a formação dos Estados nacionais, surgindo as Monarquias Absolutistas de Direito Divino, que tinha como característica a autoridade divina a qual por seu caráter soberano se apresentava de forma inquestionável e autoritária, uma vez que o monarca era escolhido por Deus, e a sua palavra era revestida de uma autoridade inabalável. (MARQUES, 2002, p. 119).

Neste período as execuções seguiam um ritual de teatralismo e de ostentação do medo, impondo o condenado à humilhação pública, as carnes eram cortadas e queimadas com líquidos ferventes, os membros eram quebrados e arrebatados na roda ou separados do corpo através de tração de cavalos, o ventre era aberto para que as vísceras ficassem à mostra. Todos deveriam assistir as cenas de terror. O gritar, o gemer, as carnes cortadas e queimadas, a expressão de dor, enfim, todas as cenas horríveis deveriam ficar vivas na memória de todos.

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo ser • puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam].(2) Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. (FOUCAUT, 1997, p. 9).

Nota-se, contudo uma mentalidade punitiva novamente voltada para os interesses da classe dominante, onde por meios severos e bárbaros, buscava o monarca afirmar o seu poder através da imposição do medo e da lei do terror. A interpretação das normas penais se dava em total ausência dos princípios cristãos e em especial à dignidade da pessoa humana. “Observamos nesta época, que o suplício imposto aos criminosos, não tinha por finalidade o restabelecimento da justiça, mas a reafirmação do poder soberano”. (MARQUES, 201, p. 119).

O sistema processual vigente nesta época era o sistema inquisitorial. Nesta fase o Estado concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo assim sua imparcialidade. Neste sistema o próprio órgão que investigava era o mesmo que punia. O juiz formava o seu convencimento de acordo com a sua íntima convicção não devendo motivar as razões sobre a sua decisão. O processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo, e o réu era um simples. Não há o contraditório e ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não um sujeito de direitos, não lhe conferindo nenhuma garantia. O sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, consequentemente, a confissão é a rainha das provas. (RANGEL, 2010, p. 50).

3.6 O Iluminismo e os novos ideais penais

Dá-se o nome de Iluminismo ao movimento intelectual que caracterizou o pensamento europeu do séc. XVIII particularmente na França, Inglaterra e Alemanha, baseado na crença do poder da razão para solucionar os problemas sociais. Foi justamente essa atmosfera cultural que influenciou o movimento de reforma nas leis e na administração da Justiça Penal surgido ao fim do séc. XVIII.

“O iluminismo representou uma tomada de posição cultural e espiritual da parte significativa da sociedade da época, que tinha como objetivo a difusão do uso da razão na orientação do progresso da vida em todos os seus aspectos”. (BITENCOURT, 2008, p. 38).

Destacam-se, então, Montesquieu, (morto em 1755) autor das *Lettres persanes*, 1721 e do *Espirit des lois*, 1748, obras que exerceram extraordinária influência e que reclamavam a reforma do direito penal vigente e a independência do Poder Judiciário. Jean Jaques Rousseau (morto em 1778) dando, com o seu *Contract Social*, 1762, os fundamentos da liberdade política e da igualdade dos cidadãos, e, ainda, Voltaire (morto em 1778), que em vários de seus escritos reclamava a completa renovação dos costumes judiciários e da prática dos tribunais, especialmente com a famosa defesa de Jean Carlos, protestante injustamente condenado à morte em 1762, num famoso processo. (FRAGOSO, 2006, p. 48).

O iluminismo representou uma reação intelectualizada contra o Absolutismo Monárquico. Tratava-se de um movimento intelectualizado tendo como característica a confiança absoluta no progresso, no uso da razão, no livre pensamento como meio para se alcançar o fim principal, a felicidade. Esta confiança no progresso e no uso da razão ficou evidenciada nos inúmeros avanços científicos e tecnológicos. Do ponto de vista político os iluministas propunham uma cidadania centrada na liberdade e na defesa da propriedade. “O Iluminismo, aliás, foi uma concepção filosófica que se caracterizou por ampliar o domínio da razão a todas as áreas do conhecimento humano”. (BITENCOURT, 2008, p. 38). Os iluministas buscaram refletir não somente na posição do povo, mas também como deveriam ser os governantes no exercício da administração do Estado, neste sentido a vida social passou a ser entendida como uma associação voluntária de homens livres, que se pautam de acordo com sua própria razão e sua intelectualidade, buscando interesses próprios e o convívio mútuo. Pregavam também a igualdade por meio de criações de leis justas elaboradas pelo povo ou por seus representantes, uma vez que somente a vontade do povo poderia legitimar o poder político administrativo. “Enfim buscavam os iluministas a consagração da liberdade, da igualdade e do direito de propriedade do poder de decisão quanto à escolha de trabalho, aportes para o surgimento consolidado do capitalismo”. (CASTRO, 2008, p. 205).

“É neste período que Cesar Beccaria publica em Milão, em 1774, certamente com a colaboração dos irmãos Verri, seu famoso opúsculo *Dei delitti e dele pene* no qual se assenta as bases do Direito Penal vigente”. (FRAGOSO, 2006, p. 48). Em sua obra, Beccaria defendia a conveniência de leis claras e precisas, não permitindo o juiz o

poder de interpretá-la, opondo-se desta forma, ao arbítrio que vigorava até então. “O grande mérito de Beccaria foi falar claro, dirigindo-se não a um limitado grupo de pessoas dotas, mas ao grande público”. (BITENCOURT, 2008, p. 39). Combateu a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório, defendendo a aplicação de penas proporcionais ao dano causado à sociedade. Beccaria via a pena como meio de evitar que o criminoso viesse a causar novos males e que os demais cidadãos não viessem a cometer os mesmos erros daquele que sofreu a pena. Entendia como sendo tirana toda e qualquer punição que não se fundasse na absoluta e imperiosa necessidade do caso visto. “Os princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena têm como antecedente importante os delineamentos de Beccaria, já que a humanização do Direito Penal e da pena são um requisito indispensável”. (BITENCOURT, 2008, p. 40). A obra de Beccaria conquistou uma enorme repercussão dando início ao movimento humanitário lançando uma mentalidade punitiva fundamentada em sentimentos de piedade e compaixão pela sorte das pessoas submetidas ao terrível processo penal e ao regime carcerário que então existiam.

É melhor prevenir os delitos do que puni-los. É este o escopo principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, conforme todos os cálculos dos bens e dos males da vida. Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se concentre em defendê-las e nenhuma parte dela seja empregada para destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos homens do que os homens. Fazei com que os homens a temam, e temam só a elas. O temor das leis é salutar, mas o temor de homem a homem é fatal e fecundo de delitos. (BECCARIA, 1983, p. 92).

Concluindo esta fase, podemos notar uma contribuição marcante de Beccaria e dos princípios irradiados pelo Iluminismo para a transformação da mentalidade punitiva existente até então, em especial para a humanização das penas e da própria interpretação da norma penal não mais como forma de afirmação do poder, mas sim como maneira de racionalização para a solução do problema social causado por aquele que veio a delinquir. Tais contribuições baseavam-se na proteção da liberdade individual contra o arbítrio, o fim da pena de morte e da tortura, além de incentivar a existência do fim estatal da pena, com o afastamento da Igreja e conseqüentemente a sua humanização.

As ideias de Beccaria circundavam em torno do pensamento iluminista a respeito do Pacto Social considerando que o homem teria sido, a princípio, obrigado a abrir mão de parte de sua liberdade para não sucumbir frente a sua própria natureza agressiva, ou seja, as leis e as penas seriam frutos da imperiosa necessidade da própria vida em sociedade. As leis deveriam representar este pacto entre os homens livres e o Estado. As penas deveriam ser proporcionais aos danos causados pelos crimes praticados. A pena deveria ser pensada por sua utilidade, somente devendo ser aplicada quando restar algum proveito para a sociedade, devendo ser extirpadas qualquer tipo de pena cruel pelo fato de não serem aptas a garantir o alcance da aplicação das leis. A prova no processo penal, em especial a confissão, não poderia jamais se obtida por meio da tortura tratava-se não somente de uma crueldade sem limites, mas também de uma forma de condenar inocentes a absolver culpados. (CASTRO, 2008, p. 212).

3.6.1 A escola clássica

Os princípios basilares do Iluminismo se irradiaram pela Europa e influenciaram vários autores do século XIX, onde também influenciados pelas ideias de Beccaria foram reunidos sob a denominação “Escola Clássica”, termo este que fora criado de forma pejorativa pelos positivistas.

Não houve uma Escola Clássica propriamente, entendida como um corpo de doutrina comum, relativamente ao direito de punir e aos problemas fundamentais apresentados pelo crime e pela sanção penal. Com efeito, a determinação Escola Clássica foi dada pelos positivistas, com conotação pejorativa. Na verdade é praticamente impossível reunir os diversos juristas, representantes dessa corrente, que pudessem apresentar um conteúdo homogêneo. (BITENCOURT, 2008, p. 50).

Seu maior expoente foi Francesco Carrara, autor do “*Programa del corso di diritto criminale*” (1959). “Para ele, o delito é um “ente jurídico” impelido por duas forças: a física, que é o movimento corpóreo e o dano do crime, e a moral, constituída da vontade consciente do criminoso”. (MIRABETE, 2003, p. 39). As ideias de Carrara se baseavam no livre arbítrio, ou seja, na liberdade de escolha comportamental, como pressuposto da afirmação da responsabilidade e da aplicação da sanção penal ao caso. “Carrara definia o crime como a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”. (MIRABETE, 2003, p. 39).

Não houve uma Escola Clássica propriamente dita, entendida como um corpo de doutrina comum, relativamente ao direito de punir e aos problemas fundamentais apresentados pelo crime e pela sanção penal. Com efeito, a

denominação Escola Clássica foi dada pelos positivistas, com conotação pejorativa. Na verdade é praticamente impossível reunir os diversos juristas, representantes dessa corrente, que pudessem apresentar um conteúdo homogêneo. (BITENCOURT, 2008, p. 50).

3.6.2. A escola positiva

“Durante o predomínio do pensamento positivista no campo da filosofia no fim do século XIX, surge a Escola Positiva, coincidindo com o nascimento dos estudos biológicos e sociológicos”. (BITENCOURT, 2008, p. 54).

As teorias evolucionistas de Darwin, Lamarck e Haeckel eram típica expressão das ideias dominantes, que se opunham ao racionalismo do período anterior, introduzindo um pensamento que analisa os fatos sociais cientificamente, segundo o princípio da causalidade. (FRAGOSO, 2006, p. 55).

O positivismo jurídico nada mais é do que a manifestação desses ideais na área do Direito. Seu programa de reforma tem por base a ineficácia do sistema penal clássico como forma de resolver os problemas relacionados à criminalidade, defendendo a substituição do princípio da retribuição (fundado no livre arbítrio), por um sistema de prevenção especial, com base na análise antropológica do homem delincente e do crime como fato social retornando à ideia de defesa social.

O movimento positivista iniciou-se com os estudos do médico italiano Cesar Lombroso que publicou em 1876 o seu famoso livro “*L'uomo delinquente*”, onde encarava o crime como uma manifestação da personalidade humana e produto de várias causas analisando o criminoso sob o ponto de vista biológico. Seus estudos deram origem à Antropologia Criminal e, nela, a figura do criminoso nato. Para Lombroso, o delincente seria um tipo antropológico específico, uma espécie do gênero humano, onde através de seus caracteres biológicos se identificariam alguns aspectos que levaria a percepção do desvio de personalidade voltada para o crime. (FRAGOSO, 2006, p. 55).

Outro grande nome que se destacou na Escola Positiva ao lado de Cesar Lombroso foi Henrique Ferri, que teve como mérito a criação da Sociologia Criminal. “Discípulo dissidente de Lombroso, ressaltou ele a importância de um trinômio causal do delito: fatores antropológicos, sociais e físicos. Aceitando o determinismo, Ferri dizia ser o homem “responsável” por viver em sociedade” (MIRABETE, 2003, p. 41).

Ferri dividiu os criminosos em cinco categorias: o nato, conforme propunha Lombroso, o louco, portador de doença mental, o habitual, produto do meio social, o ocasional, indivíduo sem firmeza de caráter, e o passional, homem honesto, mas de temperamento nervoso e sensibilidade exagerada. (MIRABETE, 2004, p. 41).

Enfim, a Escola Positiva, entendia o crime como um fenômeno natural e social, sujeito as influências do meio e de múltiplos fatores. Encarava também a responsabilidade penal como responsabilidade social, uma vez que o criminoso gerava uma periculosidade dentro da sociedade.

3.7 O “JUS PUNIENDI” e as teorias sobre os fins da pena

O direito de punir pertencente ao Estado deve ser entendido também como dever de punir, ou seja, esse “poder-dever”, do Estado que permanece inerte e abstrato se transportando para o caso concreto com o acontecimento delituoso. Analisando este poder-dever de punir do Estado surgem três vertentes doutrinárias a respeito da natureza e dos fins da pena.

As teorias absolutas têm por base da pena a exigência da justiça, punindo o agente por ter cometido o crime, ou seja, a pena neste sentido possui um caráter retributivo onde a mentalidade punitiva se baseia no pagamento do mal com o mal. Vê-se no castigo, um verdadeiro instrumento de reparação moral. “A pena é retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime”. (PRADO, 2004, p. 513).

“As teorias relativas se fundamentam no critério de prevenção que se biparte em prevenção geral e prevenção especial”. (GRECO, 2011, p. 473). O fim da pena para essa corrente doutrinária é a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade e a prevenção especial dirigida ao particular visando impedir que o delinquente torne a delinquir, intimidando-o e conseqüentemente corrigindo-o.

Surgiram, entretanto, as teorias mistas que buscavam a coalizão das duas correntes anteriores. Entende-se desta forma que a pena por sua natureza, é retributiva, mas a sua finalidade não é apenas prevenção, mas também a educação e a correção do delinquente. “Predominante na atualidade, buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada – com os fins de prevenção geral e de prevenção especial”. (PRADO, 2004, p. 521).

3.8 A mentalidade punitiva após a segunda guerra mundial

A mentalidade penal do mundo pós-guerra ficou marcada pelo surgimento da Escola da Defesa Social. “Em 1945, Felipe Gramatica funda na Itália, o Centro Internacional de estudos de Defesa Social, objetivando renovar os meios de combate à criminalidade”. (BITENCOURT, 2008, p. 64). Esta escola buscava a substituição do Direito Penal pelo Direito de Defesa Social, objetivando assim a substituição das sanções penais por medidas destinadas a adaptar o delinquente ao convívio social. Deste modo Felipe Gramatica via na ressocialização do delinquente o meio mais hábil para a consecução da justiça e de resolução dos problemas criminais. “A Justiça de defesa social, para o autor, não teria outro aspecto senão o de ressocialização do delinquente” (MARQUES, 1998, p. 122).

“Mais recentemente, surge a Nova Defesa Social. Marc Ancel publica em 1954, *A nova defesa social*, que consistiu em um verdadeiro marco ideológico, que o próprio definiu como uma doutrina humanista de proteção social contra o crime”. (BITENCOURT, 2008, p. 64). A Nova defesa Social buscou a concretização de uma política criminal humanista, fundado em uma mentalidade aonde a sociedade se viria verdadeiramente protegida na medida em que se proporcionasse a adaptação do condenado à sociedade. Desta forma não se entende mais a pena sob o ponto de vista de castigo ou retribuição de culpa, mas sim como instrumento de ressocialização do condenado. “Procurou-se não ver o Direito Penal como mera técnica jurídica, tentando estabelecer uma política criminal consciente, baseada em estudos das ciências sociais e da criminologia”. (MARQUES, 1998, p. 122).

Nota-se, contudo, a preocupação da Nova Defesa Social com as garantias dos direitos humanos na edificação de uma política criminal para a promoção dos valores humanitários, bem como o melhoramento da atividade punitiva através de exames críticos às instituições vigentes, além de buscar em outras épocas do conhecimento humano, novas formas de combate à criminalidade.

Em oposição à mentalidade punitiva da Nova Defesa Social que adere a uma tendência de intervenção mínima do Direito Penal, surge a “Ideologia da Lei e Ordem”, que parte da premissa de que o sistema reeducador é fracassado e que busca no sensacionalismo da violência um meio de endurecimento das penas. “Tal movimento se

baseia na crença de que a pena deva ser utilizada como castigo e forma de minimizar os efeitos da criminalidade”. (ARAÚJO, 1995, p. 30).

3.9 O sistema progressivo e a “ressocialização”

Entende-se por sistema progressivo, o regimento penitenciário, surgido na Inglaterra, no século XIX. “No sistema progressivo (ou inglês), há um período inicial de isolamento. Após, o sentenciado passa a trabalhar junto com outros reclusos. Na última fase, é posto em liberdade condicional”. (JESUS, 2012, p. 565). No percurso do sistema progressivo, leva-se em consideração o comportamento e aproveitamento do preso demonstrado pela boa conduta e pelo bom desempenho laboral, onde tais requisitos serão utilizados na análise do merecimento do condenado à progressão.

Ainda hoje o Sistema Progressivo é o adotado nos países civilizados, inclusive no Brasil, no que diz respeito, especialmente, às penas privativas de liberdade. O art. 33, § 2º, do Código Penal dispõe que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”.

“O legislador previu a possibilidade de alguém, que inicia o cumprimento de sua pena em um regime mais gravoso, obter o direito de passar para uma forma mais branda e menos expiativa de execução. A isso denomina-se progressão de regime”. (CAPEZ, 2012, p. 392).

Interessante nos parece aqui analisar a importância do trabalho do condenado no que concerne à sua recuperação. Nota-se que o sistema progressivo está implícito o ideal da “ressocialização” do condenado, onde para tal tarefa, se utiliza do trabalho como forma de doutrinar o indivíduo, oferecendo-lhe uma nova perspectiva de vida, e a possibilidade do condenado recuperar sua dignidade.

A recuperação do homem há de ser feita pela laborterapia. Qualquer estabelecimento penitenciário sem trabalho torna-se antro de vício e perversão. Como readaptar indivíduos que passam os dias de braços cruzados, dormindo ou entregues a distrações, sem o meio educacional do trabalho? (NORONHA, 1997, p. 237).

Enfim, a mentalidade punitiva existente em nosso Direito Penal, se norteia na ideia central da ressocialização do condenado. Ressocializar significa readaptar o

homem ao convívio social, devolvendo-lhe a dignidade e tornando-o capaz de conviver pacificamente junto à coletividade.

O homem ao contrariar as normas penais através da sua conduta agride a sociedade como um todo, tornando-se assim com a natureza do crime cometido uma ameaça ao bem estar da sociedade. Contudo entende-se que o ideal da justiça não se alcança nesses casos através do castigo ou de pagamento do mal com o mal, mas sim através da ideia de que o ser humano deva ser tratado com um mínimo de respeito e dignidade, merecendo um tratamento que busque a sua ressocialização. De fato, as penas cruéis outrora existentes se tornaram obsoletas frente a um mundo cada vez mais integrado e influenciado pelo pensamento Cristão.

3.10 Pequena análise crítica do atual sistema punitivo

Partindo-se da ideia central de que o fim principal da pena é a ressocialização do condenado, nos deparamos com uma realidade que verdadeiramente não é compatível com o ideal da ressocialização.

Nosso atual sistema penal vigente não é capaz de solucionar o problema da criminalidade, uma vez que seus mecanismos se encontram incapazes de promover um ideal tratamento do ser humano que veio a delinquir. Vários problemas como a superlotação das penitenciárias, bem como as péssimas condições de vida oferecidas aos condenados, tornam frustradas as tentativas de ressocialização deste.

É irônico e até mesmo sem “nexo”, considerarmos que para ressocializar alguém é necessário que este passe pelo “inferno”, e depois renasça para a sociedade como um anjo, onde agora tudo se faz novo e as violências sofridas nas penitenciárias bem como o desrespeito, os maus tratos, os abusos sexuais, as torturas não trarão para si nenhum malefício à sua dignidade.

É neste sentido que aderimos ao pensamento de que através de meios alternativos de reeducação do delinquente e de um trabalho sério no sentido de fornecer meios de prevenção ao crime, bem como um combate aos fatores criminógenos existentes dentro da sociedade como a pobreza, a miséria, o racismo, etc., se conseguirão trabalhar melhor o desafio do combate à criminalidade.

O ser humano tem direito à sua dignidade sendo ele vítima ou réu, no primeiro caso o que se espera são atitudes responsáveis do governo no sentido de melhorar as

condições de vida da sociedade para que o crime não se perpetue no seio desta, já no segundo caso nosso pensamento é que o delinquente também é um ser humano e deve ser tratado como tal, dando-lhe meios de recuperar sua dignidade através de um trabalho de reeducação social e não de um tratamento que subordina a natureza humana a um regime de humilhação e covardia.

Evidenciamos assim, a constatação da existência eterna do ideal humano de combater o crime no sentido de extirpá-lo da sociedade. No objetivo de visualizarmos os vários meios utilizados pelo homem no sentido de resolver o problema da criminalidade, buscamos promover um breve passeio pela história do Direito Penal, onde notamos nas sociedades primitivas a transição da vingança privada para a pública passando pelo Estado Teológico. Vimos também alguns exemplos de como o sistema penal pode ser deturpado por uma elite dominante como nos casos do Império Romano e dos Monarcas Absolutistas que utilizavam dos meios mais cruéis para a punição aos condenados com o fim de autoafirmação do poder.

O Cristianismo contribuiu com seus princípios no sentido de humanização das penas, apesar de notarmos mesmo depois do seu advento, visíveis crueldades, onde justamente verificamos a contradição entre os seus princípios e a postura da Igreja Católica.

A Idade Média e a Idade Moderna ficaram marcadas pelas injustiças e crueldades, porém com o Iluminismo e as ideias de Beccaria, começariam grandes transformações da mentalidade punitiva, o que certamente se deu com os estudos do crime e do criminoso através da Escola Clássica e da Escola Positivista.

Chegamos enfim, ao entendimento da pena como meio de punir, retribuir, prevenir o crime e reeducar o delinquente, onde este último aspecto fez por merecer uma atenção mais privilegiada por demonstrar seu caráter mais humanitário, caráter este defendido pela nova defesa social e modernamente pelo minimalismo e contraposto pela ideologia de “lei e ordem”.

A atualidade revela a “mentalidade punitiva” voltada para a ressocialização, porém esta se torna utópica frente ao aparelhamento estatal vigente. É neste ponto que se espera uma posição séria do governo no sentido resolver o problema da criminalidade, utilizando meios mais inteligentes e mais humanos.

O Estado Democrático de Direito e a realidade constitucional vivenciada depois de 1988 com o advento das garantias constitucionais, bem como a consagração da dignidade da pessoa humana revelam um momento de afirmação para o pensamento minimalista do Direito Penal.

4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA O HERMENEUTA E SUA CORRELAÇÃO COM O MINIMALISMO PENAL.

Como forma de aprofundamento teórico voltado para a investigação da principiologia minimalista, torna-se necessário neste momento, extrapolarmos os velhos conceitos insculpidos nos princípios penais para buscarmos um novo horizonte no âmbito do Direito Constitucional, em especial, na grandiosidade do princípio da dignidade da pessoa humana, não com a intenção de reduzir a importância dos ideais minimalistas, mas para estabelecer uma correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra alguns obstáculos no âmbito conceitual, tendo em vista o seu ilimitado universo de abrangência, no entanto é possível visualizar inúmeras situações onde este princípio é frontalmente violado.

“Contudo, antes de mais, é importante referir que a dignidade da pessoa humana, sendo ainda hoje um conceito impreciso e vago, que não implica uma concepção rígida e inflexível, mas sim, um conceito ativo, dinâmico, evolucionista e a-histórico”. (MATOS, 2009, p. 84). Trata-se, portanto, de um conceito que varia consoante as sociedades, em função da história, constituindo a marca evidente de um Estado Democrático de Direito de uma sociedade política e culturalmente estruturada, própria dos ordenamentos jurídicos evoluídos. Historicamente o Cristianismo conduziu à ideia de que todos os homens, sem exceção, são dotados de um valor intrínseco, não podendo ser transformados em meros objetos ou instrumentos. Tais ideias interrompem aqueles velhos conceitos de superioridade em razão de um estatuto social estabelecido. Para o cristianismo o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus¹⁰. “Não só o homem

¹⁰ Gênesis, cap. 1, v. 26; “Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves do céu, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil

cristão, mas também todos os homens sem qualquer discriminação”. (MATOS, 2009, p. 85).

O legislador constituinte de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana no Título II, entre os direitos e garantias fundamentais, inseridos no rol do art. 5º, como se sabe, a opção do constituinte foi considerá-lo, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º.

De toda sorte, é interessante observar que todas as normas constitucionais guardam uma louvável unidade de sentido e propósito. Em todos os níveis da vida social, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais. (BARCELLOS, 2002, p. 167).

É bem verdade que a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como o fim a ser alcançado pelo Estado em todas as suas atividades, pois este não é um fim em si mesmo, mas um meio para a concretização do respeito e da defesa do ser humano.

O objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja o “fundamento e fim da sociedade”, porque não pode sê-lo o Estado que é um meio e não o fim, e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem. (TAVARES, 2013, p. 436).

Em Portugal, este princípio encontra-se proclamado no art.1º da Constituição¹¹, do qual resulta a dignidade da pessoa como valor em que se funda a República, sendo que se verifica a sua elevação “a trave mestra de sustentação e legitimação da República, e da respectiva compreensão da organização do poder político, ou seja, é um princípio reconhecido como uma das bases ou fundamentos da República”. (MATOS, 2009, p. 83).

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a

que se move sobre a terra. E criou Deus a sua imagem; à imagem de Deus os criou; macho e fêmea os criou”.

¹¹ A redação do art. 1º da Constituição da República Portuguesa é a seguinte: “Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de um *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte e a prisão perpétua. (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Uma vez verificada no plano sistemático a inclusão da dignidade da pessoa humana no texto Constitucional, torna-se necessário neste momento uma investigação, na medida do possível, sobre o seu real significado.

“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”. (BARROSO, 2009, p. 336). Ou seja, podemos afirmar que somente o fato da própria existência do ser o faz digno de proteção no que diz respeito aos direitos inerentes à sua dignidade, assim sendo, quando falamos em proteção da dignidade da pessoa humana nos dirigimos ao ser humano, superando a intolerância, a discriminação social e a incapacidade de compreender os posicionamentos diversos. “A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência”. (BARROSO, 2009, p. 336).

Cumprе ressaltar que ainda que se busque uma conceituação da dignidade da pessoa humana, o maior desafio se verificará quando da análise do âmbito de proteção desta dignidade, isso porque, quando se trata de dignidade da pessoa humana, diferentemente das normas legais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas, sim de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano. “Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”. (SARLET, 2011, p. 50).

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, incluindo-se não somente o direito á vida, mas também o direito a uma “vida digna”, a liberdade em todos os seus níveis, a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, a saúde, o bem estar, o direito a educação e a cultura, o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante por agentes públicos entre muitos outros. É importante salientar que o ser humano não escolhe se quer ou não quer ter dignidade. Trata-se de um bem que não pode ser cerceado.

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana'. (SILVA, 2002, p. 105).

É importante afirmar, que a maioria das normas constitucionais que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana assumem estruturas de normas princípios. Assim sendo podemos concluir que quanto mais fundamentais forem os bens tutelados por estas normas-princípios mais consistentes deveram ser a efetividade jurídica a eles atribuída, como forma de se buscar a máxima proteção da dignidade da pessoa humana.

A distribuição geral das modalidades de eficácia jurídica apresenta uma lógica própria, relacionada com a fundamentalidade do comando jurídico. Quanto mais fundamentais forem as circunstâncias reguladas e os efeitos pretendidos pela norma, mais consistentes deverão ser as modalidades de eficácia jurídica a ela atribuída, de modo que o efeito pretendido e a eficácia jurídica se aproximem o máximo possível. (BARCELLOS, 2002, p. 202).

Várias destas normas-princípios que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana encontram-se dispostas no art. 5º da Constituição Federal, que elenca os direitos e garantias fundamentais. Cumpre ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana precede a todos os demais princípios, uma vez que dele se depreendem todos os direitos, na medida em que são necessários para que o homem desenvolva sua personalidade integralmente.

Ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. Ou seja, mesmo que não esteja expresso nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo "dignidade da pessoa humana", sua ideia poderá ser compreendida como presente. Assim, e como ocorrência, em um segundo nível, de uma parcialidade do princípio da consubstancialidade, tem-se que, mesmo quando ocorrente a dignidade do Homem no significado de determinado direito fundamental, essa presença poderá ser mínima, atendendo-se a não absolutização desta parcialidade. (TAVARES, 2013, p. 447).

Vale registrar que com a evolução para o pós-positivismo, os princípios conquistaram o *status* de normas jurídicas, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, sem aplicação direta e imediata pelo julgador.

De fato, do ponto de vista filosófico, o Direito Constitucional vive, igualmente, um momento de elevação, trata-se do pós-positivismo.

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. (BARROSO, 2009, p. 344).

A expressão “pós-positivismo” identifica um conjunto de ideias que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista. “O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas sim como uma superação do conhecimento convencional”. (BARROSO, 2009, p. 328). Não se trata propriamente do abandono da lei, mas da ascensão de ideias como justiça, igualdade, dignidade e liberdade, retomando a discussão ética do Direito.

Uma característica fundamental do pós-positivismo, como se pode observar, é a normatização dos princípios. A distinção entre princípios e regras fundava-se sobre o critério da generalidade. “Normalmente as regras contêm um relato mais objetivo, com a incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações”. (BARROSO, 2009, p. 352).

Atualmente, todavia, observa-se uma distinção qualitativa entre regras e princípios. Tal distinção veio a se tornar indispensável para a superação do positivismo legalista. A Constituição passa a ser entendida como um sistema aberto de princípios e regras, suscetível a valores encontrados fora do texto normativo, no qual as ideias de justiça e realização dos direitos inerente à dignidade da pessoa humana desempenham o papel principal.

Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são fins públicos. Já as regras limitam-se

a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos. (BARROSO, 2009, p. 355).

Não podemos deixar de afirmar que os princípios são muito mais abrangentes do que as regras, até porque, nua natureza permite uma amplitude dimensional não visualizada nestas últimas.

Os princípios teriam ainda virtudes multifuncionais, diferentemente das regras. Os princípios, nessa linha, desempenhariam uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio mais amplo. (MENDES, 2013, p. 72).

Trazendo nosso estudo sobre dignidade da pessoa humana para o cerne do nosso tema, é possível destacar vários princípios constitucionais, consagradores e protetores da dignidade da pessoa humana que possuem cunho minimalista. Vale ressaltar, que o Direito Constitucional, o Direito Processual Penal e o Direito Penal estão intimamente ligados e fomentam estudos e debates, pelas implicações e importância que possuem, em especial para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal visa a tutela dos bens jurídicos fundamentais, assim sendo, tende à busca da proteção dos bens definindo os crimes, penas e medidas de segurança a serem aplicadas aos infratores. Já o Direito Processual Penal surge como um conjunto de normas jurídicas que regulam o processo penal, não somente para instrumentalizar o Estado para a aplicação do *jus puniendi*, mas também para garantir ao réu a efetividade de seus direitos. Quanto ao Direito Constitucional, “Podemos defini-lo como o ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado”. (SILVA, 2002, p. 34).

Podemos apontar na Constituição Federal várias normas-princípios afetas ao processo penal que possuem o condão de guarnecer aspectos materiais da dignidade da pessoa humana. Dentre eles destacamos o princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, que se traduz na obrigação de respeito a todas as formalidades legais para que haja cerceamento da liberdade ou que para alguém seja privado de seus bens; o princípio da publicidade dos atos processuais, disposto no art. 5º LX que impõe

a obrigatoriedade, salvo em casos excepcionalíssimos, de que todos os atos processuais sejam públicos, permitindo à sociedade a fiscalização destes atos; o contraditório e ampla defesa, ambos previstos no art. 5º, inciso LV que permitem ao acusado a oportunidade de ter conhecimento e contradizer as afirmações feitas pelo Ministério Público bem como o pleno exercício da defesa; a presunção de inocência com previsão no art. 5º, inciso XVIII que inverte o ônus da prova atribuindo ao Ministério Público a prova da autoria e materialidade do crime e não ao réu e o princípio do Juiz Natural, com previsão no art. 5º LIII que prevê que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente o que veda a criação de um tribunal de exceção para julgar casos específicos.

Da mesma maneira, no âmbito do Direito Penal podemos destacar na Constituição Federal várias normas-princípios que possuem o condão de garantir aspectos materiais da dignidade da pessoa humana. Dentre eles destacamos o princípio da legalidade com previsão no art. 5º inciso XXXIX impondo que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, consagrando-se desta maneira outros princípios derivados da legalidade como o princípio da reserva legal, o da anterioridade e o da taxatividade; o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, disposto no art. 5º inciso XL que afirma que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; o princípio da intranscendência descrito no art. 5º inciso XLV que impõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, impedindo desta forma que outra pessoa sofra a pena em lugar do real autor da infração penal; o princípio da individualização da pena com previsão no art. 5º inciso XLVI que determina que a lei regulará a individualização da pena; o princípio da limitação das penas previsto no art. 5º XLVII disciplinando que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, dentre outros princípios.

É de realçar que, todo o ser é digno, seja criminoso ou santo, atleta ou doente, bom ou mau. Excluem-se não só este tipo de juízos para ferir a dignidade, como também estatutos econômicos, políticos, sociais ou religiosos. Todas essas valorações são alheias a este princípio, pois tratam-se de critérios pré-definidos, que não transformam um ser humano num ser mais ou menos merecedor de ter dignidade. (MATOS, 2009, p. 83).

Como uma forma de demonstrar esta correlação entre as normas-princípios dispostas no art. 5º da Constituição Federal com incidência na esfera do Direito Penal e o princípio da dignidade da pessoa humana passamos a análise do princípio da limitação das penas, disposto no art. 5º, inciso XLVII da nossa Carta Magna, que traz a seguinte redação:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Como se percebe, a proibição de tais penas atende ao princípio da dignidade da pessoa humana à medida que respeita os limites corporais intrínsecos à estrutura do homem.

Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à quantidade e qualidade da pena. Este é o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das privativas de liberdade excessivamente extensas. Um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes. (FERRAJOLI, 2011, p. 318)

No que diz respeito às penas de morte e de caráter perpétuo, apesar do crescente clamor social para que tais penas possam ser erguidas no nosso ordenamento jurídico, a verdade é que, de acordo com o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. As vedações à pena de morte e a de caráter perpétuo se encontram definidas no Capítulo I do Título II da Constituição da República, que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, não poderiam, em caso de reforma da Constituição Federal, sequer serem objetos de deliberação as propostas de emenda que tivessem a finalidade de trazê-las para o nosso ordenamento jurídico-penal.

Com relação à pena de trabalhos forçados, vale registrar que a Lei de Execução Penal determina a obrigatoriedade do trabalho para o condenado¹². O que a Constituição Federal quis foi vedar a imposição de trabalho humilhante ao condenado pela forma com que são executados. Não poderá nenhuma autoridade obrigar o condenado a trabalhar por meio do uso da coercibilidade, no entanto, caso o condenado se recuse a trabalhar, tal gesto o impede da concessão de vários benefícios penais, como a progressão do regime prisional, o livramento condicional e a remissão.

“O banimento era uma medida de política criminal que consistia na expulsão do território nacional de quem atentasse contra a ordem política interna ou a forma de governo estabelecida” (GRECO, 2011, p. 86). Com a vedação constitucional da pena de banimento, tornou-se possível conviver em sociedade com respeito à diversidade de pensamentos e opiniões, sem que os detentores do “poder” pudessem escolher o método mais fácil e rápido de colocar para fora do território nacional àqueles que por motivos diversos possuam pensamentos diferentes.

Quanto às penas cruéis, podemos concluir que se tratam do antônimo de pena racional. “Do princípio da humanidade deduz-se a proscricção das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa”. (ZAFFARONI, 2008, p. 157).

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador constituinte, de forma expressa, assegurou ao preso a obrigatoriedade ao respeito à sua integridade física e moral.

Neste momento, cumpre-nos fazer uma reflexão sobre a realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros e a dignidade da pessoa humana.

Primeiramente torna-se imperioso mostrar um contraste entre a previsão legislativa de várias garantias do indivíduo de não sofrer nenhum tipo de atentado quanto à sua dignidade e a real proteção desta dignidade no âmbito fático. A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso III estabelece que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante apontando para a vedação o abuso de autoridade estatal e o tratamento draconiano dos presos pelas autoridades públicas; no inciso XLVIII impõe que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de

¹² Lei 7.210/84 - Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Lei 7.210/84 - Art. 39. Constituem deveres do condenado:

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado estabelecendo assim, uma face da individualização da execução da pena; no inciso XLIX afirma que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, aspectos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana; no inciso L consagra às presidiárias a garantia de que serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, respeitando este momento materno onde se torna indispensável a permissão de tratamento especial à esta singular condição; no inciso XLV determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido, afirmando o princípio da intranscendência, ou pessoalidade da pena; no inciso XLVI impõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes; privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos, aqui verifica-se não somente a individualização da pena como também a limitação das penas; no inciso LXI afirma que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei vedando a arbitrariedade do ato da prisão em flagrante por parte das autoridades policiais; no inciso LXII impõe que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada permitindo assim uma fiscalização da legalidade do ato prisional não somente pelo juiz mas também pela família do preso; no inciso LXIII declara que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, permitindo-se assim que este venha a ter direito de se defender ainda na fase inquisitorial; o inciso LXIV permite ao preso o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial, permitindo-se assim a apuração posterior de possíveis atuações abusivas; o inciso LXV ordena que a prisão ilegal seja imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, dispondo um controle judiciário sobre a legalidade da prisão; no inciso LXVI afirma que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, impedindo a aplicação de prisões processuais desnecessárias e no inciso LXVIII

reconhece o direito ao "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, traduzindo-se em um remédio constitucional para a ilegalidade e o abuso de poder.

Como se vê, no âmbito constitucional não falta normas protetoras da dignidade da pessoa humana, neste ponto nossa Carta Magna merece ser de fato elogiada. No entanto, saindo do plano normativo e adentrando no campo da efetividade destes direitos, deparamo-nos com um sistema prisional desacreditado frente às várias notícias que cotidianamente assistimos pelos meios de comunicação sobre o total desrespeito com a dignidade da pessoa humana, em especial pelo não cumprimento das normas princípios expostas acima.

Neste propósito, cumpre ressaltar que a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Resolução 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas) foi estabelecida em 10 de dezembro de 1984 e foi ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989. Constitui-se de 33 artigos, dentre os quais se destaca o artigo 16 com a seguinte redação:

Cada Estado Parte comprometer-se-á a impedir, em qualquer parte do território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que não equivalem a tortura, tal como definida no artigo 1º, quando tais atos forem cometidos por um funcionário público ou por outra pessoa no exercício de atribuições públicas, ou ainda por sua instigação ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações contidas nos artigos 10, 11, 12 e 13, substituindo-se as referências à tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes".¹³

Recentemente, ocorreu o julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁴, tendo em vista as Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão

¹³ **Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.** Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Tortura>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

¹⁴ A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José (Costa Rica), cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos. Faz parte do chamado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. A Corte tem competência litigiosa para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos a que lhe seja submetida apreciação, sempre os Estados signatários reconheçam esta competência, por declaração ou convenções especiais. Basicamente conhece dos casos em que se alegue que um dos Estados-membros tenha violado um direito ou liberdade protegido pela Convenção, sendo necessário que se tenham esgotados os procedimentos previstos nesta.

Interamericana de Direitos Humanos¹⁵ a respeito do Brasil, em especial a uma solicitude de medidas provisórias em favor dos internos da Casa de Detenção José Mario Alves conhecida como “Penitenciária Urso Branco”, localizada na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, com o objetivo de evitar que continuasse a morrer internos na penitenciária.

A Comissão Interamericana relatou vários fatos violadores da dignidade da pessoa humana que foram expostos em sua solicitação de medidas provisórias, entre eles destacamos os seguintes: aproximadamente 60 internos se encontravam localizados em celas especiais - conhecidas como celas de “segurança”-, em virtude de que estavam reclusos por crimes considerados imorais pelos demais internos e se achavam em risco de sofrer atentados contra sua vida ou integridade física por parte dos outros reclusos. Em 1º de janeiro de 2002 as autoridades da Penitenciária Urso Branco realizaram uma realocação geral dos internos do estabelecimento, na qual realizaram as seguintes mudanças: aos internos que consideravam que punham em perigo a vida e a integridade de outros internos, os transferiram a umas celas localizadas fora dos pavilhões gerais; os aproximadamente 60 internos que se encontravam isolados em celas de “segurança”

¹⁵ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. Tem sua sede em Washington, D.C. A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo mandato surge com a Carta da OEA e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representando todos os países membros da OEA. Está integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal, os quais não representam nenhum país em particular, sendo eleitos pela Assembleia Geral. A Comissão tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e no exercício do seu mandato: a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção; b) Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando o considera conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico; c) Realizar visitas *in loco* aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembleia Geral. d) Estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América. Além disso, realizar e publicar estudos sobre temas específicos como, por exemplo, sobre: medidas para assegurar maior independência do poder judiciário; atividades de grupos armados irregulares; a situação dos direitos humanos dos menores, das mulheres e dos povos indígenas. e) Realizar e participar de conferências e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários, organizações não governamentais, etc... para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos. f) Fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos. g) Requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes. Pode também solicitar que a Corte Interamericana requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte. h) Remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios. i) Solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana.

foram transferidos para as celas da população geral, Aproximadamente às 21:00 horas de esse mesmo dia, foi iniciado um “homicídio sistemático” dos internos que provinham das celas de “segurança”. Esses internos “gritaram pedindo ajuda aos agentes penitenciários, os quais não intervieram para evitar essas mortes”, Em 2 de janeiro de 2002 um “grupo de choque” da polícia de Rondônia entrou na penitenciária. O relatório da pessoa encarregada desta operação salientava que haviam sido encontrados 45 corpos de internos, “alguns deles decapitados, e com os braços e as pernas mutilados pelo uso de armas cortantes, e que outros haviam morrido em consequência de golpes desferidos com ‘chunchos’ (armas cortantes e penetrantes fabricadas pelos presos)”.

Em 14 de março de 2002 a Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas cautelares com o objetivo de proteger a vida e a integridade pessoal dos internos da Penitenciária Urso Branco. Em resposta, a Corte Interamericana de Direitos Humanos requereu ao Brasil que adotasse todas as medidas que fossem necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na Penitenciária Urso Branco, sendo uma delas a apreensão das armas que se encontram em poder dos internos. Requereu também a investigação dos acontecimentos que motivam a adoção daquelas medidas provisórias com o objetivo de identificar os responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes. Ficou determinado o prazo de 15 dias contados a partir da notificação da Resolução para que o Brasil informasse à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas adotadas em cumprimento da mesma e apresentasse uma lista completa de todas as pessoas que se encontravam reclusas na Penitenciária Urso Branco e, ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações dentro do prazo de 15 dias a partir de seu recebimento.

Por fim requereu ao Estado a continuidade das informações à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada dois meses, sobre as medidas provisórias adotadas e que apresente listas atualizadas de todas as pessoas que se encontram reclusas na Penitenciária Urso Branco, de maneira que se identificasse as que seriam postas em liberdade e as que ingressassem a dito centro penal; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a ditos relatórios dentro do prazo de dois meses a partir de seu recebimento¹⁶.

¹⁶ KOSTER, Julia Impéria. Caso Presídio Urso Branco e a Corte Interamericana de Justiça – Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6784&revista_caderno=3 > Acesso em: 20 de novembro de 2012.

O exemplo do ocorrido na Penitenciária Urso Branco nos traz uma profunda reflexão sobre o respeito à dignidade da pessoa humana e sua efetiva proteção nos dias atuais. Por mais abrangente que sejam as normas protetoras da dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional e internacional, os avanços não ocorrerão se os detentores do “poder” político e econômico não se colocarem na vanguarda da defesa da integridade do ser humano, assumindo posições, praticando atos, tendo comportamento consentâneo com a dignidade da pessoa humana. É necessária a adoção de uma política criminal voltada para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito ao sistema prisional brasileiro, buscando reformas no sentido de fazer com que a pena seja um instrumento de promoção da ressocialização e não somente um ato de retribuição.

Como vimos anteriormente, quanto mais fundamentais forem os bens tutelados por estas normas-princípios mais consistentes deveram ser a efetividade jurídica a elas atribuída, como forma de se buscar a máxima proteção da dignidade da pessoa humana, neste sentido torna-se imperioso afirmar que em se tratando de normas-princípios que visam à proteção da liberdade, tais princípios merecem uma proteção intensiva por parte dos julgadores, neste sentido a aplicação destas normas devem se dar na maneira mais ampla possível, visando sempre à humanização da aplicação da norma penal ao caso concreto. Assim sendo é possível concluir que a aplicação dos princípios minimalistas no tocante à aplicação das normas penais e processuais penais no sentido de buscar uma máxima efetividade das normas-princípios que cuidam de aspectos materiais da dignidade da pessoa humana surgem como um consectário da necessidade da busca da proteção aos valores existenciais mínimos afetos a dignidade do ser humano.

É um facto que o valor da dignidade da pessoa humana tem sido violentado ao longo dos tempos e, em acontecimentos mais pontuais que outrora, mas ainda bastante reais, existem hoje exemplos destas situações, tais como a tortura, a mutilação e a escravatura, sendo estas algumas das medidas inibidoras e redutoras do normal desenvolvimento do ser humano e que lhe retiram a dignidade. Não obstante situações como estas, de tão grande gravidade, conduziram, conduzem e conduzirão, ininterruptamente, ao nascimento de novas consciências, para que se prossiga não só com sonho de uma vida digna, mas, ao nascimento de novas consciências, sobretudo, que todos os indivíduos atinjam, efetivamente, essa dignidade. (MATOS, 2009, p. 84).

Uma execução penal que prestigia de fato o princípio da dignidade da pessoa humana pauta-se, não só pela legalidade, mas pela preservação de todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória transitada em julgado, reconhecendo a cooperação dos organismos sociais na execução devendo-se desenvolver em ambientes que favoreçam a reinserção social do preso e justamente premiando a sua boa conduta, gradativamente aproximando-o novamente da sociedade, aperfeiçoando-se a ressocialização. “Reposto o homem no mundo livre, deve ser intensificado um trabalho para que esse homem seja realmente livre nesse mundo livre, livrando-o da estigmatização criminal, enfatizando a sua transcendência, respeito e dignidade”. (PENTEADO, 2009, p. 905).

Como uma forma de demonstrar esta correlação entre as normas-princípios dispostas no art. 5º da Constituição Federal com incidência na esfera do Direito Processual Penal e o princípio da dignidade da pessoa humana passamos a análise do Princípio da Presunção de inocência, disposto no art. 5º, inciso XVIII da nossa Carta Magna, que traz a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, que vigorava desde o século XII. (RANGEL, 2010, p. 25).

Neste período o réu era visto como um objeto do processo e não como um sujeito de direitos, assim sendo surgiu a necessidade de proteção do cidadão contra a tirania vigente que queria a qualquer preço a condenação, presumindo-o como regra, culpado.

O aludido princípio surgiu como uma regra constitucional que inverte o ônus da prova para o Ministério Público, atribuindo a este a obrigação de provar a culpa do réu, concedendo, inclusive, o direito de não poder ser obrigado a produzir prova contra si. Desta maneira a proteção da dignidade da pessoa humana se mostra de maneira clara ao não permitir, por intermédio do princípio da presunção de inocência, incriminações temerárias, fazendo com que possíveis inocentes possam ser tratados como verdadeiros criminosos. Trata-se, portanto de um bom exemplo de uma norma-princípio que trata de um aspecto material da dignidade da pessoa humana no âmbito processual.

4.1 Análise da dignidade da pessoa humana sob o olhar filosófico

O olhar filosófico da dignidade da pessoa humana passa por uma recompreensão deste princípio, buscando aportes em uma hermenêutica filosófica que restabeleça uma nova visão do Direito, discutindo o lugar do homem e sua dignidade frente ao mundo, buscando o alcance da máxima efetividade e afirmação dos preceitos constitucionais protetores da dignidade da pessoa humana. Desta maneira a compreensão do homem e seu real posicionamento frente ao universo promove uma reavaliação sobre o papel do Direito.

O Direito positivo consubstanciado no arcaico modelo positivista e legalista que supervalorizava o conjunto de normas legais para a solução dos problemas apresentados, ergue o legislador a um *status* fundamental, uma vez que sua produção jurídica acaba por traduzir uma sociedade pautada por leis e códigos. Ocorre que o Direito, nesta concepção passa a ocupar o papel de pautar a vida em sociedade, isto em razão de uma crescente necessidade de segurança jurídica, porém, neste sistema, as mudanças legislativas devem ser rapidamente levadas a cabo para atender os novos anseios sociais. “Na consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser frequente, tornando-se a praxe da época. Esta verdadeira cultura da mutabilidade do Direito corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do Direito”. (MELLO, 2008, p. 20).

Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão. (BARROSO, 2009, p. 325).

Dentro de uma ótica positivista, a interpretação do Direito é levada a cabo de forma mecanicista, metodológica, formalística através de um ultrapassado silogismo lógico-dedutivo. Nesse silogismo a premissa maior é a norma positivada, já a premissa menor é o fato que vai se adequar ao comando dado pela norma (premissa maior) e a conclusão, a afirmação da validade da norma por meio de sua aplicação ao caso em tela.

“Para o positivismo de todos os matizes, o processo cognitivo de fundamentação jurídica fica reduzido ao processo silogístico-subjuntivo, ou seja, conclusões tautológicas tidas sempre como verdadeiras, a partir do conteúdo de suas premissas”. (MELLO, 2008, p. 29)

Neste modelo, não existe outro direito que não seja o positivo, ou seja, que não esteja codificado, consubstanciado em uma lei. Ocorre que neste ponto o velho modelo positivista não consegue acompanhar as constantes e velozes modificações na sociedade e no pensamento coletivo, o que enseja uma precariedade das normas em regular todos os fatos novos que possam vir a surgir em razão desta constante mutação. Cumpre ressaltar que o trabalho legislativo é complexo e lento, devendo seguir uma imensidão de formalidades, no entanto as mutações sociais ocorrem a todo instante, assim sendo, não há como o Direito acompanhar a sociedade de forma a atender prontamente seus anseios.

Podemos destacar ainda outro ponto negativo deste sistema que reside no fato de que em virtude do positivismo jurídico, o magistrado deve dizer o direito, supervalorizando a norma, de forma que a sua decisão não esteja pautada num juízo de valor, mas simplesmente em uma relação de subsunção.

Em virtude do positivismo jurídico, o magistrado deve dizer o direito de forma que a sua decisão não esteja pautada num juízo de valor, não lhe cabendo distinguir o bom do mau direito, o justo do injusto. Aqui se encontra um dos problemas mais tormentosos da teoria do direito: O problema de saber em que medida o juiz pode ou tem o poder de criar o direito, considerando a lei injusta. Para o positivismo jurídico, o magistrado deve estar o mais ortodoxamente possível vinculado à lei. (MELLO, 2008, p. 25).

Como se observa, o positivismo jurídico, com o passar do tempo, se apresenta fracassado, pois se mostra inapto para resolver aquelas questões complexas que dependem de um trabalho mental além da simples interpretação metodológica das leis positivadas.

Assim sendo, como reação filosófica, surge o pós-positivismo como uma nova teoria no tocante à normatividade dos princípios. Tal teoria visa dar aos princípios jurídicos um caráter normativo, e estes devem atuar como uma espécie de norma jurídica vinculante. O pós-positivismo tenta restabelecer uma relação entre Direito e Ética, pois busca materializar a relação entre valores, princípios, regras e a teoria dos

direitos fundamentais e para isso, valoriza os princípios e sua inserção nos diversos textos constitucionais para que haja o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica. “O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como a superação do conhecimento. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”. (BARROSO, 2009, p. 328).

A verdade é que o Direito da segunda metade do século XX, já não suportava mais as ideias impostas pelo positivismo jurídico. O processo civilizatório não permitia mais uma aproximação tão absoluta entre o Direito e a norma e a sua separação da ética. A humanidade aqui já possuía ambições não mais alcançadas por este modelo.

O grande mérito do pós-positivismo foi a promoção da migração da filosofia para o mundo jurídico dos valores compartilhados por toda a sociedade em dado momento e lugar, materializando-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente, porém, a novidade não está, simplesmente, na existência dos princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica, mas sim, no reconhecimento de sua normatividade.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico. Estes os papéis dos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; condicionar a atividade do intérprete. (BARROSO, 2009, p. 329).

Cumprido ressaltar, como visto acima, que além do aspecto normativo dos princípios estes servem como guia para o intérprete, uma vez que representam valores a serem buscados pelo operador do Direito. Assim, importante destacarmos o princípio da dignidade da pessoa humana não somente em seu caráter normativo, mas principalmente pelo fato de possuir o condão de servir como um norte para o hermenêuta. Desta maneira, podemos concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o fim a ser alcançado pelo intérprete dentro de uma ótica pós-positivista.

“O caráter normativo e, portanto, vinculante, da dignidade da pessoa humana, condição da qual decorrem importantes consequências diretamente ligadas ao problema de sua eficácia e efetividade”. (SARLET, 2011, p. 90). A condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude e eficácia e, portanto, da plena vincularidade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa. A densidade jurídica da dignidade da pessoa humana, portanto, há de ser máxima reconhecendo-se como princípio supremo no que diz respeito à hierarquia das normas. “Há outros princípios que visam instituir direta e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhe atribuída uma densidade de autêntica de norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”. (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

Pois bem, os princípios dentro de uma visão pós-positivista assumem um papel de normas, reconhecendo-se, portanto sua aplicabilidade imediata aos casos propostos, desempenhando também a importante função de servirem como guias para o intérprete. “Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento de garantias para os cidadãos é daí que os autores lhe chamem princípios em forma de normas jurídicas e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação”. (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

Neste sentido importante realçar o princípio da dignidade da pessoa humana como o fim a ser atingido pelo intérprete, assim sendo, não deve mais o aplicador do Direito se servir única e exclusivamente das regras para a solução dos casos propostos, sua função vai muito mais além, deve por meio de uma compreensão do ser, dentro de uma realidade histórica e cultural, decidir o caso com o olhar apontado para a dignidade da pessoa humana. Desta maneira, o Direito passa a ser visto não como o único caminho a ser seguido pelo julgador, mas como mais um instrumento posto ao seu favor para decidir, que nem sempre será utilizado, somente naqueles casos onde a sua aplicabilidade se coadunar com os ideais apontados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Neste caminho hermenêutico, devemos observar que todos os princípios minimalistas de Direito Penal resplandecem aspectos materiais de proteção à dignidade da pessoa humana, possuindo com este uma íntima relação, devendo, portanto, representar um norte para o hermeneuta na compreensão do ser.

A dogmática penal deve se voltar para o ser humano, princípio, sujeito e fim dessa ciência: o direito penal começa por ser direito e, desse modo, ele

também, por força do elementaríssimo princípio *dictum de omni*, existe para sermos felizes. Daria praticamente na mesma dizer, como alguns já o fizeram, que o direito penal existe para sermos racionais, para sermos livres, para defender nossa vida, nossa razão, nossa liberdade. Isso impõe-lhe a evidente limitação de considerar a pessoa humana, concretamente, e de respeitá-la na singularidade de sua existência histórica e irrepetível. (PENTEADO, 2009, p. 903).

De fato, o Direito Penal, em especial, no tocante à interpretação do caso penal, deve ter como foco principal a dignidade da pessoa humana, passando pela compreensão do ser em conformidade com a sua realidade histórica, temporal e cultural. A relação do julgador se dá não com a lei simplesmente, mas com a pessoa humana que está sendo julgada, assim sendo, seu trabalho vai muito além de interpretar normas, pois deve ele compreender o ser humano, buscando a máxima efetivação da dignidade da pessoa humana, podendo para isso se servir dos princípios minimalistas de Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima.

Singular e irrepetível a conduta desse homem deve ser examinada concretamente, sem desprezar todas as condicionantes da mesma. A dogmática jurídico penal mais se aproximará do ideal de justiça a partir dessa postura de tratar não um homem médio – abstração que traz inúmeros problemas na aplicação das penas -, mas de um homem e de suas circunstâncias, eventualmente violador de uma norma criminal em um tempo determinado que, todavia, será apreciada e aplicada com uma significativa defasagem temporal, quando já, se tem um homem modificado pela dinâmica da vida e, por fim, concretizada no cumprimento da sanção, o que importa uma dilação ainda maior e, provavelmente, estar-se-á apenando um ser humano, cuja conduta precedente poderia ser reprovável, mas na atualidade executória penal aquela mesma sanção pode ser inútil e injusta. (PENTEADO, 2009, p. 903).

Ao colocarmos o ser humano no cerne das discussões a respeito da dignidade da pessoa humana, descortinamos um novo paradigma de fundamentação do Direito, pautado na dimensionalidade essencial da pessoa humana compreendida dentro de uma ótica histórica, temporal e culturalmente analisada. O estatuto legitimador do Direito não terá mais um cunho objetivista, mas sim a compreensão do ser humano sob um olhar filosófico direcionado à dignidade da pessoa humana, indo além, buscando o processo de formação ontológica do homem.

A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo Direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de a priori do

conhecimento da ontologia como hermenêutica da facticidade, como analítica existencial. (MELLO, 2010, p. XXXII)

O positivismo legalista consagrou, na aplicação do Direito, uma relação entre o ser e o objeto. Estabelecia um julgamento ao contrapor as regras legais e o sujeito violador destas regras. Ao esquecer a dignidade da pessoa humana em favor de um reducionismo legalista, manifestou-se ultrapassado.

O discurso legitimador do Direito não deve ser considerado o conjunto de regras positivadas, mas sim a dignidade da pessoa humana, manifesta na compreensão do ser, ou seja, este discurso legitimador vai muito além do ser, pois busca a sua compreensão dentro de sua realidade histórica e cultural. Não se trata de analisar somente seus limites existenciais, mas sim a sua essência.

Assim sendo, seguindo este entendimento, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada no âmbito da compreensão do ser inserido em sua realidade histórica, assim sendo a partir das circunstâncias do caso concreto, sempre que o indivíduo for considerado como objeto dentro de uma visão que valorize mais os textos legais, a sua dignidade será atingida. É nesse ponto que a doutrina e a jurisprudência possuem um papel relevante nesta mudança de postura. A noção de dignidade da pessoa humana vai se conformando, a partir do momento em que o direito passa a ser entendido a partir da compreensão do ser. A dignidade da pessoa humana está atrelada, portanto, aos direitos fundamentais.

Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra desrespeitado a vida, pela integridade psicofísica, moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam maculadas, estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana. (MELLO, 2010, p. XXXIII).

Por fim, o real sentido da dignidade da pessoa humana somente será descoberto se o operador do Direito buscar em seu fundamento originário, que se trata da compreensão do ser em sua essência em quanto ser humano que reflete seus potenciais no mundo histórico e cultural ao qual está inserido. Supera-se desta forma o velho paradigma da legalidade onde se refletia a lei sobre a pessoa. Em uma nova visão filosófica da hermenêutica, o ser humano assume o centro das discussões e a sua real compreensão enquanto ser no mundo passa a ser a busca do hermeneuta, que agora,

livre do normativíssimo, buscará a solução para o caso com enfoque na compreensão do ser, perfazendo uma relação entre sujeito e sujeito, alinhando-se aos ideais do princípio da dignidade da pessoa humana, onde os princípios minimalistas de Direito Penal poderão ser mais um instrumento posto ao seu alcance para a solução do caso.

Desta forma o pensamento jurídico objetificante será superado a partir da (re) fundamentação do Direito. O fundamento se dá a partir do ser-no-mundo. Mundo é a clareira do Ser, à qual o homem se ex-põe por sua Essência lançada. Na esfera jurídica, ao se pensar o Direito, deve-se pensar a questão da Verdade do Ser, ou seja, pensar o *humanitas* do *homo humanus*. É no pensamento da ec-sistência do Direito que se deixa de lado a obliteração e arbitrariedade do julgador. A concretização da dignidade da pessoa humana nesta perspectiva caminha na direção da Essência do Homem, isto é, na direção da Verdade do ser (o homem mais do que *animal rationale*). É, pois, o humanismo do Direito que pensa a humanidade do homem na proximidade do Ser. (MELLO, 2010, p. XXXIV).

4.2 O minimalismo penal e sua principiologia

O Minimalismo Penal trata-se de uma postura de política criminal, ou seja, de uma visão contextualizada dos acontecimentos sociais e políticos relacionados aos fenômenos criminais inspirados no princípio da intervenção mínima. O minimalismo penal possui suas origens no Iluminismo e traz consigo um pensamento de proteção aos bens jurídicos mais importantes, contudo, buscando a limitação ou minimalização do *ius puniendi* estatal.

O que é o Direito Penal Mínimo senão uma política criminal preocupada em limitar ao necessário o *ius puniendi* estatal, manuseando primeiramente outras formas jurídicas de controle que não no âmbito penal, bem como se valendo de outras formas penalizadoras que não apenas a privação da liberdade. (MELO, 2003, p.33).

Não podemos perder de vista que quando falamos em política criminal, devemos ter em mente um conjunto de valores e princípios incrustados no meio social que vão, de certa forma, influenciar um pensamento, um ideal, e, logicamente servir de base, *in casu*, para uma estruturação jurídico-penal. Quando analisamos os aspectos da criminalidade por um ângulo social não podemos deixar de mencionar a Criminologia que na atualidade trata-se “da disciplina que estuda as condutas humanas criminais sob os aspectos biológicos, psíquicos e sociológicos, integrando tais aspectos, e agregando-lhes outros aportes”. (COELHO, 2003, p. 144).

Desta forma podemos entender a Criminologia e o Direito Penal como ciências que, apesar de possuírem objetos distintos, não se separam mais sim, se completam a partir do momento que se entende que os fenômenos sociais analisados pela Criminologia vão servir de suporte para a construção do Direito Penal.

O Direito Penal se apresenta como um conjunto de normas jurídicas que definem condutas como delitos, associando-lhe penas ou medidas de segurança, representando um instrumento de controle social, protegendo os bens jurídicos. “Direito Penal substantivo ou material é sinônimo de direito penal objetivo, ou seja, conjunto de normas (princípios e regras) que se ocupam da definição das infrações penais e da imposição de suas consequências (penas ou medidas de segurança)”. (ESTEFAN, 2010, p. 36).

Por sua vez, a Criminologia trata do estudo do crime como um fenômeno social não criando regras ou impondo penas, mas investigando sua gênese, suas causas, seus fundamentos, com o fim de descobrir meios de solucionar os problemas da criminalidade.

O objeto da criminologia é o estudo da criminalidade entendendo tal como o conjunto das ações e omissões puníveis dentro de um determinado âmbito temporal e espacial. A Criminologia tem também a missão de estudar quando o recurso ao Direito Penal e seus instrumentos de controle social será a melhor maneira de solucionar os problemas relativos à criminalidade.

Neste sentido compete à criminologia apontar quando a função do Direito Penal será puramente “simbólica”, sem maior eficácia na solução dos problemas ou, inclusive, com efeitos contraproducentes ou “criminógenos”, evitando assim, sua manipulação política ou que se despertem na população expectativas de evolução que não possam ser cumpridas dentro de uma realidade contextualizada. Pelo exposto, não podemos dizer que o objeto da criminologia seja somente o estudo científico ou empírico da criminalidade, tal como estavam sendo definida por meio dos ordenamentos jurídicos, em especial nas normas penais de cada país. Melhor dizendo, isso pode, certamente, ser afirmado, mas sempre que se diga ao mesmo tempo que a Criminologia também tem que se ocupar de muitos outros problemas que direta ou indiretamente estão relacionados com a criminalidade, sua prevenção e seu controle. (CONDE, 2008, p. 11).

A “Criminologia Crítica” possui como centro de seus estudos os elementos sociais, políticos, culturais e históricos que circundam o cenário da vida em sociedade no que diz respeito aos acontecimentos de índole criminal, desviando o estudo das

condutas criminais isoladas para os fenômenos relativos à criminalidade, visto, portanto, por um ângulo social, ou seja, não se trata mais da análise de casos separados, mas sim de um enfoque global que visualiza o problema da criminalidade como um fenômeno social devendo ser estudado em sentido geral, amplo, buscando as causas sociais, políticas e históricas da própria criminalidade. “A criminologia não deve ter por objeto apenas o crime e o criminoso como institucionalizados pelo direito positivo, mas deve questionar também os fatos mais relevantes, adotando uma postura filosófica”. (MIRABETE, 2003, p. 31).

Nesse posicionamento, a que se deu o nome de Criminologia crítica, cabe questionar os fatos tais como a violação dos direitos fundamentais do homem, a infringência de castigos físicos e de torturas em países não democráticos; a prática de terrorismo e de guerrilhas; a corrupção política, econômica e administrativa, tudo isso, como afirma Lopez-Rey, como “expressão da decadência dos sistemas socioeconômicos e políticos, sejam quais forem suas etiquetas”. (MIRABETE, 2003, p. 31)

À medida que o estudioso das ciências criminais começa a observar o crime não mais como um acontecimento isolado, ou seja, não mais buscando em acontecimentos individualizados a origem e as razões da criminalidade e sim começa a visualizar o crime como um fenômeno social, surge o entendimento de que é necessário adequar os dispositivos de Direito Penal à realidade social com a finalidade de que o Direito Penal venha a cumprir suas missões. Neste sentido, surgem os movimentos de política criminal. Podemos entender Política criminal como sendo o conjunto de princípios que vão orientar o profissional do Direito tanto na criação das leis quanto na sua aplicação ao caso concreto. Tais movimentos se dividem na atualidade em dois grandes seguimentos. De um lado, consagrando o modelo do Direito Penal Máximo, surge a corrente “punitivista” que apregoa a consagração de penas mais severas como solução dos problemas da criminalidade. Tais movimentos surgem da chamada “Criminologia Tradicional”, que conserva seus estudos direcionados ao evento criminoso de maneira isolada, buscando-se identificar a gênese do crime, investigando suas causas. Este posicionamento consagra uma postura de intervenção máxima do Direito Penal.

Ao contrário, o 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. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva, e, por sua vez, sua máxima certeza e incontrolabilidade. (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

De outro lado surge o movimento de política criminal, centro de nosso estudo, conhecido como “Minimalismo Penal”, ligado à Criminologia Crítica que adota uma postura de intervenção mínima do Estado, ou seja, consagra o modelo do “Direito Penal Mínimo”, tal pensamento prega uma interpretação humana das normas penais voltada para as garantias constitucionais em especial a dignidade da pessoa humana, a descriminalização bem como a mitigação das penas, entendendo que o Direito Penal deve atuar somente naqueles casos em que se mostre extremamente necessário, ou seja, limitando-se a um mínimo de condutas que não foram satisfatoriamente reguladas por outros ramos do Direito.

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre Garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis ou são imprevisíveis; apenas aquelas motivações por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstancias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros. (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

O mais festejado dos autores minimalistas é o italiano Luigi Ferrajoli, defensor do Direito Penal Mínimo, ou Direito Penal das Garantias que se convencionou chamar de “Garantismo Penal”, cuja principiologia, de acordo com Ferrajoli, pode ser assim resumida:

*Nulla poena sine crimine,
 Nullum crimen sine lege,
 Nulla lex sine necessitate,
 Nulla necessitas sine iniuria,
 Nulla iniuria sine actione,
 Nulla actio sine culpa,
 Nulla culpa sine iudicio,
 Nullum iudicium sine accusatione,
 Nulla accusatio sine probatione,
 Nulla probatio sine defensione.* (FERRAJOLI, 2010, p. 102)

Visando uma intervenção mínima do Direito Penal por meio da criação das garantias postas à disposição dos particulares contra a tirania estatal, Ferrajoli idealizou a construção do Garantismo Penal segundo a utilização de vários fatores limitadores do direito de punir. De forma resumida, pois não temos por intenção nos aprofundar em sua dimensão, podemos traduzir sua principiologia pelas garantias expostas nos princípios de que não se pode atribuir uma pena a quem não praticou um crime, não se verifica o crime sem lei anterior que o defina, muito menos uma pena sem prévia cominação legal, nenhuma norma incriminadora existe se o fato não necessite realmente de ser incriminado, não havendo de fato uma lesão significativa a um bem jurídico não há que se falar em tipificação da conduta, não há que se falar em crime sem se verificar uma ação humana direcionada neste sentido, não há ação a ser punida em Direito Penal se o agente não atuou ao menos com dolo ou culpa, não se pode falar em culpabilidade sem um devido processo legal, não há devido processo legal instaurado de ofício, não há devido processo legal sem contraditório ou ampla defesa onde o réu possa exercer livremente sua defesa e provar sua inocência, nenhuma prova pode ser admitida contra o réu se a este não for dada a possibilidade de contradizer e apresentar defesa.

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou exterritorialidade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2010, p. 102)

Sobre esta dualidade existencial entre um modelo de Direito Penal máximo opressor e um Direito Penal mínimo garantista Luigi Ferrajoli marcou o traço

diferenciador tendo como base os maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas estabelecidas.

Denomino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. (FERRAJOLI, 2010, p. 101).

Toda esta principiologia trabalhada por Ferrajoli encontrou amparo em nossa Constituição Federal de 1988, assim sendo podemos concluir que o nosso modelo de Direito Penal tende a se aproximar do Minimalismo Penal¹⁷.

O pensamento Minimalista, como toda construção cultural e postura de política criminal se fundamenta em vários princípios basilares. Tais princípios estruturam a mentalidade intrínseca ao Direito Penal Mínimo lhe servindo como aportes. Entendemos que é justamente através da análise detalhada destes princípios que conseguiremos desvendar o cerne do estudo a respeito deste ideal de política criminal que deve, segundo o nosso entendimento, servir como o instrumento de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana que representa para nós um norte para o hermenêuta.

¹⁷ CRFB - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá júri ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

4.3 Princípios minimalistas

A análise pormenorizada dos mais importantes princípios minimalistas é essencial para o correto entendimento desta postura de política criminal. Todo o arcabouço pelo qual se sustenta esta ideologia se mostra de forma latente por meio da compreensão de sua rede de princípios e valores informadores. São princípios que devem estar presentes tanto na atividade legislativa, ou seja, no momento da criação das leis penais, como também na atividade judiciária, por ocasião da aplicação da lei ao caso concreto por parte do magistrado, servindo para este como sustentáculo para a busca da dignidade da pessoa humana, consentânea com a Constituição Federal, em especial o Estado Democrático de Direito.

4.4 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima se revela como um limitador do poder punitivo do Estado, uma vez que consagra que as normas de Direito Penal somente devem incidir sobre aquelas condutas que venham a ofender os bens jurídicos mais importantes da vida em sociedade. Não compete ao Direito Penal regular todas as atividades sociais que se revelem atentatórias, mas tão somente aquelas que se apresente com maior grau de nocividade para a coletividade e em especial para os bens jurídicos. “O Direito penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância”. (GRECO, 2011, p. 47).

O profissional do Direito deve ter em mente o pensamento de que dentre todos os instrumentos de controle social, o Direito Penal é aquele que possui os meios de coação mais fortes, mais violentos, uma vez que suas sanções incidem sobre a liberdade dos indivíduos, desta forma, o Direito Penal, numa perspectiva minimalista, deve atuar somente dentro daqueles conflitos sociais que se revelaram realmente carecedores de serem reprimidos de forma mais severa pelo Estado. Não queremos fazer com que o leitor pense que o Direito Penal represente um mal necessário, ao contrário, o Direito Penal é um bem necessário dentro da sociedade, responsável pelo equilíbrio das

relações interindividuais e importante instrumento de controle social, que, utilizado de forma justa e equilibrada, seguindo os princípios irradiados pela nossa Carta Magna, se revela crucial para o Estado Democrático de Direito, porém, tal instrumento nas mãos da tirania representa uma verdadeira máquina de dominação como foi no império romano, na idade média e na idade moderna, o que é por nós repudiado.

O princípio da Intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem maior atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. (GRECO, 2011, p. 47).

O princípio da intervenção mínima deve ter sua aplicação de forma marcante no momento da construção do Direito Penal, ocasião em que o legislador deve tipificar somente aquelas condutas realmente agressivas aos bens jurídicos mais importantes, bem como deve buscar a descriminalização daquelas condutas que, apesar de tipificadas em nossa legislação não mais mereçam ser tuteladas pelo Direito Penal por não mais se mostrarem tão agressivas a esses bens jurídicos relevantes. Mostra-se então uma nova função do Direito Penal, a de selecionar aquelas condutas que o Estado deve reprimir sob ameaça de aplicação da sanção penal.

A intervenção do Direito Penal nos conflitos sociais deve ser, portanto, mínima. Neste contexto, gostaríamos de chamar a atenção que como corolário do princípio da intervenção mínima surge o princípio da subsidiariedade ou princípio da “*ultima ratio*” do Direito Penal, que afirma que as normas de Direito Penal devem ter sua aplicação somente aos casos em que nenhum outro tipo de norma foi capaz de solucionar. O Direito Penal seria então a última alternativa utilizada pelo Estado para solucionar os conflitos sociais.

Somente se deve recorrer à intervenção do direito penal em situações extremas, como a última saída (*ultima ratio*). A princípio, portanto, deve-se deixar aos demais ramos do Direito a disciplina das relações jurídicas. A subtração de um pacote de balas em um supermercado, já punida com a expulsão do cliente do estabelecimento e com a cobrança do valor do produto ou sua devolução, já foi resolvida por outros ramos do Direito, de modo que não necessitaria da interferência do direito penal. (ESTEFAN, 2010, p. 121).

Cumpramos ressaltar que o princípio da intervenção mínima possui índole constitucional, tendo em vista a proteção dignidade da pessoa humana e dos direitos e

garantias individuais.¹⁸ Trata-se do princípio de maior relevância para o Direito Penal Mínimo, pois dele derivam todos os demais princípios minimalistas. Podemos visualizar o princípio da intervenção mínima como o sol e os demais princípios minimalistas girando em torno de seu sistema.

4.5 Princípio da lesividade

Foi o Iluminismo um dos grandes responsáveis pela modificação do pensamento humano. Tais modificações incidiram em inúmeras áreas do conhecimento humano, dentre elas o Direito conheceu uma nova realidade uma vez que o Iluminismo descortinara o dogma dando liberdade para o florescer da razão. Neste contexto nasce a separação entre Direito e Moral.

A Thomasius, vulto do iluminismo, com os desenvolvimentos posteriores de Kant, devemos a distinção entre direito e moral. Enquanto o direito é coercitivo, a moral é incoercível. A moral encontra raízes na consciência e, por isso mesmo, implica em liberdade de procedimento. (PAUPÉRIO, 1998, p. 53)

Não queremos que o leitor passe a pensar que o Direito venha a se apresentar de forma amoral mais sim queremos afirmar que nem todas as condutas imorais ou amorais devem ser recriminadas pelo Direito, é óbvio que as normas jurídicas devem representar valores sociais que sempre são influenciados, pela moral, ou seja, devem conter um mínimo ético, contudo, certas condutas imorais, ainda que escandalosas, somente devem sofrer a censura do Direito Penal quando representarem algum dano a algum bem jurídico por este tutelado.

Explicita-se o princípio da lesividade, que constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais do delito: a natureza lesiva do resultado, isto é, dos efeitos que produz. A absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, segundo o princípio *nulla necessitas sine injuria* e na tese seguinte, *nulla*

¹⁸ CRFB - 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;
CRFB - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

poena, nullum crimen, nulla poenalis sine injuria. (FERRAJOLI, 2010, p. 427)

O princípio da lesividade consagra que somente, as condutas que causem danos a terceiros deverão ser punidas pelo Direito Penal, ou seja, condutas imorais, ainda que altamente reprovadas pela sociedade, se não causarem algum dano significativo a alguém, não deverão receber sanção por parte do Direito Penal. Visa o princípio “proibir à incriminação de uma atitude interna, de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico”. (GRECO, 2011, p. 51).

Merece tal princípio uma análise crítica, quando observamos que ninguém deve ser punido por seus pensamentos, suas ideias, pois se tratam de questões que permanecem na esfera do agente não sendo capazes de causar dano a outrem. Da mesma forma ninguém deve ser punido pelo seu estado existencial, ou seja, a pessoa humana não pode ser penalizada pelo que é, mas sim pelas suas condutas, ou seja, pelo que fez ou deixou de fazer.

Por fim, é possível concluir-se que as condutas ainda que desviadas ou que causem repulsa social, desde que não venham a causar algum tipo de dano a determinado bem jurídico de outrem, selecionado pelo Direito Penal, não serão dignas de pena cominada em uma norma penal.

4.6 Princípio da adequação social

O processo de evolução social é constante, assim como constantes são as transformações no pensamento humano e na mentalidade punitiva que impera em uma sociedade em determinado tempo e espaço. Desta forma, podemos chegar à conclusão de que os critérios a respeito do justo e injusto sofrem modificações a partir do momento em que o corpo social elege as condutas que devem ser consideradas justas ou não pelo Estado. A evolução do pensamento social sobre as mais variadas questões sociais vai influir diretamente sobre a escala de valores a serem defendidas e a consequência deste fenômeno acabará sendo a modificação na repressão de determinadas condutas, não mais vistas como indesejáveis na coletividade. Muitas

vezes o Direito não acompanha a rapidez da evolução do pensamento social, o resultado desta morosidade se mostra através do visível descompasso entre normas penais e a realidade, traduzindo-se por tipificações de condutas que a própria sociedade não mais considera como injusto, o que de certa forma, lamentavelmente, permite que o Estado venha a reprovar determinados comportamentos através das normas incriminadoras de Direito Penal, condutas estas que nem mesmo a sociedade as reprova, pois se mostram devidamente adequadas aos novos moldes sociais.

O princípio da adequação social consagra a não tipicidade daquelas condutas que, a despeito de se amoldarem ao modelo legal descrito em normas penais incriminadoras, não merecem o caráter criminoso por não afrontarem o sentimento social de justiça.

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. (PRADO, 2004, p. 145).

Não obstante a esta explanação, não negamos a importância de tal princípio que desperta a atenção para os problemas relativos ao envelhecimento do Direito. Este princípio deve servir de fundamento ao Estado para um processo de descriminalização de várias condutas, bem como a uma reforma na parte especial de nosso Código Penal. Possui, portanto uma dupla finalidade, pois, dele poderá se servir o legislador para não elaborar leis que venham a incriminar condutas adequadas aos padrões sociais, bem como revogar do ordenamento jurídico aqueles tipos penais que não mais representem os valores atuais apregoados na sociedade. Ao aplicador do Direito, caberá ter a sensibilidade para reconhecer nos casos concretos a atipicidade daquelas condutas que apesar de estarem previstas na lei como criminosas não mais possuam de fato este valor para a sociedade que a ela se adaptou.

4.7 Princípio da fragmentariedade

Entendemos o princípio da fragmentariedade através da visualização de seu caráter estrutural residual, ou seja, os atos da vida humana são regulados pelas normas

jurídicas, sendo que cada ramo do Direito se incumbem de regular condutas inerentes à sua natureza, porém quando tais regulamentações não foram suficientes para proteger os bens por eles tutelados deverá intervir o Direito Penal visando a proteção destes bens considerados dentre os mais importantes desde que atacados pelo autor da infração penal. “O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes e, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento de interesses jurídicos”. (JESUS, 2012, p. 52).

Como corolário dos princípios da intervenção mínima, da Lesividade e da adequação social temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O Direito Penal quer significar, em síntese, que uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a Lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando assim, a sua natureza fragmentária. (GRECO, 2011, p. 59).

Desta forma o princípio da fragmentariedade limita a incidência das normas penais incriminadoras a uma parcela residual de condutas, ou seja, fragmentos de condutas não reguladas pelos outros ramos do Direito. Torna-se fácil concluir que a estruturação do Direito Penal se dá por meio do conjunto destes “fragmentos” não regulamentados pelas outras normas jurídicas pertencentes aos demais ramos do Direito. “Trata-se, na verdade, de uma característica do Direito Penal, mencionada por alguns autores também sob a forma de princípio, estabelecendo que as normas penais somente devem-se ocupar uma pequena parcela, um pequeno fragmento dos atos ilícitos”. (ESTEFAN, 2010, p. 121).

4.8 Princípio da insignificância

Seguindo a índole do princípio da Intervenção Mínima, analisado acima, ao legislador pátrio compete a função de selecionar os comportamentos que deseja reprimir por intermédio das normas de Direito Penal, o que faz com que tais condutas passem a serem considerados fatos típicos.

O fato típico, elemento estruturante do conceito analítico de crime, corresponde a uma conduta humana que, dentro de uma cadeia causal naturalística, provoque um

resultado material ou jurídico¹⁹, vindo conseqüentemente, a corresponder com a descrição típica descrita na lei penal, surgindo assim o fenômeno da adequação típica, que se trata da correspondência da conduta humana ao fato descrito no tipo penal.

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas as condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. (CAPEZ, 2012, p. 29).

Podemos dentro do estudo da tipicidade, diferenciar a tipicidade formal e a tipicidade material. “A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal”. (GRECO, 2011, p.21). Tipicidade formal, portanto, é a mera adequação da conduta humana à conduta descrita formalmente no tipo penal, desta forma o indivíduo que culposamente causa uma lesão corporal em outrem, ferindo-o com uma minúscula farpa que vem a provocar um leve arranhão, de certa forma, praticou uma conduta típica descrita no artigo 129, parágrafo 6º do Código Penal²⁰. A Tipicidade Material se revela como a efetiva e relevante agressão ao bem jurídico protegido pelo Estado. Assim sendo, não basta que haja um modelo abstrato de conduta descrita em um tipo penal, é necessário que o bem jurídico protegido pelo tipo penal venha a ser relevantemente atacado pela conduta do agente, caso contrário não podemos falar em tipicidade material. “Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm aplicação o princípio da insignificância”. (GRECO, 2011, p. 160). No caso narrado acima, podemos falar na existência de uma tipicidade formal, porém não podemos falar na verificação da tipicidade material, pois não se vislumbra “*in casu*” relevância na conduta do agente, ou seja, não podemos dizer que o bem jurídico foi atacado de forma veemente a ponto de visualizarmos uma lesão significativa apta a apontar a chamada tipicidade material.

¹⁹ O resultado material está presente nos crimes materiais que são aqueles cuja consumação se dá com a modificação no mundo exterior provocada pela conduta humana lesiva, como o crime de homicídio e o dano, já o resultado jurídico, trata-se dos efeitos da conduta lesiva para o mundo jurídico. Tal resultado está presente tanto nos crimes materiais quanto nos crimes formais que são aqueles em que a consumação não exige um resultado material, como o caso da calúnia, da ameaça ou da corrupção.

²⁰ Código Penal - Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 6º - Se a lesão é culposa:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

É justamente no estudo da chamada tipicidade material que observamos com nitidez o princípio da insignificância, concluindo desta maneira que, condutas que venham a atingir de maneira irrelevante os bens juridicamente tutelados pelas normas de Direito Penal devem ser consideradas atípicas pela ausência da chamada tipicidade material.

4.9 Princípio da proporcionalidade

A gênese normativa do princípio da proporcionalidade repousa na Carta Magna de 1215.

Sua origem normativa repousa na Carta Magna de 1215, nos itens 20 e 21, quando dizia que : *For a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offence...* Earls and barons shall be fined only by their equals, and in proportion to the gravity of their offence. (ESTEFAN, 2010, p. 123).²¹

A Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1795 estabelece em seu art. 8º que, “a lei não deve estabelecer outras penas que não estritamente necessárias” e no art. 12 que, “A lei só deve cominar penas que estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Consagrou-se assim o princípio da proporcionalidade anteriormente mencionado por César Beccaria em sua Obra “Dos Delitos e das Penas”, que, influenciado pelo pensamento iluminista contribuiu decisivamente para que tal princípio se tornasse um pressuposto penal.

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), saliente-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. (PRADO, 2004, p. 143).

Desta forma concluimos que entre os delitos e as penas deve existir um equilíbrio a ser consagrado pela lei ao estabelecer a punição para cada conduta descrita no tipo penal, bem como pelo aplicador da lei no momento da dosimetria da pena por

²¹ Tradução: “Por um delito leve, deve um homem ser punido proporcionalmente à gravidade do ato...”; os condes devem ser apenados somente por seus pares e proporcionalmente à gravidade do delito”.

ocasião da sentença condenatória, sendo assim o princípio da proporcionalidade possui uma dupla destinação; ao legislador e ao juiz, ambos operadores do Direito.

O fato de que entre a pena e o delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do texto retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio da proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios da legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico. (FERRAJOLI, 2010, p. 366).

A propósito, gostaríamos de destacar uma situação que suscita polêmica por parte da doutrina que se trata do caso de participação no crime de Bigamia tipificado no artigo 235 do Código Penal, dispõe o artigo:

Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
Pena - reclusão de dois a seis anos

Sendo o crime em comento de concurso necessário, dispõe o parágrafo primeiro que:

Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punida com reclusão de um a três anos.

Pelo exposto pode se verificar que o cônjuge que comete o crime de bigamia é apenado de maneira mais severa do que aquele que com ele se casa, não sendo casado, porém, conhecendo o fato de ser o outro agente casado. Contudo imaginemos uma situação em que A induza a B, pessoa casada a cometer o crime de bigamia com C pessoa não casada, logicamente, A é partícipe e por ter induzido B, pessoa casada, devendo neste caso, sofrer a pena descrita no caput do referido artigo, ou seja, reclusão de dois a seis anos, enquanto C, pessoa não casada se submeterá a pena do parágrafo primeiro que é a detenção de um a três anos. Salta aos olhos a agressão ao princípio da proporcionalidade causada pelo legislador pátrio ao não observar este aspecto, pois, sofrerá uma pena mais severa uma pessoa que apenas induziu, ou seja, teve uma conduta secundária, do que uma pessoa que veio a praticar de forma primária e imediata

a conduta típica descrita no parágrafo primeiro do crime em questão, ou seja, aquele que não sendo casado se casa com uma pessoa casada sabendo de tal circunstância.

Pensamos que o partícipe do caput deva ficar sujeito à pena mais branda do §1º, pois, em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se pode puni-lo com sanção superior à cominada para o próprio agente, que não sendo casado, contrai casamento com pessoa já casada, ciente da circunstancia. (§ 1º). (DELMANTO, 2010, p. 731).

Cumprе ressaltar que na busca pela proporcionalidade entre a pena e o mal causado é necessário uma análise valorativa entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, uma vez que a análise de ambos possibilitarão uma conclusão mais acertada sobre a proporcionalidade da pena a ser aplicada.

O princípio da proporcionalidade (*poena debet commensurari delictu*) em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/ consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade de fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente. (PRADO, 2004, p. 143).

4. 10 Considerações finais sobre o minimalismo penal

A criminalidade é uma realidade social crescente nos dias modernos. Carece o Estado de meios para contenção deste fenômeno social. É necessário que Direito Penal venha a se adaptar a esta nova realidade, porém, entendemos que não será com a criação de leis draconianas ou com penas que exorbitem a compreensão humana, mas sim através de uma política criminal racional, equilibrada que evite os excessos do *ius puniendi* estatal.

Não resta dúvida que somos a favor de uma intervenção estatal, porém, somos contra a uma intervenção máxima, com criações de leis desvinculadas de razoabilidade e proporcionalidade. O Direito Penal Mínimo representa o melhor modelo de política criminal a ser adequado ao Direito Penal pátrio, porque se trata de um pensamento racional, equilibrado, mais próximo da dignidade do ser humano.

Uma intervenção penal máxima poder gerar um quadro de desequilíbrio social, bem como um incentivo ao abuso do *ius puniendi* por parte do Estado, traduzindo-se pelo retorno da tirania.

O verdadeiro Direito Penal é aquele que respeita a dignidade da pessoa humana, observando os princípios minimalistas e o respeito às garantias constitucionais, espelhando um ideal de justiça e liberdade, intervindo o mínimo na vida social.

Os princípios minimalistas de Direito Penal se observados fossem de forma contumaz em primeiro instante, no âmbito do Poder Legislativo, certamente, iriam contribuir para uma transformação no Direito Penal, mesmo porque, nosso envelhecido Código Penal, muitas das vezes, desconhece tais princípios, que por sua vez, abundam em nossa doutrina. O operador do Direito ainda que busque a observância de tais princípios se vê impotente frente a uma muralha envelhecida, arcaica e anacrônica, construída por leis que não mais representam os anseios sociais, por detrás desta muralha encontram-se os princípios minimalistas de Direito Penal, que apesar de representarem, a nosso ver, a grande esperança para os problemas penais, são quase sempre, ofuscados pela “sombra da grande muralha”.

A grande solução para esta crise se encontra no coração do estudo sobre o surgimento da hermenêutica filosófica como marco de superação da hermenêutica metodológica que passaremos a analisar agora.

5 COMENTÁRIOS SOBRE A HERMENÊUTICA METODOLÓGICA E SUA SUPERAÇÃO PELA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A dogmática hermenêutica, na antiga visão metodológica, possuía a função de apontar as regras e princípios para a determinação da interpretação das normas e o correto entendimento dos seus textos.

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala em interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que há de se dar a norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir

da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. (KELSEN, 2006, p. 387).

Cabia então ao operador do Direito, ainda atrelado a uma hermenêutica metodológica, equivocadamente, interpretar a norma, colocando-a frente ao caso concreto, pois o jurista funcionava como um elo entre a norma e à “realidade”. A norma penal não fugia a esta regra uma vez que como integrante do ordenamento jurídico requeria uma interpretação apurada por parte do operador do Direito. Tanto as normas controversas quanto as normas claras mereciam uma interpretação cautelosa, até porque, o Direito Penal se trata do instrumento de controle social mais forte em razão da sanção penal.

Cumprе ressaltar que o desafio de interpretar a norma penal se mostrou tormentoso ao longo dos tempos. Isto porque a maneira metodológica utilizada de se interpretar a norma penal deflagrou várias interpretações controvertidas para um caso concreto. Assim sendo, conforme a ideologia propulsora da operação mental do aplicador do Direito, dentro de uma concepção de hermenêutica metodológica, este deveria escolher, por meio dos métodos interpretativos, dentre as possíveis interpretações, aquela que melhor se adequasse ao fato. Aqui se via uma porta aberta para o subjetivismo.

A norma penal, dentro de uma hermenêutica metodológica, devia ser interpretada como qualquer outra, segundo os processos hermenêuticos, com as devidas restrições impostas pelo princípio da legalidade.

Nosso trabalho, neste momento, tem por finalidade, somente por uma questão histórica, esclarecer os principais métodos de interpretação da norma penal, dentro de uma superada hermenêutica metodológica, bem como inculir a importância de um pensamento minimalista nas questões controvertidas que envolviam a atividade hermenêutica.

No contexto da hermenêutica metodológica, toda a lei devia ser interpretada para ser aplicada, mesmo quando clara, porquanto não era condição da interpretação ser ela obscura. “Dessa forma, não procede o aforismo *in claris non fit interpretatio*, pois só interpretando-a poder-se-á saber se ela é clara. Poder-se-ia dizer ser mais fácil a interpretação quando clara for a norma, mais difícil e penosa, quando obscura”. (GUSMÃO, 1982, p. 269).

No sistema inquisitorial, em especial na fase em que se buscou retirar das mãos dos juízes parte da sua autoridade passando para o legislador o crédito no controle da aplicação do Direito, conforme ensinava Cesare Beccaria a respeito da proibição de qualquer tentativa de interpretação das leis criminais. Estas deveriam ser executadas segundo seu texto, a fim de que cada cidadão pudesse "calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, porque tal conhecimento poderia desviá-lo do crime". (BECCARIA, 1983, p. 38). Tal entendimento se devia ao fato da ideia de livrar o povo da prepotência e crueldade reinante no judiciário inquisitorial.

A interpretação, dentro da hermenêutica metodológica, consistia em abstrair da norma o seu verdadeiro significado, o seu conteúdo e alcance frente à realidade para aplicação no caso concreto.

Interpretar era um trabalho cognoscitivo. O ato da interpretação da norma penal tinha por objeto o conhecimento do significado da norma. Não se tratava somente de pesquisar a vontade do legislador, como queriam os subjetivistas, nem, simplesmente, buscar revelar a vontade objetiva da norma como queriam os objetivistas, pois o legislador não podia prever todas hipóteses que podiam ocorrer na vida em sociedade.

A "existência" de uma norma jurídica não é um fenômeno psicológico. Um jurista considera um estatuto "existente", mesmo quando os indivíduos que o criaram não mais querem o conteúdo do estatuto, ou, mais ainda, mesmo quando ninguém mais quer o seu conteúdo, pelo menos ninguém dentre os que tinham competência para criar o estatuto através de atos de vontade. Na verdade, é possível, e muitas vezes acontece efetivamente, que o estatuto "exista" numa época em que os responsáveis por sua criação já estão mortos e incapazes de ter qualquer tipo de vontade há muito tempo. Desse modo, o estatuto obrigatório não pode ser a vontade da mente dos indivíduos que o fazem, mesmo que o ato de vontade real seja necessário para a elaboração do estatuto. (KELSEN, 1992, p. 38).

A realidade coletiva evolui constantemente e a norma escrita é insuficiente para regular tantas mutações. Por isso, para a hermenêutica metodológica, cabia ao intérprete descobrir o conteúdo da norma em conformidade com o contexto em que se encontrava.

Norma penal é a norma de Direito em que se manifesta a vontade do Estado na definição dos fatos puníveis e cominação das sanções. Definida assim é a norma incriminadora, norma penal em sentido estrito. Mas normas penais são também aquelas que completam o sistema penal com seus princípios gerais e

dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras. (BRUNO, 2003, p. 117).

De fato, a norma penal, ainda dentro de uma visão hermenêutico metodológica, sobre a qual recaia o trabalho do hermeneuta não era somente a incriminadora, ou seja, aquela que definia a conduta que o Estado queria reprimir por ameaça de pena, mas também aquelas outras normas que integravam o organismo legislativo penal, como as normas permissivas que se traduziam em uma autorização para que a pessoa atuasse em determinada circunstância como é o caso, que ainda pode ser visto atualmente, das excludentes de ilicitude²².

Eram também sujeitas à interpretação de cunho metodológico aquelas normas explicativas que visam trazer ao Direito Penal alguma conceituação com a finalidade de facilitar ou até mesmo viabilizar a aplicação da norma penal incriminadora. Como exemplo de norma penal explicativa podemos citar aquela que traz o conceito de funcionário público para efeitos penais e que está regulada no art. 327 do Código Penal. É esta norma explicativa que permite a aplicabilidade dos tipos penais que tratam os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública, sem ela tais dispositivos seriam inócuos²³.

Por fim, existem normas complementadoras que visam integrar algum procedimento trazendo parâmetros ao aplicador do Direito, neste sentido, podemos citar o art. 59 do Código Penal que dispõem sobre as circunstâncias judiciais em que o magistrado deve apoiar-se para efetuar o cálculo da pena base, bem como definir o regime inicial de cumprimento de pena²⁴.

²²Código Penal - Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

²³ Código Penal - Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

²⁴Código Penal - Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Cumpramos ressaltar que compete ao legislativo, por força constitucional, a função criadora das leis e ao magistrado compete a aplicação da lei, assim sendo, a criação se dá no campo abstrato e a aplicação no âmbito da concretude. Ocorre, todavia, que segundo os princípios que norteavam a hermenêutica metodológica, não competia ao juiz do caso concreto a função de criar as leis, mas sim de interpretá-las e dar-lhes o sentido de aplicação de acordo com os ideais que a inspiraram, entretanto, não se pode olvidar que quando o magistrado aplicava a lei ao caso concreto depois de ter retirado de sua norma o seu sentido acabava por conceber a “norma do caso concreto”, surgindo então a controvérsia a respeito da função criadora da interpretação.

A interpretação da lei penal é uma operação composta que exige estabelecer o significado abstrato (intenção) e o concreto ante o caso a resolver (aplicação) a lei penal não é carente de função; não devemos confundir função criadora e função criadora do Direito. Nem a jurisprudência, nem a doutrina são fontes do Direito Penal, razão pela qual a interpretação não poderá ser criadora do Direito. (COSTA, 2005, p. 422).

Na verdade, dentro da visão ultrapassada da hermenêutica metodológica, podemos identificar que o ato judicial pode-se traduzir em uma criação de uma norma de cunho individual tendo por base normas de caráter geral.

A doutrina tradicional considera como aplicação do Direito, antes de mais nada, a decisão judicial, a função dos tribunais. Quando soluciona um conflito entre duas partes, quando sentencia uma punição para um acusado, o tribunal aplica, é verdade, uma norma geral do Direito estatutário ou consuetudinário. Simultaneamente, no entanto, o tribunal cria uma norma individual que estipula que uma sanção definida seja executada contra o indivíduo definido esta norma individual está relacionada às normas gerais assim como um estatuto está relacionado à constituição. Desse modo a função judicial é, como a legislação, tanto criação quanto aplicação do Direito. (KELSEN, 1992, p. 138).

Ainda dentro do campo da hermenêutica metodológica, quanto ao sujeito a interpretação podia ser autêntica. “*Interpretação autêntica* é a que se realiza pelo legislador, através de outra disposição legislativa, contextual ou posterior à lei interpretada”. (FRAGOSO, 2006 p. 99). Assim sendo, dentro desta concepção metodológica da hermenêutica, o próprio poder legislativo no momento em que elabora a norma penal declina no próprio texto da lei o seu significado, podendo ser também

posterior, sendo esta a interpretação efetuada depois de ditada a lei, servindo para clarear possíveis incertezas e obscuridades.

“Por fim a interpretação pode ser doutrinária, quando constituída da *communis opinio doctorum*, ou seja, do entendimento dado aos dispositivos legais pelos escritores ou comentadores do Direito”. (MIRABETE, 2003, p. 51). Não produziam um enunciado vinculante, uma vez que não possuíam caráter normativo, sem falar na diversidade de pensamentos o que dificulta uma unificação necessária para a concretização da segurança jurídica.

Por fim, nesta concepção de hermenêutica metodológica, a interpretação também pode ser judicial. “*Interpretação judicial* é a realizada pelos tribunais nos julgamentos que proferem. Constitui o que se chama de jurisprudência”. (FRAGOSO, 2006, p. 100). Não vincula, senão para o caso concreto, no entanto cria precedentes em questões semelhantes, tendo força obrigatória para o caso concreto desde que sobrevenha à coisa julgada e esteja coberta pela imutabilidade. Se ultrapassado o prazo de recurso faz coisa julgada material.

Continuando a análise sobre a hermenêutica metodológica, quanto aos meios ou métodos empregados a interpretação podia ser gramatical, também chamado literal ou filológico, que se atém exclusivamente às palavras da lei. “Examina-se a “letra da lei”, em sua função gramatical, quanto ao seu significado no vernáculo”. (MIRABETE, 2003, p. 51). O intérprete, baseado nos conhecimentos de gramática, examinava, por exemplo, a pontuação, a posição dos vocábulos e o seu significado, examina somente a fórmula verbal usada pelo legislador. Por este meio faz-se uma análise do texto legal verificando o que dizem as palavras da norma. Devia ser levado em consideração que nenhuma palavra na lei era supérflua, bem como que, em regra, as expressões empregadas nas normas tinham significado técnico e não vulgar, sem se falar no fato de que o singular não excluía o plural e o emprego do gênero masculino não excluía o feminino.

Assim dizendo, essa interpretação era insuficiente por si só, uma vez que não alcançava as transformações da vida social, a diversidade das circunstâncias, os inúmeros fenômenos sociais que ao Direito não podem passar despercebidos. De fato, ainda nesta visão metodológica da hermenêutica, o intérprete não devia ficar atrelado

somente à letra da lei, mas devia buscar o seu real sentido dentro do significado intrínseco da norma.

A justa aplicação da norma requer do intérprete a descoberta do significado intrínseco, de que ela é o portador. Por outras palavras: requer dele que não se fique pela letra da lei, mas decifre o sentido apropriado, o espírito que nela se guarda. Já isto nos adverte que o significado próprio da norma é superior às intenções dos homens que a formulam. (VECHIO, 1948, p. 56).

Ligado a esse processo, seguindo a visão da hermenêutica metodológica, se encontrava o método lógico-sistemático, que nos conduzia a confrontar a disposição em análise com outras normas constantes em todo o ordenamento jurídico, referentes ao mesmo assunto, e, muita das vezes, com os princípios gerais do Direito. O intérprete servia-se dos exames de determinados institutos e até do Direito comparado. “A norma não é um princípio isolado, mas compõe um sistema que o intérprete não pode deixar de considerar, embora a classificação na lei não seja um elemento decisivo”. (FRAGOSO, 2006, p. 102). Tratava-se, de um método obrigatório, uma vez que é impossível se abstrair o verdadeiro sentido da norma penal se este não for analisado e compreendido no contexto maior do ordenamento normativo globalizado. “O exegeta analisa o dispositivo legal no sistema no qual ele está contido, e não de forma isolada”. (GRECO, 2011, p. 38).

Ainda percorrendo os caminhos da hermenêutica metodológica, devemos mencionar o método lógico-sociológico. Não se buscava aqui, obrigatoriamente, a vontade do legislador, como faziam os subjetivistas. Inúmeras são possibilidades de acontecimentos sociais supervenientes e o legislador não as anteveria em razão das múltiplas transformações políticas, sociais e culturais. A letra da lei fica estática, entretanto, o direito sobrevive, através de uma interpretação sensível às contingências da atualidade. A norma, segundo esta visão, possuía o poder de abraçar hipóteses imprevistas pelo legislador, adaptando-se aos tempos modernos. Seguindo esta hermenêutica metodológica a interpretação devia buscar a vontade da lei, desconsiderando a de quem fez. “A lei termina independente de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos”. (CAPEZ, 2012, p. 52).

Tem-se de igual modo, seguindo a esteira da hermenêutica metodológica, o método teleológico, que na lição de Carlos Maximiliano se trata de ser "o melhor, o mais seguro na maioria das hipóteses" (MAXIMILIANO, 1941, p. 19).

A interpretação teleológica consiste em indagar a finalidade da lei, levando em consideração os motivos e as finalidades que determinaram a sua produção. Os problemas hermenêuticos metodológicos se situam em uma relação entre emissores e receptores das normas. Fala-se, então, da interpretação teleológica, isto é, nas quais se postulam os fins. No caso do Direito Penal, a finalidade é, através das normas incriminadoras, a proteção de bens jurídicos fundamentais selecionados a luz de um critério político pelo legislador. Para a hermenêutica metodológica, em especial em seu método teleológico, a finalidade da lei, uma vez identificada, se sobrepunha à letra da norma, instrumento verbal do Direito, muitas das vezes injusta se aplicada automaticamente. Conclui-se desta maneira que a "interpretação lógica ou teleológica: busca-se na vontade da lei, atendendo-se aos seus fins e à sua posição dentro do ordenamento jurídico". (CAPEZ, 2012, p. 53).

De acordo com os princípios da hermenêutica metodológica, a interpretação, afinal, conduzia a uma única conclusão apesar da coexistência de vários métodos. De acordo com o caso concreto caberia, dentro desta concepção, ao magistrado a escolha entre este ou aquele método de interpretação, conforme a que se melhor apresentasse, para a segurança de suas decisões. Entretanto, entre a letra e o espírito, na hipótese de contraste, não há dúvidas que deveria optar por utilizar o último.

No que diz respeito ao resultado, segundo esta concepção metodológica da hermenêutica, o intérprete, após fazer uso dos meios já estudados, chegaria a um resultado interpretativo o qual podia ser declarativo, restritivo ou extensivo.

"Na interpretação declaratória, o intérprete não amplia nem restringe o seu alcance, mas apenas declara a vontade da lei". (GRECO, 2011, p. 39). Não se vê nestes casos a necessidade de conferir um sentido mais amplo ou restrito, ou seja, não se precisa restringir ou estender o entendimento porque está escrito. Por outro lado, a interpretação restritiva, seguindo nesta visão ligada a uma hermenêutica metodológica, "é aquela em que o intérprete diminui, restringe o alcance da lei, uma vez que esta, à primeira vista, disse mais do que efetivamente pretendia dizer (*lex plus dixit quam voluit*), buscando, dessa forma, apreender o seu verdadeiro sentido". (GRECO, 2011, p.

39). Assim sendo, se impõe quando é preciso restringir o significado da lei, por causa da amplitude de sua expressão literal não corresponder com seu real sentido, ou seja, quando o texto da lei disser mais que a sua vontade, surgindo a necessidade de restringir o alcance de suas palavras.

Ainda percorrendo os caminhos da hermenêutica metodológica, a interpretação extensiva ocorre quando é necessário ampliar o sentido da norma para além do contido na sua letra, pois nesse caso o texto da lei disse menos do que deveria dizer. A chamada interpretação analógica é uma espécie de interpretação extensiva e se traduz em uma extensão do conteúdo da norma aos casos análogos correspondentes à vontade da lei. O legislador, por não poder prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade, permitiu expressamente a utilização deste recurso, como ocorre, por exemplo, no art. 121, § 2º, III do Código Penal quando dispõe, “se o homicídio é cometido: com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”. Quando a lei se refere a “outro meio” está a permitir uma interpretação analógica, podendo o intérprete ampliar a aplicação da lei a casos similares. “Podemos perceber que a fórmula casuística – *com emprego de veneno, fogo, asfixia, tortura* – o Código fez seguir uma fórmula genérica – *ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*”. (GRECO, 2011, p. 41). A distinção entre interpretação analógica e analogia está no fato de ser este último um processo de integração da lei e a outra um meio de interpretar o conteúdo normativo. “Podemos, portanto, entender que a interpretação extensiva é o gênero, no qual são espécies a interpretação extensiva em sentido estrito e a interpretação analógica”. (GRECO, 2011, p. 41).

A interpretação analógica é permitida toda vez que houver uma fórmula casuística seguindo uma cláusula genérica, a qual deve ser interpretada de acordo com os casos anteriormente mencionados na forma pretendida pela vontade da lei.

A visão da hermenêutica metodológica que determinava ao intérprete visualizar o fim da norma para depois aplicá-la ao caso concreto, que aproximava o Direito da norma e não da Ética, que deixava a dignidade da pessoa humana para um segundo plano, que atribuía um valor absoluto às normas positivadas e não viam nos princípios o seu valor normativo, que se estabelecia em uma relação de causa e efeito, sujeito e objeto, representa uma visão ultrapassada, uma vez que a aplicação da lei

deverá atender antes de tudo o indivíduo e a sociedade a quem ele serve, por isso, o hermenêuta deve focar seu horizonte interpretativo na compreensão da pessoa humana dentro de sua realidade histórica e cultural. Assim o problema jurídico que envolve uma situação de natureza valorativa deve ser compreendido, no entanto, dentro da hermenêutica filosófica devemos entender a dignidade da pessoa humana como princípio legitimador do Direito colocando-a no centro das discussões jurídicas. Neste caminho, o Direito deixa de ser visto como o único instrumento para a solução dos casos apresentados, devendo ser entendido como mais um instrumento posto a disposição do aplicador do Direito.

“Assim, o problema jurídico, que envolve situação de natureza valorativa deve ser *compreendido*”. (CAMARGO, 2011, p. 13). Compreender é buscar o entendimento do fenômeno jurídico, buscando valores que extrapolam os limites da lei sendo aí o local onde se verifica o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta compreensão foge de uma mera relação de causa e efeito. Para que se verifique a solução do caso jurídico não bastará detectar-se o fato e encaixá-lo em uma norma positivada e abstrata dando-lhe concretude por meio de uma operação de subsunção da premissa menor à premissa maior, pois se trata de uma operação meramente formal. O Direito é compreendido em valores, sendo que a norma, fria e estática está relacionada a uma situação histórica na qual fazem parte o intérprete o fato e a norma.

Cabe falarmos em hermenêutica nesta área do conhecimento que não se submete à certeza da investigação científica. E o Direito não foge à regra. A hermenêutica jurídica refere-se assim, a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução. (CAMARGO, 2011, p. 15).

Portanto, imperioso afirmar, que não se fala em compreensão como uma metodologia, na qualidade de condição técnica formalística de uma conduta, mas um processo que verificamos em seu desdobramento e que tem como pressuposto investigar uma realidade histórica, uma tradição.

O Direito como construção do homem, deve ser compreendido e não explicado a partir de relações de causa e efeito, ou através de métodos de interpretação dirigidos às normas somente, como se para cada problema social existisse somente uma verdade e uma norma específica que conduz a uma única solução. Ao contrário, a existência do

Direito, enquanto norma corresponde à sua compreensão para a qual se abrem várias possibilidades interpretativas. Assim sendo a interpretação passa a ser uma ação que procura a compreensão do ser. O Direito, enquanto instrumento de transformação, diante da evolução da sociedade, não pode usufruir de métodos engessados a fim de solucionar os conflitos. Não cabe descobrir a solução na interpretação exclusiva da lei uma vez que a realidade dos fatos se mostra imprevisível. A impossibilidade de um método alcançar a verdade é a conclusão inevitável uma vez que esta verdade não se encontra na lei, mas sim na própria realidade do mundo pré-compreendido pelo intérprete.

A existência do Direito conforma-se assim, a uma tradição cultural determinada, mas que não pode ser encarada sob uma perspectiva reducionista, uma vez que admite valores universais válidos também para as outras épocas e outros lugares. Compreender é indagar sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas. E, nesse sentido, que acreditamos que o direito só existe quando compreendido. (CAMARGO, 2011, p. 20).

De fato, a compreensão do ser condicionado à sua situação no mundo e sua realidade histórica e cultural tende a ser o caminho a ser percorrido pelo hermeneuta, deixando para trás o velho paradigma de interpretação de normas por meio de métodos interpretativos uma vez que é impossível fazer uma interpretação sem que a visão do aplicador esteja direcionada ao ser, ou melhor, à compreensão deste ser inserido em um mundo pré-compreendido. Obviamente o julgador deve ter a compreensão do mundo e da realidade deste mundo antes do momento de decidir o caso, bem como buscar a compreensão do ser inserido neste mundo e sua real dimensão, visando a solução para o caso tendo como norte a dignidade da pessoa humana, uma vez que esta aqui assume o cerne das discussões jurídicas e não a norma. Para isso necessário de faz uma pré-compreensão do mundo e sua realidade histórica e cultural, suas tradições e costumes. “O que ocorre é que, desde sempre, o “sujeito interpretante” está inserido no mundo, em um mundo linguisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição”. (STRECK, 2009, p. 236).

Abre-se, assim, um campo de ação em que a compreensão é ontologicamente fundamental e antecede qualquer ato de existência. A compreensão sustenta a interpretação; é contemporânea de nossa existência e está presente em todo ato de interpretar, cuja essência está unida por vínculos fortes às potencialidades concretas do ser, no horizonte da situação que cada um ocupa no mundo. (MELLO, 2008, p. 105).

“A consciência da história efetiva é a consciência da situação hermenêutica, portanto, do momento de realização da compreensão”. (CAMARGO, 2011, p. 31). Assim sendo deve o hermeneuta possuir uma compreensão histórica cultural do mundo e da tradição ao qual está inserido para poder compreender o ser também inserido neste mundo e nesta tradição. Não cabe como missão da hermenêutica descobrir métodos para uma correta interpretação da norma, mas refletir sobre a realidade histórica e cultural a que está inserido, buscando na compreensão do ser inserido nesta mesma realidade a solução para o caso proposto. O indivíduo compreende a si mesmo através da consciência que tem de sua situação histórica, sendo esta situação a mesma em que está inserida o caso concreto. A compreensão não é nunca um trabalho subjetivo em relação a um objeto, mas sim, pertence à própria história, assim, afasta-se do trabalho do hermeneuta todo pensamento que estabeleça uma relação entre sujeito e objeto. “Feito isto, elimina qualquer consideração referente ao grau de subjetividade de intérprete frente ao máximo de objetividade que se requer para o conhecimento da coisa”. (CAMARGO, 2011, p. 36). O que o hermeneuta faz é se inserir em um processo histórico do qual da mesma forma que àquele envolvido no caso concreto também faz parte.

A compreensão que faz parte do modo de ser-no-mundo, antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal, cronológico. Porque estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isso, sempre interpretamos. O horizonte do sentido é-nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A facticidade, a possibilidade, a compreensão são alguns desses existenciais. O fundamento do compreender é próprio do homem. (STRECK, 2009, p. 201).

De fato, a compreensão do ser em sua realidade histórica e cultural não permite o subjetivismo por parte do hermeneuta, pois se trata de ter como ponto de referência a própria significação histórica assumida, tendo por fim a prevalência da dignidade da pessoa humana como princípio e fim do trabalho hermenêutico. O Juiz está, portanto inserido em uma situação hermenêutica a qual ele também faz parte, vivenciando a mesma experiência histórica de ser e estar no mundo. Mas a compreensão não faz parte de uma busca do passado, mas sim na determinação universal do ser inserido em sua

realidade atual, historicamente condicionada, tratando-se da experiência humana da qual todos nós participamos.

Vale destacar que essa posição pró-ativa do julgador não significa um retorno ao subjetivismo, tampouco perfaz decisões proferidas ao acaso. Pelo contrário, o magistrado está inserido numa situação hermenêutica, através do círculo hermenêutico, vivenciando uma tradição que é um patrimônio comum do homem inserido no ser-no-mundo. Portanto, o pensamento jurídico está em harmonia com um sistema aberto, já que a fundamentação jurídica é sem fundo, abissal e a sua determinação está relacionada a uma abertura de possibilidades. Somente após esta fase hermenêutica que o intérprete poderá adentrar na argumentação jurídica. (MELLO, 2008, p. 110).

Na missão do julgador de dar uma solução para o caso concreto a interpretação parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos anteriores e sedimentados que nos possibilita obter suas conclusões com o mínimo de previsibilidade. Analisando historicamente a questão, a tradição cumpre este papel. No que diz respeito especificamente ao mundo jurídico, verificamos toda uma tradição formada por julgados, formalidades e princípios que acabam norteando o intérprete.

Os princípios extraídos da doutrina e da jurisprudência conhecidos, portanto, dos profissionais e estudiosos do direito, permitem que a dialética se instaure dentro de limites que lhe retirem qualquer espécie de arbitrariedade, conferindo-lhe, inclusive, considerável fator de previsibilidade. (CAMARGO, 2011, p. 51).

“A propósito desta área circunscrita na qual atua o direito e que, por sua vez, delimita um campo próprio de interpretação é que podemos falar do “círculo hermenêutico””. (CAMARGO, 2011, p. 52). A interpretação se funda em uma visão prévia, assim sendo, toda a interpretação se encaixa no comportamento de compreender já devendo ter compreendido o que se quer interpretar. Concluímos então que a circularidade hermenêutica funda-se na pré-compreensão apoiada sobre o sentido daquilo que buscamos compreender. A pré-compreensão legitima-se na tradição como processo histórico que o intérprete está inserido. “E assim, na “compreensão da presença projeta seu ser para possibilidades””. (CAMARGO, 2011, p. 53).

A hermenêutica filosófica surge como horizonte de um problema naturalmente intrínseco às questões humanas, dizendo respeito ao fato de nos depararmos frente à totalidade do mundo como contexto histórico e vital da própria existência humana do

ser. “A partir disto, a pergunta acerca de como é possível o conhecimento e quais são as suas condições, passa a ser um problema menor dentro da globalidade da questão referente ao compreender da existência do horizonte de outros existentes”. (STREK, 2009, p. 195). A opção pela hermenêutica filosófica amplia a visão do intérprete quando possibilita a evolução das respostas do Direito aos fatos da vida. O apego excessivo ao legalismo acaba por encobrir o melhor sentido do processo interpretativo, ou seja, a transformação social através de decisões que respaldam as garantias constitucionais sob o ponto de vista de cada fato, a partir da compreensão do intérprete do mundo.

Para descobrir a verdade de cada caso, pela hermenêutica de cunho filosófico, há que se ter em mente as pré-compreensões do intérprete sobre a realidade histórica e cultural, onde se verifica uma tradição. Pela hermenêutica de cunho metodológico, a verdade é aquela contida na lei, mesmo que as particularidades do caso apontem para um caminho diverso. A verdade já existe antes mesmo do caminho do hermeneuta e não depende da lei, não está na interpretação da lei, mas sim na compreensão do ser inserido em sua realidade histórica.

O que nos é dado a entender acerca da existência humana, com sua finitude, sua mobilidade, sua projeção para o futuro e, em suma, sua precariedade, tudo isso pertencerá à forma primordial do compreender. Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido. Não há um sentido escondido na norma que possa ser alcançado de maneira essencial, tampouco há um sentido imanente que liga o significante ao significado como um objeto que possa ser buscado através de um processo interpretativo-objetivante pelo sujeito cognoscente. (STRECK, 2009, p. 195).

Enquanto na superada hermenêutica metodológica buscava-se estabelecer uma prática de interpretação limitada a métodos direcionada a identificar a finalidade da norma, a hermenêutica filosófica busca inserir a interpretação num contexto de caráter existencial com características do acontecer da tradição histórica, cultural e temporal do ser, onde o interpretar passa a ser uma compreensão do ser. “O que a nova hermenêutica irá questionar é a totalidade do existente humano e sua inserção no mundo”. (STREK, 2009, p. 195). Em se tratando da hermenêutica filosófica, verifica-se aqui um campo onde se exige um comprometimento do intérprete. As verdades jurídicas não dependem, dentro deste novo paradigma hermenêutico, de métodos, pois dentro deste sistema metodológico o que se verificava era a subjetividade do intérprete, assim sendo o que se

entendia como segurança jurídica, na verdade se tratava de uma “insegurança jurídica”. Na hermenêutica filosófica não há lugar para subjetivismo, uma vez que aqui o que se busca é a compreensão do ser, dentro de uma relação que se dá entre sujeito e sujeito, ambos atrelados a uma mesma realidade histórica. O julgador já possui uma pré-compreensão do seu mundo, inserido dentro das tradições culturais historicamente construídas, daí passa a compreender o ser inserido neste mundo e sua realidade histórica e factual, buscando na compreensão deste ser a solução que melhor dignifique a dignidade da pessoa humana. “Portanto, em sua essência, a hermenêutica não é um método, mas sim uma filosofia transcendental que pode ser aplicada ao Direito”. (MELLO, 2008, p.110).

Só é possível interpretar se existe a compreensão. E esta depende da pré-compreensão do intérprete. Por isto a compreensão necessariamente será um existencial. O intérprete não se pergunta por que compreende, porque ao compreender, já compreendeu. Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-outros. Impossível negar a facticidade. Ao tentar negá-la esta já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo. (STRECK, 2009, p. 225).

A hermenêutica filosófica busca o conhecimento através da compreensão do ser inserido em uma realidade histórica, considerando a pré-compreensão do intérprete, assim sendo as pré-compreensões do intérprete já antecipam o caminho a ser seguido. Nesse sentido, ao eleger os métodos que descobrem a verdade dos textos, a hermenêutica metodológica divorcia-se da realidade que se apresenta.

A historicidade é o local da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação, uma vez que é impossível a interpretação isolada de uma compreensão já existente da realidade histórica e cultural a qual se encontra o intérprete. Desta maneira somente será possível a verificação de uma interpretação se constatarmos a compreensão. “Dizendo de um modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia, visão prévia e concepção prévia, que já une todas as partes do “sistema””. (STRECK, 2009, p. 218).

A hermenêutica metodológica, calcada em regras ou métodos, não se mostra suficiente diante de questões mais complexas uma vez que é impossível prever os múltiplos acontecimentos da vida humana. Diante da realidade, tendo por base a

hermenêutica filosófica, o intérprete busca a compreensão do fato, numa perspectiva de abertura e de aproximação à realidade, inversamente no que ocorre na hermenêutica metodológica, onde os métodos repetitivos suplantam a realidade em nome da afirmação da validade da lei. No mundo dos fatos, caracterizados pelos inúmeros avanços sociais, a hermenêutica filosófica singulariza cada interpretação, e demonstra a impossibilidade de se prever resultados através de regras ou de métodos interpretativos.

Assim, a hermenêutica deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica. A linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de “estar a disposição do intérprete” – para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido. Esse sentido não exsurge porque o intérprete utiliza este ou aquele método. Tampouco o intérprete interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro, *subtilitas intelligendi*, depois a *subtilitas explicandi*, e, por último a *subtilitas applicandi*. (STREK, 2009, p. 218).

A superação da hermenêutica metodológica pela hermenêutica filosófica representa a superação do subjetivismo, pois a compreensão do ser inserido em uma realidade histórica a qual o intérprete já está inserido e atrelado promove a busca da essência, a humanização do Direito que se afasta da norma e se aproxima da dignidade da pessoa humana.

O que se procura com a superação da filosofia da consciência, da relação sujeito-objeto, do subjetivismo, é a busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de ser-no-mundo, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do Direito. É o caminho para a (de)sentificação do Direito, já que um ente não pode fundar os entes. Por isso é que o fundamento é um existencial. É a partir da hermenêutica como modo de ser-no-mundo que o Direito deve procurar caminhar por uma área de valores peculiares, subtraídos à lógica formal do direito positivo. (MELLO, 2006, p. 169).

O elemento histórico constitui um valioso subsídio para o hermeneuta. Necessário é verificar na sociedade os caracteres culturais que influenciam os próprios institutos jurídicos, ora passageiros, ora perenes, apontando assim, na trajetória do tempo, sua subordinação às exigências e transformações sociais. Faz-se, uma compreensão das condições históricas. Para procurar a origem da lei, o intérprete deve percorrer os caminhos de um historiador podendo utilizar recursos normativos, como os debates dos parlamentares, a exposição de motivos, sem falar nos acontecimentos históricos. A análise deste conjunto nos conduz aos motivos ocasionais que marcaram

efetivamente a origem da norma. Alguns dispositivos legais ainda em vigor em nosso ordenamento jurídico penal devem ser revistos, pois ainda guardam aspectos contrapostos a este entendimento. É o caso, por exemplo, da contravenção penal de vadiagem, disposta no Decreto-lei 3.688/41 em seu artigo 59 com a seguinte redação,

Entregar-se alguém, habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita:
Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três).

Importante salientar que buscando no caso em estacada uma compreensão histórica, esta nos levará a concluir pela inaplicabilidade deste dispositivo nos dias atuais.

Primeiramente, a existência desta contravenção se deve a uma questão histórica. Data o decreto lei 3.688 de 3 de outubro de 1941, ano em que se verificava um fenômeno social, em especial nas grandes metrópoles. Ocorre que em 1988 sobreveio a abolição da escravidão no Brasil, com isso muitos daqueles libertos migraram para as grandes cidades causando um grande aglomerado de pessoas, até certo ponto, indesejáveis para os padrões de uma elite dominante. Neste diapasão, o dispositivo em comento foi utilizado como forma de retirar de circulação tais pessoas. Posteriormente o mesmo dispositivo foi utilizado para retirar das ruas prostitutas, travestis e viciados. Nos dias atuais, com a vigência do Estado Democrático de Direito erguido pela Carta Magna de 1988 e a consagração das liberdades, a contravenção penal de vadiagem perdeu seu significado.

Neste sentido, o julgador, possuindo uma pré-compreensão do momento histórico a qual está inserido e buscando a compreensão do ser, de igual maneira inserido no mundo, por isso se vislumbra uma relação entre sujeito e sujeito, não aplicará o dispositivo, uma vez que não representa mais um elemento de proteção da dignidade da pessoa humana. Cumpre ressaltar que a compreensão do ser inserido no mundo histórico atual, visualizando aquele que não queira trabalhar nem tenha renda para se sustentar não pode por si só levá-lo a uma condenação uma vez que sua conduta em nada veio a ofender bens jurídicos de terceiros, e mais, dentro de nossa realidade histórica, um dos principais aspectos de proteção da dignidade da pessoa humana está

na proteção de sua liberdade, inclusive na liberdade que a pessoa deve ter de não fazer nada e entregar-se à ociosidade.

De outro lado, se analisássemos o caso em tela pelo olhar da hermenêutica metodológica, atrelada a um positivismo normativista, cairíamos em um retrocesso onde o império legalista se impunha e a lei deveria ser aplicada uma vez que neste sistema superado a supervalorização da norma afasta o Direito da dignidade da pessoa humana, impondo a triste noção de que não existe Direito que não seja o positivado e que o intérprete deve interpretar a norma e depois aplicá-la ao caso concreto, em uma relação entre sujeito e objeto.

Enfim, a superação da hermenêutica metodológica pela hermenêutica filosófica representou uma mudança de paradigma uma vez que se superou uma relação antes existente entre sujeito-objeto, vislumbrando-se agora uma relação entre sujeito e sujeito, onde a compreensão do ser inserido no mundo historicamente compreendido e pré-compreendido conduzirão o julgador a uma variedade de possibilidades, assim sendo, o direito positivado passa a ser mais uma possibilidade para o legislado e não a única. O centro das discussões jurídicas passa a ser não mais a norma, mas a compreensão do ser dentro de sua realidade histórica no mundo, fazendo com que o ideal da busca da dignidade da pessoa humana não se apresente mais ligado aos velhos dogmas positivistas.

Não se deve pensar que o Direito Penal exija uma forma peculiar de interpretação, que extrapole a rotina da interpretação jurídica em geral, até porque, como foi visto, a hermenêutica metodológica foi superada pela hermenêutica filosófica que, dentre outros méritos, enalteceu a dignidade da pessoa humana como centro das discussões jurídicas. Uma interpretação metodológica da norma penal representa um retrocesso no que diz respeito aos mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, pois colocam a lei como centro das discussões jurídicas e deixam para segundo plano a proteção da dignidade da pessoa humana.

Dentro de uma concepção metodológica, havendo dúvida sobre duas ou mais formas diferentes de se aplicar a norma penal, deve-se optar pela solução que se apresente como o mais benigna para o réu. É o princípio do *favor rei*. Quer isto significar que a incerteza em relação qual solução possível não deve ocasionar prejuízo para o réu.

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio do *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido de não culpabilidade do acusado até que se prove o contrário: é necessária a prova – quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

No entanto se examinarmos o mesmo caso sob o olhar da hermenêutica filosófica, esta crise interpretativa estará superada, pois a compreensão do ser, inserido em uma realidade histórica, permitirá a solução para o caso sem a perda de tempo existente na discussão entre este ou aquele método interpretativo, até porque, não está na lei a única forma de solução para o caso concreto, ela representa apenas mais um instrumento posto á disposição do juiz, uma vez que este não buscará a “interpretação da lei” para a solução, mas sim na compreensão do ser no mundo, dentro de sua historicidade e atenderá a dignidade da pessoa humana, longe de qualquer subjetivismo.

Por fim, e para afirmar a desconstrução da hermenêutica metodológica, podemos afirmar que a utilização de métodos de interpretação sempre se mostrou precário frente à ausência de regras que ordenam uma hierarquização entre eles, permitindo a possível utilização de uma interpretação arbitrária, ou seja, estes métodos funcionam como justificativas para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar. Ou seja, a fragilidade dos métodos de interpretação deriva da inexistência de uma regra ordenadora de sua aplicação em cada caso. Aqui se verifica uma crise na interpretação da norma, pois a utilização de métodos interpretativos para buscar o sentido da norma, desvinculado de uma compreensão do ser inserido em uma realidade histórica e cultural permite não somente a verificação de uma relação de causa e efeito, mas principalmente de uma possibilidade para o subjetivismo que deve ser a todo instante repudiado.

Quando falamos em crise na interpretação da norma penal estamos querendo dizer que o sistema penal se vê em crise sempre que o intérprete deixa para um segundo plano a dignidade da pessoa humana, a compreensão do ser inserido em sua realidade histórica, para concentrar seu trabalho na interpretação da norma por meio de métodos interpretativos utilizados para se chegar a uma “solução”. Como vimos tais métodos ou regras interpretativas se mostram precários frente ao verdadeiro desafio do hermenauta

que deve estar relacionado com a compreensão do mundo e sua realidade histórica e com a compreensão do ser inserido neste mundo para buscar a solução do caso penal.

A nosso ver, o entendimento inserido na hermenêutica filosófica tem o condão de superar esta crise, consagrando um novo paradigma para o intérprete que buscará a compreensão do caso penal, por meio de uma pré-compreensão do mundo historicamente condicionado às tradições, por uma compreensão do ser inserido neste mundo ao qual o próprio intérprete também está inserido, livre de todo e qualquer subjetivismo, não atrelado a nenhum tipo de método, uma vez que aqui o norte para o hermenauta se trata da dignidade da pessoa humana, assim sendo, o Direito passa a ser visto como mais um instrumento posto à disposição do hermenauta e não como a única solução possível.

O Estado Democrático de Direito, a nosso ver, não se coaduna com uma interpretação que não busque uma compreensão do ser, quando na busca pela resolução de um conflito. Por mais que a lei tenha sido elaborada em determinada época, é natural que os anseios da sociedade evoluam diversamente do texto legal, que permanece estagnado, cabendo ao hermenauta uma interpretação aberta às transformações que a realidade apresenta. A evolução da sociedade requer uma compreensão ampla dos fatores sociais, assim sendo a recepção da hermenêutica filosófica amplia a visão do intérprete trazendo consigo a possibilidade de maior valorização e proteção dos direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direito.

Notamos na atual Constituição a sua capacidade de influenciar as relações sociais, devido ao conjunto variado de valores por ela garantido, representa a modificação da estrutura do Estado para uma Democracia aberta às discussões que remontam à própria sociedade. A transformação social é uma realidade, assim sendo torna-se necessária a opção pela hermenêutica filosófica que valorize as concepções do intérprete, enquanto cidadão, que desde sempre já se posiciona em sua realidade cultural e histórica diante da lei, tendo a possibilidade de criar oportunidades para as realizações, antes obstruídas pelo positivismo que elegeu uma hermenêutica de cunho metodológico.

A hermenêutica filosófica, segundo nosso entendimento, deve ser considerada o modelo ideal na busca pela verdade por parte do hermenauta, uma vez que investiga a

verdade através das pré-compreensões que o intérprete já possui do mundo. Tais pré-compreensões se perfazem através da tradição e ampliam o movimento das relações sociais. Em sentido oposto a hermenêutica metodológica propõe a busca de uma “verdade” já contida na lei, descompromissada com a realidade trazida pelo intérprete. Enfim, podemos concluir que a hermenêutica filosófica representa a opção de argumentação mais compatível às necessidades reais da sociedade e com os ideais de humanidade apregoados pelo Estado Democrático de Direito.

A hermenêutica filosófica se alinha à Constituição Federal de 1988, que consagrou um rol de garantias inerentes à dignidade da pessoa humana, que, na realidade, só podem ganhar efetividade no mundo dos fatos através de uma hermenêutica de cunho filosófico. A hermenêutica metodológica, intrínseca ao modelo positivista não representa transformação social para o Direito, na medida em que busca unificar a interpretação do caso concreto e, assim, impede a dinâmica do Direito quando se depara com situações distintas.

6. APONTAMENTOS ESPECÍFICOS SOBRE A CRISE NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL

Ao apontarmos para a existência de uma crise na interpretação da norma penal queremos trazer, na verdade, a verificação da necessidade de superação da velha hermenêutica metodológica que se vê ultrapassada, até porque não existe nenhuma hierarquização ou metodologia que sirva como um norte para o hermeneuta na concepção metodológica, em especial na escolha do método interpretativo. Neste diapasão, como já foi visto, a busca da verdade na interpretação do texto legal encontra-se totalmente superada, uma vez que a verdade somente pode ser alcançada mediante a compreensão do ser inserido em sua realidade histórica.

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito Positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades descritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preterida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como Direito Positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. (KELSEN, 2006, p. 391).

Buscaremos de forma objetiva demonstrar a existência da crise na interpretação da norma penal que se apresenta como um dos grandes desafios do Direito Penal, isto porque esta crise se apresenta devido a persistência de uma interpretação metodológica sendo a sua superação alcançada por meio da abertura para a hermenêutica filosófica. Neste momento nos serviremos de alguns casos específicos para elucidar a precariedade patente no que diz respeito à utilização da hermenêutica metodológica, frente à ausência de hierarquização ou estruturação dos métodos interpretativos relativos à norma punitiva, bem como pelo afastamento desta hermenêutica da missão da compreensão do ser, inserido em seu mundo historicamente pré-compreendido. A observação dos casos abaixo nos conduzirá a verificação da necessidade da utilização da hermenêutica de cunho filosófico para a consecução da descoberta da verdadeira significação do caso penal e da solução que atenda não a lei simplesmente, mas em especial a dignidade da pessoa humana, princípio e fim da aventura do Direito.

6.1 Lei de segurança nacional

A Lei de Segurança Nacional foi criada com a finalidade de promover a garantia da ordem e da proteção do Estado contra o enfraquecimento legislativo, ou seja, contra a chamada e “subversão das leis”.

Nos dias atuais, a Lei de Segurança Nacional brasileira é a que define os atos criminosos contra a segurança nacional. É a Lei nº 7.170, de 14 de Dezembro de 1983, que dá definições dos atos criminosos contra a ordem política e social, e opera no sentido de afirmar a proteção do bem jurídico “segurança nacional”. Ocorre que as redações de alguns de seus dispositivos se apresentam vagos e imprecisos, o que no Direito Penal caracteriza um verdadeiro obstáculo hermenêutico, em especial se o hermenêuta se servir da hermenêutica metodológica, tendo em vista os princípios da legalidade, taxatividade e segurança jurídica. Trazemos como exemplo o art. 9º da lei em comento com a seguinte redação,

Art. 9º - Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país.
Pena: reclusão, de 4 a 20 anos.

Como se observa pela simples leitura do tipo penal acima descrito, uma superada interpretação metodológica gramatical desvenda a intenção do legislador que preocupado com a segurança nacional criou o tipo em comento para reprimir aquelas condutas passíveis de submeter o território nacional ao domínio estrangeiro. A grande dificuldade surge quando, por um olhar metodológico se busca refletir tal artigo da lei a casos concretos, uma vez que paira a dúvida sobre como identificar a real dimensão, de uma tentativa de submissão do território nacional à soberania de outro poder, e mais, qual conduta sinalizaria esta real intenção do agente. Fácil concluir que ante a precariedade e a forma vaga e imprecisa, tal dispositivo, apesar de possuir vigência, sua aplicabilidade encontra um obstáculo intransponível para a sua interpretação, em especial se observada a superada hermenêutica metodológica, pois neste caminho norteado por “regras”, não se verifica nenhum “método” hábil a sanar a precariedade do tipo, no entanto, atrelado a este prisma o operador se vê obrigado a aplicar a lei ante o caso concreto pois, como vimos anteriormente, a hermenêutica metodológica está intimamente ligada ao sistema positivista que prima pela interpretação e aplicação da lei, deixando a dignidade da pessoa humana para um segundo plano.

Cumprido ressaltar que analisando o artigo em comento sobre o prisma do princípio minimalista da taxatividade intrínseca ao princípio da reserva legal que tem como principal característica a proibição de incriminações vagas e imprecisas que possam comprometer a segurança jurídica do cidadão, “a lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), por exemplo, pela sua falta de clareza e pela indeterminação e ambiguidade com que define certas condutas fere o princípio da reserva legal”. (ALMEIDA, 2004, p. 24). Ou seja, abandonando o texto legal e examinando o fato segundo o olhar minimalista tal dispositivo começa a perder sua força coercitiva.

Sob o olhar da hermenêutica filosófica, é possível apontar sua total inaplicabilidade uma vez que ao compreender o ser dentro de uma realidade histórica, deverá entender o magistrado, que tal dispositivo ainda que vigente não deverá ser aplicado, pois se apresenta violador do princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que não define exatamente a conduta que o Estado quer reprimir, restando enfraquecido o princípio da segurança jurídica que representa uma proteção da dignidade da pessoa humana. Buscando a compreensão do caso proposto e seu real entendimento tendo como norte a dignidade da pessoa humana, o hermeneuta deve

buscar a solução que melhor atenda à dignidade da pessoa humana, neste caminho hermenêutico, o Direito não é o único instrumento posto a seu favor para solucionar o caso, estando autorizado inclusive a deixar de aplicá-lo quando suas ordenanças violarem o princípio maior e norteador que é o da dignidade da pessoa humana. Neste sentido tomamos o auxílio do minimalismo, em especial do já analisado axioma garantista do “nullum crimen sine lege”, que traduz a ideia do princípio da legalidade lato ou no sentido estrito.

No sentido (estrito), identifica-se, ao revés, como a reserva absoluta de lei, entendendo “lei” no sentido substancial de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantia de sujeição do juiz somente à lei. (FERRAJOLI, 2010, p. 93).

Reafirma-se que pelo princípio da legalidade, a lei que tipifica uma conduta como criminosa deve ser taxativa, não se permitindo incriminações vagas e imprecisas, pois tais incriminações violam a dignidade da pessoa humana ao representarem uma possibilidade para a prática de arbitrariedades em nome de uma falsa aplicação da lei. Tal taxatividade se trata de um aspecto da tradição jurídica vigente em nosso Estado Democrático de Direito.

Desta maneira podemos concluir pela inaplicabilidade da lei em comento, pois sua efetivação fere tais ideais minimalistas, que representam princípios garantidores da proteção da dignidade da pessoa humana. Assim sendo o princípio da dignidade da pessoa humana, servindo de norte para o hermeneuta inserido dentro de uma hermenêutica filosófica e não metodológica, compreendendo o fenômeno diante de si, passa a desconsiderar o texto legal, que, mesmo estando em vigor confronta diretamente com a dignidade da pessoa humana.

6.2 Do crime de favorecimento real

Interessado da defesa da administração da Justiça, o Código Penal em seu art. 349 define o crime de favorecimento real com a seguinte redação,

Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: (grifo nosso)
Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

O Código Penal data de 1940, ocasião em que o legislador brasileiro ao criar a figura típica do favorecimento real teve por intenção reprimir a conduta daqueles que afetando a administração da Justiça auxiliavam autores de crimes a tornarem seguros os proveitos de suas condutas ilícitas, fomentando a criminalidade e enfraquecendo os órgãos de combate ao crime.

No entanto, em 1988 com o advento da Constituição Federal, por força do princípio da presunção de inocência ou estado de inocência insculpido no art. 5º inciso LVII, passou-se a considerar culpado e portando criminoso somente aquele que possui contra si uma condenação penal com trânsito em julgado, na forma seguinte,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Assim sendo, de acordo com a realidade histórica que teve como marco a edição de nossa Carta Magna aquele que pratica uma conduta tipicamente prevista no Código Penal, mas que ainda não foi definitivamente condenado não pode ser conceituado como criminoso ou culpado.

O princípio do estado de inocência limitou o poder punitivo do Estado no que diz respeito ao crime em comento tendo em vista que, por exemplo, se uma pessoa for surpreendida auxiliando outra que acabou de praticar um furto no sentido de esconder a *res furtiva* não estaria praticando o crime de favorecimento pessoal, pois não estaria auxiliando um “criminoso” tendo em vista que este ainda não foi condenado em sentença irrecorrível. Trata-se de uma interpretação conforme a Constituição, inspirada nos preceitos da dignidade da pessoa humana e dos ideais do Estado Democrático de Direito.

Cumprindo ressaltar que a interpretação gramatical vem, neste caso, a gerar uma crise de interpretação do próprio artigo, uma vez que suscita dúvida sobre a sua aplicabilidade, e mais, sua interpretação gramatical pode até mesmo se mostrar em

conflito com a própria interpretação constitucional. Em doutrina o tema em análise não se trata de um ponto pacífico, existindo posições distintas sobre o assunto como leciona Cleber Masson,

1ª posição: É suficiente a prova da existência do crime anterior.

A palavra “criminoso” foi utilizada como sinônimo de “sujeito ativo”, isto é, pessoa que comete crime. De acordo com esta corrente doutrinária, adequada para concursos do Ministério Público e das carreiras policiais (Polícia civil e Polícia Federal), para a caracterização do favorecimento real é suficiente a prova da existência do crime anterior, por qualquer meio (exemplo: tramitação de inquérito policial ou de ação penal) independentemente de condenação penal transitada em julgado.

2ª – posição: É imprescindível a existência de condenação definitiva pelo crime anterior.

Como o legislador empregou a palavra “criminoso”, e não “acusado de crime”, o princípio da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, inc. LVII) impede a incidência do delito previsto no art. 349 do Código Penal quando o auxílio é prestado a pessoa que, nada obstante indiciada ou acusada pela prática de crime, ainda não foi condenada por sentença penal transitada em julgado. (MASSON, 2011, p. 889).

Sob o olhar de uma hermenêutica filosófica, deixando de lado a norma penal e suas implicações dogmáticas buscando-se a compreensão do ser inserido em uma realidade histórica e cultural, é possível concluir pela inaplicabilidade deste dispositivo naqueles casos em que se presta auxílio àquele que não tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado uma vez que não se pode compreender como criminoso nos dias atuais frente ao princípio do estado de inocência com matriz constitucional. Vale registrar que a realidade histórica quando da edição do Código Penal permitia a punição, no entanto nos dias atuais, tal punição somente se legitima se ocorrer o requisito anteriormente abordado. A pré-compreensão do ser dentro de sua realidade histórica nos traz a ideia de que somente se pode considerar criminoso, de acordo com a tradição jurídica existente no Estado Democrático de Direito aquele que possui contra si uma sentença condenatória irrecorrível, já a compreensão do caso penal nos mostra que, no exemplo estudado, a pessoa está prestando auxílio não a um criminoso mas sim a um presumido inocente, assim sendo, não se busca a verdade no texto legal e em sua interpretação, mas na compreensão do caso penal. Neste caminho o hermenêuta, tendo como norte a dignidade da pessoa humana, deixa de aplicar a lei, uma vez que o Direito não deve ser considerado como o único instrumento para solucionar o caso, mas sim, mais um instrumento posto à sua disposição. A verdade não

está na lei, mas na pré-compreensão e na compreensão do ser inserido em sua realidade histórica. O caminho da hermenêutica filosófica rompe a crise existencial criada pelos “métodos” interpretativos revelando um novo horizonte para o intérprete.

Devemos ter em mente, que, neste caminho hermenêutico, a dignidade da pessoa humana se coaduna ao minimalismo, em especial no axioma garantista do “*nullum crimen sine lege*”, que consagra a ideia do princípio da legalidade no sentido estrito, que se traduz, em última análise, na taxatividade da lei penal. Tal axioma leva-nos a concluir que tendo em vista o estado de inocência, a aplicação deste dispositivo fica limitada taxativamente somente àqueles casos em que o agente auxilia uma pessoa que já possui contra si uma condenação penal transitada em julgado. Trata-se não de uma interpretação gramatical e conforme a Constituição de 1988, segundo o ideal minimalista, mas sim de um olhar filosófico da hermenêutica que prima pela dignidade da pessoa humana por meio da compreensão do ser inserido dentro de uma realidade histórica. Aqui também se verifica o minimalismo penal se coadunando com a dignidade da pessoa humana em uma hermenêutica filosófica sanando a controvérsia doutrinária apontada acima.

6.3 Do crime de favorecimento pessoal

Dando continuidade à proteção dos crimes contra a administração da Justiça o Código Penal em seu art. 348, assim disciplina o crime de favorecimento pessoal,

Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:
Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

O mesmo entendimento anteriormente estudado no crime de favorecimento real se aplica nos casos de favorecimento pessoal uma vez que aqui o legislador de 1940 trouxe a infeliz expressão “autor de crime”, portanto, tendo em vista o princípio constitucional do estado de inocência, o presente tipo penal se depara com uma inviabilidade de aplicação tendo em vista que tal crime de favorecimento pessoal necessita que o auxílio seja dado a alguém que tenha contra si uma condenação penal transitada em julgado, o que na verdade não foi a intenção do legislador da época.

Sob o olhar de uma hermenêutica filosófica, deixando de lado a norma penal e suas implicações dogmáticas e buscando a compreensão do ser segundo a sua realidade histórica e cultural, é possível concluir pela inaplicabilidade deste dispositivo naqueles casos em que o agente auxilia a subtrair-se da ação da autoridade aquele que não tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado uma vez que não se pode compreender como criminoso nos dias atuais aquela pessoa que não possui uma condenação penal irrecorrível frente ao princípio do estado de inocência com matriz constitucional. Vale registrar que a realidade histórica quando da edição do Código Penal autorizava a punição, no entanto nos dias atuais, tal punição somente se sustenta se ocorrer o requisito anteriormente abordado. A compreensão do ser dentro de sua realidade histórica trouxe a proteção da dignidade da pessoa humana, que a todo tempo serviu como norte para o hermeneuta.

Se verificarmos a intenção histórica do presente tipo penal, concluímos que o legislador quis reprimir a conduta daquelas pessoas que ajudavam de alguma maneira os “criminosos” a fugirem da ação da polícia. No entanto, na atualidade, a aplicação deste dispositivo deve ficar restrita, tendo em vista o axioma garantista do “*nullum crimen sine lege*”, que traduz a ideia do princípio da legalidade no sentido estrito que impõe a taxatividade da lei em conformidade com o que apregoa o estado de inocência constitucional. Assim sendo, somente se deve considerar para efeitos penais autor de favorecimento pessoal aquele que prestou auxílio a alguém que tenha contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado e não somente aquele que praticou um ato que pode ser considerado criminoso. Uma interpretação contrária pode atribuir responsabilidade criminal a qualquer pessoa que prestou auxílio a outrem, sendo que, à falta do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se pode concluir que este outrem seja de fato autor de crime, aí, estaríamos com uma porta aberta para a prática de arbitrariedades.

Aqui também se verifica o minimalismo penal se coadunando com a dignidade da pessoa humana em uma hermenêutica filosófica. Neste caso específico, deve o hermeneuta possuir uma pré-compreensão do mundo a qual está inserido e sua tradição no sentido de entender que a realidade histórica do Estado Democrático de Direito pugna pela compreensão de que somente se deve considerar autor de crime aquele que possui uma sentença condenatória transitada em julgado, assim sendo, aquele que

auxiliou uma pessoa, presumidamente inocente conforme os ditames constitucionais, pois ainda não foi condenada irrecorrivelmente, não poderá responder pelo crime de favorecimento pessoal. Neste caminho hermenêutico filosófico, o intérprete deixa de aplicar a lei, pois ao compreender o caso penal, entendeu que a aplicação da lei vem a ferir a dignidade da pessoa humana. Neste caminho o Direito não é o único instrumento posto a disposição do julgador para a solução do caso, mas sim, um dos instrumentos possíveis. O norte do hermenêuta deixa de ser a lei para ser a dignidade da pessoa humana em uma hermenêutica filosófica.

6.4 Do estupro de vulnerável

Com a finalidade de proteção da dignidade sexual o Código Penal dispõe em seu art. 217-A o crime de estupro de vulnerável com a seguinte redação,

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Cumpramos ressaltar que o crime tipificado no atual art. 217- A, tem uma carga punitiva muito mais rigorosa do que as penas cominadas para o tipo básico do estupro. Antes da mudança procedida pela Lei 12.015/09, o estupro com violência presumida era punido com a mesma pena cominada para o tipo descrito do art. 213, ou seja, 6 a 10 anos de reclusão.

O termo vulnerável demonstra a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais. Para o legislador penal, a vulnerabilidade ocorre em três situações distintas: quando se tratar de vítima de estupro com menos de 14 anos; quem por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato e quem por qualquer outra causa não pode oferecer resistência.

No revogado artigo 224 do Código Penal, o fato da pessoa possuir menos de 14 anos apresentava-se como elemento do crime e era tratada como violência presumida. O novo artigo 217-A manteve este entendimento com a nomenclatura de “vulnerabilidade”, tendo por finalidade proteger o menor que não tem condições para dar seu consentimento no que diz respeito às questões sexuais.

A lei anterior disciplinava o estupro com presunção de violência, crime tipificado no agora revogado art. 224 do Código Penal, que dizia que pela imaturidade, os menores de 14 anos não tinham o total discernimento para consentir na prática sexual, não interessando para a lei se a mesma já tinha uma vida sexual ativa. Essa presunção de violência trazia consigo uma grande controvérsia quanto a sua natureza. Logo a seguir da edição do código a presunção de violência era absoluta, ou seja, não se admitia prova ao contrário, independente da vida que aquela menor possuía, bastava apenas a sua condição de menor de 14 anos. Em momento posterior, tal presunção passou a ser entendida como relativa admitindo-se prova ao contrário, ou seja, o nível de experiência sexual da vítima excluiria a presunção de que foi forçada ou coagida.

Certo é que não se deve aceitar a presunção de violência como fonte de certeza criminal, pois, o mesmo pode promover o desprezo pela prova e não revelar a sua verdadeira natureza, bem como prestigiar a tão repudiada responsabilidade penal objetiva que se baseia em uma relação de causa e efeito. Entendemos à luz de um Direito Penal minimalista que a presunção de violência absoluta é inadmissível, porque se puníssemos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, repudiada pela nossa lei, que adotou a responsabilidade penal subjetiva que busca a verificação dos elementos subjetivos como o dolo e a culpa para promover a responsabilidade criminal do agente.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/09 a doutrina de forma pacificada emprestava um valor relativo, e não absoluto, à presunção.

Os Tribunais, acompanhando o entendimento da maioria dos doutrinadores, vinham decidindo pela relatividade da presunção de violência do então revogado art. 224, alínea "a" do Código Penal. Neste sentir, clara era a posição do STF, no julgado, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, do Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, D.J.U. 20.09.96, ora transcrito:

EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

O STJ, no julgamento do Resp. 46.424, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 224 do Código Penal por desprezar a responsabilidade subjetiva; sendo intolerável a responsabilidade objetiva:

EMENTA: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA. O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato, que se recrudescem a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp. 46.424, D.J.U. 08.08.1994).

Ocorre que com a nova lei criou o tipo penal estupro de vulnerável, que em seu contexto abarcou a conjunção carnal e o ato libidinoso e elevou a sua pena para reclusão, de oito a quinze anos, solucionando o problema da incidência do aumento de pena, já que, o crime em discussão se tornou um crime autônomo e com pena superior ao crime de estupro. E mais, não fala a nova lei em “presunção”, afirmando somente que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos constitui estupro de vulnerável, não deixando nenhuma margem de interpretação, ao menos segundo a ótica da hermenêutica metodológica. Porém, as controvérsias continuam no sentido de discutir qual a natureza jurídica da vulnerabilidade.

O debate gira em torno das mesmas hipóteses da presunção de violência, pois em realidade o conceito de vulnerável para os fins de estupro, o legislador apenas estipulou as antigas situações em que a lei considerava casos de presunção de violência. Como vemos no Resp. 46.424 acima citado, no nosso Direito Penal moderno a responsabilidade é subjetiva, dolo e culpa devem ser provados, sendo totalmente inadmissível a presunção de culpabilidade. Vejamos o entendimento das nossas cortes:

STF: O sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva. (STF - Inq. 1.578-4-SP)

STJ: (...) Inexiste em nosso sistema responsabilidade penal objetiva. (STJ HC 8.312-SP - 6a T 4.3.99 - p. 231).

Apurando o caso sob o olhar da hermenêutica metodológica, podemos concluir pela análise gramatical do texto legal a vulnerabilidade deve ser entendida de maneira absoluta, qualquer pessoa, em qualquer circunstância que mantiver relação sexual com menor de 14 anos será considerada culpada, pois não será possível produzir provas em contrário. Tal absurdo jurídico viola diretamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência, ambos descritos respectivamente no art. 5º, incisos LV e LVII da Constituição Federal, maculando frontalmente a dignidade da pessoa humana.

Sob o olhar de uma hermenêutica filosófica, deixando de lado a norma penal e suas implicações dogmáticas buscando-se a compreensão não da norma, mas do ser segundo a sua realidade histórica, é possível concluir que o magistrado deverá antes de tudo, buscar a compreensão do ser, assim sendo, verificando se o indivíduo manteve relações sexuais com um menor de 14 anos deverá compreender a situação do menor e verificar se dentro de sua realidade histórico e cultural possuía condições de discernir sobre as questões referentes ao sexo ou se se tratava de fato de uma pessoa vulnerável. Uma vez verificado a ausência de vulnerabilidade apesar de sua idade, ou seja, mesmo se menor de 14 anos já possui discernimento sobre questões sexuais frente a sua realidade de vida, o juiz deixará de aplicar a norma, em respeito à dignidade da pessoa humana. A compreensão do ser dentro de sua realidade histórica trouxe a proteção da dignidade da pessoa humana, que a todo tempo serviu como norte para o hermeneuta. Cumpre ressaltar aqui, que a verdade sobre o caso penal não se encontra da lei, mas sim na compreensão do ser inserido em sua realidade social e na pré-compreensão do julgador frente à tradição ao qual está inserido. Neste caminho hermenêutico filosófico o Direito passa a ser visto como mais um instrumento posto à disposição do magistrado para a solução do caso e não o único meio capaz de se chegar à verdade.

Podemos concluir, portanto que o tema a ser interpretado deve seguir os ditames de um Direito Penal Mínimo, seguindo orientações dos princípios constitucionais que prestigiam o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana. Daí nasce à fundamentação para que a presunção de vulnerabilidade seja relativizada, admita prova em contrário e seja aplicada em cada caso concreto conforme a sua peculiaridade. A análise deste dispositivo, tendo como o norte a dignidade da

pessoa humana, em especial o minimalismo penal presente, como visto anteriormente, no axioma garantista do, “*nullum crimen sine lege*”, que traduz a ideia do princípio da legalidade lato ou no sentido estrito, bem como nos axiomas “*nulla actio sine culpa*” que representa o princípio da culpabilidade, “*nulla accusatio sine probatione*” que representa o princípio do ônus da prova ou da verificação, e “*nula probatio sine defensione*” ajuda-nos a concluir pela relativização do conceito de vulnerável. Tais axiomas traduzem os princípios do contraditório, ampla defesa e estado de inocência, assim sendo, a aplicação deste dispositivo fica limitada somente àqueles casos em que se verifique de fato, no caso concreto, a vulnerabilidade da vítima devidamente comprovada à luz do contraditório e ampla defesa, e não simplesmente por uma interpretação gramatical objetivamente verificada. Trata-se de uma interpretação sob o olhar da hermenêutica filosófica inspirada na dignidade da pessoa humana que permite ao aplicador deixar de aplicar a norma jurídica quando esta afronta a dignidade da pessoa humana, analisada dentro da compreensão do caso penal.

6.5 Da lei de tóxicos

O crime de porte ou posse de droga para consumo pessoal possui o seguinte regramento na lei 11.343/06.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Já o crime de tráfico de drogas possui a seguinte redação na referida lei em comento.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Como se pode observar o legislador dispensou um tratamento mais brando ao usuário de drogas, pois, copiando em parte o modelo europeu, passou a entender que este não se trata de uma figura de demonização social, mas sim, um caso de saúde pública, que apesar de tudo, acaba por contribuir para o fomento do tráfico. Instituiu-se então o que a doutrina passou a chamar de despenalização moderada, criando penas alternativas para aqueles que fossem surpreendidos na posse de drogas para consumo. Por outro lado, a nova lei de drogas aumentou a pena para o tráfico de drogas, ou seja, para aqueles responsáveis pela comercialização de substâncias entorpecentes.

O grande desafio do aplicador do Direito, no que diz respeito à lei de drogas, está na distinção entre o usuário e o traficante, uma vez que os tipos penais apresentam profundas semelhanças.

Visando uma maneira de diminuir eventuais dúvidas o legislador instituiu o parágrafo 2º no art. 28 da lei de tóxicos, com a seguinte redação.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

O dispositivo em epígrafe teve por finalidade, simbolizar um “norte” para o aplicador do Direito no sentido de diferenciar o traficante e o usuário ao atribuir elementos de distinção como a natureza e a quantidade da substância apreendida, ao

local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente. Cumpre ressaltar que, apesar do esforço do legislador, é impossível verificar-se neste dispositivo a solução para a grande complexidade dos inúmeros casos que são postos à sua frente. A verdade do caso penal não pode estar atrelado ao significado que se atribui ao texto legal, pois a verdade se encontra no mundo dos fatos, na compreensão do ser inserido em sua realidade histórica e na pré-compreensão da tradição a qual estão atrelados o julgador e a pessoa a ser julgada. Neste momento devemos chamar a atenção para os preceitos minimalistas de Direito Penal, convergidos nos ideais de intervenção mínima do Direito Penal e demais princípios como o *favor rei* e o *in dubio pro reo* para definir que em casos de dúvida deve prevalecer a interpretação que melhor favoreça o réu, ou seja, aquela que aponte para a conclusão da posse para consumo pessoal e não para o tráfico.

Sob o olhar de uma hermenêutica filosófica, deixando de lado a norma penal e suas implicações dogmáticas buscando-se a compreensão não da norma, mas do ser segundo a uma realidade histórica, é possível concluir que o dispositivo em comento não deverá mais servir como norte para o hermeneuta que passará, dentro de uma hermenêutica filosófica ter como alvo a dignidade da pessoa humana por meio da compreensão do ser inserido em sua realidade histórica, na qual o próprio julgador também está inserido e exerce uma pré-compreensão do mundo historicamente compreendido. A solução do caso penal passará não pela análise da norma, mas pela compreensão do ser inserido em sua realidade histórica e temporal. Livra-se o julgador desta maneira do dogma legalista para buscar dentro de uma compreensão a proteção da dignidade da pessoa humana, que a todo tempo deve servir como norte para o hermeneuta. Neste entendimento a lei não deve mais ser vista como a “fonte da verdade”, mas apenas como mais um instrumento para se chegar à verdade representada pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Podemos destacar que para a compreensão o magistrado poderá se servir também, do minimalismo, em especial o axioma garantista do, “*nullum accusatio sine probatione*”. Tal axioma, como já foi visto, traduz a ideia do princípio da inversão do ônus da prova que implica na conclusão de que se o órgão acusador não comprovar os requisitos exigidos para a tipificação do crime de tráfico de drogas, caberá a aplicação da lei mais branda, no caso, a aplicação das penas alternativas destinadas ao usuário de

drogas. Trata-se de uma interpretação conforme a Constituição de 1988 e segundo o ideal minimalista tendo como norte a dignidade da pessoa humana em uma hermenêutica filosófica.

6.6 Da apologia ao crime ou criminoso

Buscando a proteção do bem jurídico “paz pública”, o Código Penal assim define o crime de apologia ao crime ou criminoso em seu art. 287 com a seguinte redação,

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

O tipo penal de apologia ao crime ou ao criminoso tem por finalidade a proteção do bem jurídico “paz pública”. O legislador entendeu por bem reprimir sob ameaça de pena a conduta daquele que de qualquer maneira venha a enaltecer a imagem do criminoso, ou que de certa maneira, venha exaltar ou elogiar a figura do criminoso ou o fato delituoso por este praticado.

Visou o legislador coibir as condutas daqueles que viessem a glorificar a imagem daquelas pessoas que praticaram crimes. A consumação ocorria quando alguém viesse a fazer apologia daquele que veio a praticar um fato descrito na lei penal como crime, praticando assim a apologia ao crime ou ao criminoso.

Com o advento da Constituição de 1988, a expressão “criminoso” passou a ganhar um novo significado, pois segundo o princípio do estado de inocência somente se pode considerar criminoso aquele que possui contra si uma condenação penal transitada em julgado, e não simplesmente aquele que praticou efetivamente uma figura típica prevista na lei penal.

Podemos concluir que de 1940, ano da edição do Código Penal até o advento da Constituição Federal de 1988, foi utilizado a hermenêutica metodológica, em especial o método de interpretação gramatical para aplicação do crime de apologia ao criminoso, porém, depois do advento da Carta Magna, o dispositivo passa a merecer uma nova interpretação, agora sob a égide de uma hermenêutica filosófica.

O hermeneuta, por meio de uma pré-compreensão da tradição histórica existente em seu tempo, buscando agora uma compreensão do ser inserido nesta realidade, vai desvendar o caso penal em comento conforme os ideais constitucionais protetores da dignidade da pessoa humana, em especial, ao princípio do estado de inocência, que apregoa que somente se pode considerar criminoso aquele que possui contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Segundo este entendimento, evita-se a incriminação temerária daquele que enalteceu uma pessoa que ainda não pode ser considerada criminosa, o que iria de encontro com a tradição jurídica vigente.

A doutrina penalista é controvertida a esse respeito, pois como se pode notar, torna-se necessário atentar para a utilização da hermenêutica filosófica em Direito Penal.

Portanto, a apologia de acusado de crime, ou seja, de pessoa que ainda não tenha sido condenada definitivamente, será atípica. Dir-se-á, talvez, que tal interpretação poderá ter consequências sociais danosas, deixando impunes aqueles que, em evidente conduta antissocial, por exemplo, fizerem apologia de acusado de crime hediondo como a extorsão mediante sequestro. Mas então que se altere o CP, pois é este, como lei ordinária, que deve se adaptar à CR, e não ao contrário. (DELMANTO, 2010, p. 820).

Sob o olhar de uma hermenêutica filosófica, deixando de lado a norma penal e suas implicações dogmáticas buscando-se a compreensão não da norma, mas do ser segundo a uma realidade histórica, é possível concluir pela inaplicabilidade deste dispositivo naqueles casos em que se faz apologia daquele que não tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado uma vez que este não pode ser compreendido como criminoso nos dias atuais frente ao princípio do estado de inocência com matriz constitucional pertinente a nossa tradição jurídica. Vale registrar que a realidade histórica quando da edição do Código Penal permitia esta punição, no entanto, nos dias atuais, tal punição seria autorizada somente se verificado que a pessoa enaltecida pelo agente possuía condenação penal irrecorrível. A compreensão do ser dentro de sua realidade histórica trouxe a proteção da dignidade da pessoa humana, que a todo tempo serviu como norte para o hermeneuta.

A aplicação deste dispositivo, se servindo também do minimalismo, em especial o axioma garantista do “*nullum crimen sine lege*”, que traduz a ideia do princípio da legalidade lato ou no sentido estrito, determinando que a lei que incrimina

uma conduta seja clara e taxativa, leva-nos a concluir que segundo o estado de inocência, a aplicação deste dispositivo fica limitada somente àqueles casos em que o agente auxilia uma pessoa que já possui contra si uma condenação penal transitada em julgado. Trata-se de uma interpretação segundo o ideal minimalista que apregoa uma legalidade estrita, onde a norma incriminadora possui cunho taxativo, não admitindo interpretações vagas e imprecisas. Eis aí, o minimalismo penal se coadunando com o princípio da dignidade da pessoa humana, servindo como norte para o hermenauta percorrendo os caminhos de uma hermenêutica filosófica.

6.7 Do crime de petrechos de falsificação.

Art. 291 - Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Buscou o legislador no tipo penal em comento reprimir a conduta daqueles que possuíam objetos destinados à falsificação de moeda, incluindo aqui também o papel moeda. Não visou neste tipo penal a punição do falsário, mas sim daquele possuidor de petrechos para a falsificação.

A grande dúvida quanto a este dispositivo trata-se em desvendar o que pode ser considerado petrecho para falsificação. Papéis, colas, tesouras podem ser utilizadas na falsificação de notas, no entanto, tais objetos estão praticamente em todas as casas e nem todas as pessoas falsificam dinheiro. Uma análise segundo os métodos interpretativos eleitos pela hermenêutica clássica levará ao entendimento de que qualquer objeto destinado a falsificar moeda pode ser utilizado para a tipificação do crime, bastando apenas provas de destinação de tais petrechos. Tal interpretação, perigosa e desproporcional, pode dar ensejo a grandes injustiças e até mesmo permitir que o Direito Penal atue no interesse de uma classe dominante, visando escolher aqueles a quem se quer punir, pois de uma escala muito grande de pessoas que possuem tais objetos, uma pequena parcela poderia ser escolhida pelo “direito penal do subterrâneo”, legitimador de arbitrariedades. Aqui, uma interpretação com base em uma hermenêutica metodológica poderia conduzir ao absurdo de uma punição de um inocente que possuía

objetos que possam ser utilizados em falsificação, ainda que jamais utilizados para este fim.

No entanto, sob o olhar da hermenêutica filosófica, busca-se a compreensão do ser inserido dentro de sua realidade histórica que já foi pré-compreendida pelo hermeneuta em razão a pré-existência de uma tradição da qual fazem parte o julgador, a pessoa a ser julgada bem como todas as circunstâncias que envolvem o caso. Tal entendimento nos conduz a entender que os objetos descritos no tipo penal em estacada se tratam de objetos com destinação exclusiva de falsificação como, cunhos, formões ou clichês, reduzindo a incriminação para casos muito específicos, onde a constatação se basearia em critérios lógicos e não em subjetivismos.

Sob o olhar de uma hermenêutica filosófica, deixando de lado a norma penal e suas implicações dogmáticas buscando-se a compreensão não da norma, mas do ser segundo a uma realidade histórica, é possível concluir pela inaplicabilidade deste dispositivo naqueles casos em que se verifica a presença de objetos que não possuem destinação exclusiva para falsificação. Vale registrar que a pré-compreensão da realidade histórica bem como da compreensão do ser desvelará por si só a real destinação destes objetos. A compreensão do ser e não a interpretação da norma trará a proteção da dignidade da pessoa humana, que a todo tempo deverá servir como norte para o hermeneuta que percorreu os caminhos de uma hermenêutica filosófica.

6.8 Da suspensão condicional da execução da pena

Também chamado de “sursis”, a suspensão condicional da execução da pena foi tratada no art. 77 do Código Penal com a seguinte redação,

Requisitos da suspensão da pena

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (grifo nosso)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (grifo nosso).

A suspensão condicional da execução da pena trata-se de um direito público subjetivo do condenado que, uma vez cumprido os requisitos legais deverá ter a execução de sua pena suspensa pelo prazo determinado na lei. Não ocorrendo nenhum caso de revogação deste benefício ocorrerá a extinção da pena.

Ocorre que o legislador usou da expressão “poderá” no que diz respeito ao poder do juiz de suspender ou não a execução da pena, assim sendo, se seguíssemos o pensamento guiado por uma hermenêutica metodológica, partindo-se para uma interpretação gramatical, tal interpretação levaria a concluir que o instituto da suspensão condicional da execução da pena trata-se de uma faculdade do juiz e não de um direito do condenado.

No entanto, devemos ter em mente uma forma de interpretação dos dispositivos penais segundo uma visão apoiada na dignidade da pessoa humana e nos ideais minimalistas sob o olhar de uma hermenêutica filosófica. Com este sentimento é fácil concluir que quando a lei institui um benefício impondo requisitos a serem cumpridos para o seu alcance, uma vez cumpridos tais requisitos nasce um direito, casos contrário estaríamos diante de um contra senso jurídico incomensurável. Seria deixar ao arbítrio infundado do julgador a concessão ou não de um benefício, mesmo tendo o réu cumprido com os requisitos legais. Trata-se de uma visão distorcida do Direito Penal que não encontra mais guarida no Estado Democrático de Direito, muito menos em um Direito Penal Minimalista.

A natureza jurídica da suspensão condicional da execução provisória da pena privativa de liberdade é, segundo a maioria da doutrina, a de direito público subjetivo do apenado, na medida em que, se presentes os requisitos legais, não é permitido ao juiz negá-la. A expressão contida no art. 77, do Código Penal, de que o juiz “pode” suspender a pena de prisão não significa que ele tenha poder arbitrário de negar a suspensão, quando presentes os requisitos legais. A par disso, entendemos que se cuida, de fato, de um benefício legal, na medida em que, por razões político-criminais, o apenado que tem sua pena suspensa vai ser submetido a restrições infinitamente menos gravosas do que teria se cumprisse a sanção no cárcere. (MARINHO, 2009, p. 517).

Sob o olhar de uma hermenêutica filosófica, deixando de lado a norma penal e suas implicações dogmáticas buscando-se a compreensão não da norma, mas do ser segundo a sua realidade histórica e cultural, é possível concluir que uma vez compreendido o ser dentro de sua historicidade, o condenado terá direito à suspensão condicional da pena, não pela análise da norma e seus requisitos, mas pela compreensão de sua realidade histórica que teve como anteparo uma pré-compreensão da tradição jurídica a que estão atrelados o julgador e a pessoa a ser julgada. Livra-se o julgador desta maneira do dogma legalista para buscar dentro de uma compreensão do caso a proteção da dignidade da pessoa humana, que a todo tempo deve servir como norte para o hermeneuta.

Neste sentido, o hermeneuta deverá ter como norte a dignidade da pessoa humana refletida em um ideal minimalista, em especial no axioma do “*nulla poena sine crimine*”, que dentre suas interpretações destacamos a ideia do princípio da retributividade ou consequenciabilidade da pena em relação do delito. A pena possui o seu caráter retributivo que deve ser exercido em sua forma estrita, não se admitindo excessos. Segundo o ideal minimalista, entendemos que a negação ao direito da suspensão condicional da pena ante a interpretação do verbo “poderá” como faculdade do juiz, implica em violação aos princípios limitadores da pena, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que excessivo o poder discricionário colocado sobre os ombros do magistrado. Desta forma, ao se aplicar este dispositivo segundo a dignidade da pessoa humana, concluímos que a expressão “poderá” no art. 77 do Código Penal não representa uma faculdade do Juiz, mas um dever frente a um direito subjetivo do condenado quando preencher os requisitos segundo a compreensão do julgador, logo, este benefício não deve encontrar barreiras em interpretações metodológicas repressivas e desproporcionais. Aqui a dignidade da pessoa humana, espelhada nos ideais do minimalismo funciona como norte para o hermeneuta, apoiado em um olhar da hermenêutica filosófica que buscou não na interpretação da norma, mas na compreensão fenomenológica do ser inserido em sua realidade histórica, a solução para o caso dentro de uma pré-compreensão deste mundo no qual tanto julgador como réu fazem parte.

6.9 Do livramento condicional

O livramento condicional vem disciplinado no art. 83 do Código Penal com a seguinte redação,

Requisitos do livramento condicional

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que; (grifo nosso)

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto. (grifo nosso).

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

O livramento condicional trata-se de um direito público subjetivo do condenado de cumprir parte da pena imposta em liberdade desde que preencha os requisitos legais.

No que diz respeito à expressão “poderá” no *caput* do tipo em comento reafirmamos todos os comentários feitos à suspensão condicional da execução da pena, no que diz respeito a não representação de uma faculdade do juiz, mas sim um direito do sentenciado, desde que compreendido dentro de sua realidade histórica e visto como merecedor de tal benefício.

Sob o olhar de uma hermenêutica filosófica, deixando de lado a norma penal e suas implicações dogmáticas buscando-se a compreensão não da norma, mas do ser segundo a uma realidade histórica e temporal, é possível concluir que uma vez compreendido o ser dentro de sua historicidade, o condenado terá direito ao livramento condicional não pela análise simples da norma, mas pela compreensão de sua realidade histórica. Livra-se o julgador desta maneira do dogma legalista para buscar dentro de

uma compreensão a proteção da dignidade da pessoa humana, que a todo tempo deve servir como norte para o hermenêuta. Assim sendo a expressão “poderá” descrita na lei em momento algum pode ser visto como uma faculdade do Juiz, uma vez que tal entendimento legalista, preso a uma hermenêutica metodológica onde se verifica o método gramatical, encontra-se em total descompasso com os ideais que permeiam o princípio da dignidade da pessoa humana. Cabe então ao magistrado analisar não a norma, mas o caso concreto e por meio de uma compreensão do ser inserido em sua realidade histórica decidir conforme a tradição, buscando na pré-compreensão de seu mundo a solução que busque a efetividade da proteção da dignidade da pessoa humana.

No entanto, cumpre-nos neste momento refletir sobre o requisito descrito no inciso III *in fine* do artigo em epígrafe. Impõe a lei como requisito para a concessão do livramento condicional a aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

Para a lei, o que deve ser considerado trabalho honesto?

Imaginemos uma situação hipotética em que um condenado, em plena audiência admonitória, afirme perante o juiz da execução quando indagado sobre o referido requisito, que almeja prover a própria sobrevivência por meio da prostituição, ou da mendicância, ou exercendo a atividade de “flanelinha”. A nosso sentir, quebrando com a “hipocrisia dos tempos atuais”, devemos compreender o fato com uma visão minimalista do Direito Penal, espelhado na dignidade da pessoa humana e no Estado Democrático de Direito. Exigir que alguém que esteja preso a condição de exercer uma atividade regulamentada por lei, com os benefícios legais seria um absurdo, até porque, vivemos em uma sociedade amedrontada e que se recusa a oferecer empregos para pessoas que passaram pelo sistema prisional, assim sendo, exigindo de tais pessoas a certeza de um emprego regular seria negar tal benefício para parte considerável dos condenados.

Sobre o tema lecionou Rogério Greco,

O condenado deverá, também, comprovar sua aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. Não se está exigindo, aqui, que o condenado tenha, por exemplo, uma promessa de trabalho na qual terá a carteira devidamente registrada. Há no país um percentual considerável correspondente àqueles que trabalham no chamado “mercado informal”. São camelôs, vendedores ambulantes, artesãos etc., que, embora não tenham registro em sua carteira profissional, conseguem se manter, recebendo,

muitas vezes, importâncias superiores à classe assalariada. Dessa forma, não está a lei exigindo que o condenado comprove que terá a sua carteira registrada quando estiver em liberdade, mas, sim, que, mediante um trabalho honesto, lícito, seja ele qual for, poderá subsistir. (GRECO, 2011, p. 632).

Deve, portanto o Juiz neste momento conceder livramento condicional para aquelas pessoas que mesmo não possuindo uma proposta de emprego regular possam sobreviver sem ferir a sociedade com a prática de crimes. Trata-se de uma compreensão do fato a partir de uma pré-compreensão da situação histórica a que estão submetidos tanto o julgador como a pessoa que está sendo julgada.

Assim sendo, percorrendo os caminhos de uma hermenêutica filosófica, partindo não da interpretação metodológica da norma, mas da compreensão do ser dentro de uma realidade histórica e cultural, buscando antes de tudo a dignidade da pessoa humana, ainda que, em desagrado dos legalistas, o benefício em comento será concedido.

A pena possui o seu caráter retributivo que deve ser exercido em sua forma estrita, não se admitindo excessos. Segundo o ideal minimalista, entendemos que a negação ao direito de livramento condicional nos casos expostos implica em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que excessivo o encargo colocado sobre os ombros do apenado, frustrando os próprios fins da pena. Neste caso o minimalismo penal se coaduna com a dignidade da pessoa humana servindo como norte para o hermeneuta em uma hermenêutica filosófica.

7. CONCLUSÃO

O Direito Penal, inegavelmente, representa um instrumento de controle social na medida em que exerce a função de proteção dos bens jurídicos fundamentais da sociedade ao descrever aquelas condutas que quer reprimir sob ameaça de pena. Esta pena representa um fator intimidador direcionado à sociedade que se vê inibida frente a punição do indivíduo, bem como possui um caráter ressocializador direcionado para a pessoa que veio a delinquir, buscando fazer que este não venha mais a praticar tais condutas. Ocorre que, enquanto instrumento de controle social, este deve ser utilizado somente em último caso, *ultima ratio*, uma vez que possui a maior arma de controle social entregue pelo Estado que é a pena, assim sendo somente deverá ser aplicado quando os outros ramos do Direito não ensejaram um tratamento ideal para o caso. Conclui-se desta maneira, que o Direito Penal em sua natureza é minimalista, no sentido de ser utilizado minimamente nas soluções dos casos concretos.

A mentalidade punitiva apresentou vários momentos históricos analisados neste trabalho, passando da vingança privada ao *jus puniendi* do Estado, atravessando vários momentos históricos desde o Direito Romano até os dias atuais, onde foi possível a constatação, que nos períodos históricos onde o Direito Penal foi utilizado em sua forma máxima, nestes mesmos tempos verificamos também um ideal punitivo voltado para a proteção dos interesses de uma classe dominante, no entanto, a evolução deste pensamento guiou a compreensão de que o Direito Penal deveria retornar para a sua essência minimalista. Neste sentido destacou-se o cristianismo e, mais tarde o iluminismo como forma de se verificar a necessidade de uma humanização do Direito Penal.

Em nossos dias atuais, em especial na realidade histórica do nosso Estado Democrático de Direito, este caráter minimalista do Direito Penal se tornou evidentemente visível nos inúmeros dispositivos constitucionais descritos no núcleo de direitos fundamentais da Constituição, todos servindo como garantias protetoras dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana. Assim sendo os princípios minimalistas possuem uma intrínseca correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana em razão de representarem garantias legais para a busca de sua efetiva proteção.

Verificada no plano sistemático a inclusão da dignidade da pessoa humana no texto Constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil, inegavelmente sua força normativa não podia mais passar despercebido pelo aplicador do Direito. A dignidade da pessoa humana aponta para um espaço ético de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Assim sendo a dignidade da pessoa humana passa não somente a ser visto com caráter normativo, mas também como fonte irradiadora de outras normas princípios.

A ruptura do paradigma visto na transposição do positivismo para o pós-positivismo teve como grande característica a modificação do olhar filosófico dos princípios que antes eram vistos por sua influência axiológica no sentido de auxiliar o aplicador do Direito. A ruptura deste paradigma atribuiu aos princípios o valor de normas, devendo ser observados pelo julgador sob outro aspecto na resolução do caso concreto, ou seja, podem dentro desta concepção, os princípios servirem como base para uma solução jurídica. Não existe mais neste momento uma supervalorização da norma, o que passa a existir é a preponderância da dignidade da pessoa humana sobre a norma.

No campo hermenêutico, assistiu-se também uma mudança de paradigma representado pela superação da hermenêutica metodológica para a hermenêutica filosófica onde se aboliu a relação entre sujeito e objeto, onde o julgador interpretava a norma por meio de métodos interpretativos e depois a aplicava ao caso concreto trazendo uma “solução” para o caso penal. Notem que nesta ótica positivista só havia direito se este fosse positivado, não existindo direito fora da lei, relegando para segundo plano a dignidade da pessoa humana frente a uma supervalorização da norma. Sob o olhar da hermenêutica filosófica a dignidade da pessoa humana passa a ser o centro das discussões jurídicas. O intérprete não buscará uma interpretação da norma, mas sim uma compreensão do ser, inserido dentro de uma realidade histórica, social e cultural onde o intérprete também está inserido, assim sendo, através de uma pré-compreensão das tradições do mundo a qual está inserido, buscará uma compreensão do ser para decidir o caso. Neste momento, o Direito deixa de ser o único instrumento de legitimação da decisão e passa a ser mais um instrumento posto ao seu favor, uma vez que aqui o

hermeneuta terá como norte não os arcaicos métodos de interpretação da norma, mas sim, a dignidade da pessoa humana que passa a ser o fator legitimador do Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio e como norma, passa a ser o norte para o intérprete do caso penal, que deverá compreender o ser dentro de sua realidade histórica ao qual o próprio julgador está inserido, tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

A crise na interpretação da norma penal existia quando da aplicação de uma hermenêutica metodológica, que se baseava em métodos interpretativos como forma de verificar qual norma ou como esta norma seria aplicada no caso concreto, abrindo uma possibilidade para a prática de arbitrariedades em razão do grau de subjetivismo na escolha destes métodos. Tal crise também se verificava pelo fato de supervalorizar a interpretação da norma e deixar a dignidade da pessoa humana para um segundo plano.

A crise deixada pela hermenêutica metodológica foi superada pela hermenêutica filosófica onde não há espaços para o subjetivismo, uma vez que a relação aqui se dá entre sujeito e sujeito, sendo que tanto o julgador quanto o réu se encontram em uma mesma relação histórica e cultural, sendo que a compreensão do julgador deverá ter como norte a dignidade da pessoa humana, pré-compreendendo o mundo ao qual está inserido e suas tradições, sua realidade histórica e compreendendo o ser inserido dentro desta mesma realidade.

Analisando algumas hipóteses de crise na interpretação da norma penal foi possível constatar que a sua existência se dava em razão da aplicação de métodos interpretativos intrínsecos a uma hermenêutica metodológica, sendo que a superação desta crise se vê com a aplicação de uma hermenêutica filosófica que aponta para a dignidade da pessoa humana como princípio e fim da aventura do Direito.

Tem-se assim que o princípio da dignidade da pessoa humana deve servir como norte para o hermeneuta, que, ao estar diante do caso penal, deverá não mais interpretar o texto normativo para depois estabelecer uma decisão, mas sim, por meio de uma pré-compreensão do mundo historicamente mergulhado na tradição, buscar compreender o ser, inserido nesta mesma realidade histórica, e por meio desta compreensão apresentar a sua solução. Neste diapasão o Direito Penal deixa de ser a única fonte legitimadora do Direito, vindo a representar apenas, mais um instrumento posto à disposição do

hermeneuta para a solução do caso, uma vez que a dignidade da pessoa humana passa a ser o norte para o hermeneuta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gevan. **Modernos Movimentos de Política Criminal e Seus Reflexos na Legislação Penal Brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAÚJO, Aloísio Gonzaga de Andrade. **O Direito e o Estado como Estrutura e Sistemas: Um Contributo a Teoria Geral do Direito e do Estado**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. **Privatização das Prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. 2.ed. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1983.

BÍBLIA SAGRADA. **Antigo e Novo Testamento**. Traduzido em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal: Parte Geral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: a Dogmática Penal Numa Ótica Garantista**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz; **Introdução à Criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito Penal: Parte Geral**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

DELMANTO, Celso, *et al.* **Código Penal Comentado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAN, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de Criminologia**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Trad. Raquel Ramalhete. História da Violência nas Prisões. 33.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e. **Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.3.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13.ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. Trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro 1979. v.1.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 1992.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

KOSTER, Julia Impéria. **Caso Presídio Urso Branco e a Corte Interamericana de Justiça – Direitos Humanos**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6784&revista_caderno=3> Acesso em: 20 de novembro de 2012.

MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. A evolução do sistema punitivo e das ideias penais. **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**. Valença-RJ, v.1. p. 117-126, 1998.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Método, 2011.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MATOS, Inês Lobinho. A Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Momento em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal. *In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marques . **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana***. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1941.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Hermenêutica e Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 2006.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. **Introdução à Filosofia do Direito, à Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____. **Código Civil Comentado e Interpretado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010.

MELO, Yure Gagarin Soares de. **As Novas Perspectivas do Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 57.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.1.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Parte Geral**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.

PAUPÉRIO, A. Machado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PENTEADO, Jaques de Camarco. A Dignidade Humana e a Justiça Penal. *In*: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marques. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo. Martins Fontes. 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Orlando. **Prevenção e Repressão da Criminalidade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VECHIO, Giorgio Del. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Antônio José Brandão. São Paulo. Saraiva, 1948.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.