

O SENTIDO DAS PENAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Alexandre Nicoletti Hedlund¹

Isabel Pozes da Silva²

Resumo: Neste trabalho pretende-se analisar o sentido das penas no Estado Democrático de Direito. Problema: sinalizar a ineficácia da visão redutiva que compreende a pena somente a partir do ponto de vista da retribuição e da prevenção, sem levar em conta os efeitos e os motivos que são inerentes a ela. Objeto: as penas privativas de liberdade. Objetivo: analisar o sentido e a finalidade das penas para a concretude dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Metodologia: dedutivo e bibliográfico.

Palavras-chave: Política Criminal. Penas. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the meaning of sentences in Democratic State of Law. Problem: Signal the ineffectiveness of the reductive vision that understands the penalty only from the point of view of retribution and prevention, without taking into account the effects and motives that are inherent in it. Object: custodial sentences. Objective: To analyze the meaning and purpose of sentencing the concreteness of the goals of a democratic state. Methodology: Deductive and bibliographic

Keywords: Criminal Policy. Sentences. Democratic State of Law.

1 INTRODUÇÃO

“O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime.” Jeremy Bentham

¹Professor Orientador, Mestre em Direito, Universidade Regional do **Noroeste do estado do Rio Grande do Sul** – **UNIJUÍ** e professor de Direito e coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da UNIGUAÇU - Unidade de Ensino Superior Vale do Iguaçu – PR – (ale.hedlund@yahoo.com.br)

² Bacharelado em Direito pelo Instituto Blumenauense de Ensino Superior – (IBES SOCIESC), pós Graduanda em Direito Previdenciário – (isabelpozes@gmail.com)

O Estado Democrático de Direito configura-se com elemento essencial para a compreensão das sociedades contemporâneas, em especial, por garantir um conjunto de direitos fundamentais, entre os quais se encontram a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança. Para tanto, o Estado deve defender o bem estar coletivo para a concretização da vontade dos detentores reais de seu poder - o povo. Nessa perspectiva, em primeiro plano procura-se entender a relação existente entre o Estado Democrático de Direito e a concretude dos bens jurídicos penalmente relevantes, procurando evidenciar os elementos nem sempre perceptíveis que determinam a escolha de tais bens.

Em seguida analisa-se o sentido da pena, vinculada muitas vezes ao seu caráter meramente retributivo e em sua compreensão mais ampliada de prevenção, e, a partir desse ponto é realizada a crítica a essa percepção, evidenciando-se o caráter de exclusão da pena com enfoque nas políticas criminais.

2 REFLEXOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA A CONCRETUDE DOS BENS JURÍDICOS

O Estado Democrático de Direito, expresso no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propõe-se a ser um instrumento de efetivação de cidadania no qual os indivíduos operam a partir de um conjunto de regras que expressam os valores culturais, políticos, religiosos e morais de determinada coletividade. Em essência, esse modelo de Estado formaliza a defesa do bem estar coletivo por meio do Direito, realizando pelo povo (de quem emana todo o poder) e, principalmente, para o povo, o cuidado com a primazia da lei e a observância da legalidade, além do reconhecimento e da garantia de direitos fundamentais que são pertinentes a todos os seres humanos, sem qualquer distinção.

A *polis* ressurge na sociedade contemporânea para incitar a todos os cidadãos a relevância de participar dos rumos do Estado através de líderes que defendam a construção de uma sociedade justa, livre e solidária que erradique a pobreza e a marginalidade no sentido de reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme preceitua o art. 3º da Carta Constitucional de 1988. Assim, por se tratar de um Estado de Direito, esses valores identificados democraticamente requerem a devida tradução em um sistema ou ordenamento

jurídico. Para tal fim, Bobbio aponta três modalidades normativas como regras de conduta¹: a) do obrigatório; b) do proibido; e c) do permitido.

Em conjunto, essas modalidades afirmam o posicionamento do Direito na estrutura do Estado, ou seja, é possível identificar que o poder político não é um poder livre ou disponível as vontades de um ou de um grupo de indivíduos. Ao contrário, o Estado está sujeito à lei, em consonância com o significado atribuído por Canotilho para quem *o direito curva o poder sob o império do direito*.²

A partir disso, o Estado passa a ser visualizado como uma autoridade que domina os homens, coagindo-os a determinado conjunto de comportamentos “desejáveis”, evitando-se o retorno ao estado de natureza *contratualista*. Em outras palavras, não é mais possível a nenhum homem a liberdade absoluta *daqueles tempos*, haja vista que agora todos se curvam ao Estado de Direito. Este pressupõe uma ordem de coerção normativa válida e eficaz que esteja vinculada à ordem jurídica. Nesse sentido, Goyard-Fabre aponta que governar não consiste apenas em reduzir as relações de poder a relações de força, mas exige, em contrapartida, um sistema de representações e mecanismos para alcançar os fins desse Estado.³

Bobbio⁴, na linha desse raciocínio, defende que o ordenamento jurídico é impensável sem o exercício da força, e, ainda que não se possa reduzir, exclusivamente, o Direito à força, reconhece que ela é necessária para a realização do Direito. Nesse aspecto, Bobbio sustenta-se em Kelsen, para quem *a regra é uma regra jurídica por dispor uma*

¹ Para o trabalho importa as normas de conduta, embora seja necessário compreender que o ordenamento jurídico é composto, da mesma forma, de normas de estrutura ou de competência. Nesse sentido, ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

² Assim, “o Estado, os governantes, as autoridades obedecem as leis, não estão colocados sobre as leis, mesmo que elas tenham sido criadas ou produzidas pelos órgãos do poder.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos. Lisboa: Gradiva, 1999.

³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. O autor complementa que é indispensável que os esquemas estruturais ou aparelhos ideológicos possuam *competência* (para adaptar os meios aos fins de forma correta) e, *legitimidade*, sendo essa última, assinalada aqui como preponderante para demarcar – segundo a compreensão dos autores – o posicionamento democrático do Estado. De outro modo, um Estado de Direito desprovido de legitimidade estaria vulnerável a recusa em obedecer a qualquer momento. A legitimidade, no sentido proposto pelo autor, corresponde à necessidade que os homens têm de segurança, confiança e coerência, ou seja, necessidade de procurar justificar as leis, normas e ordens jurídico-políticas. Ademais, a legitimidade objetiva dar razão, sentido e direção às leis.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

sanção, ou seja, um conjunto de normas que regulam o exercício da força em determinada sociedade.⁵

É oportuna a afirmação de Radbruch, para quem “importa não esquecer que o direito não pretende somente julgar a conduta humana; pretende também determiná-la em harmonia com os seus preceitos e impedir toda a conduta contrária a eles.”⁶

Ao remeter essa proposição para o Direito Penal⁷, compreendido enquanto *meio de controle social formalizado*⁸, é possível identificar a capacidade do Estado em limitar as condutas dos indivíduos, ou seja, o Estado coage os indivíduos através de um conjunto de *regras de cunho repressivo/proibitivo* denominadas de normas penais. Estas exprimem uma valoração da força coativa do Estado no sentido de proteger os bens ou os valores estabelecidos como relevantes pela própria coletividade, atribuindo uma consequência para as condutas delituosas.

A transgressão desses valores elementares da vida comunitária e de garantia da paz jurídica⁹ traduzem-se num conjunto de condutas (ações ou omissões) de relevância penal por transgredirem a norma jurídica. Por certo que a esfera de atuação do Direito Penal no Estado Democrático de Direito é a *ultima ratio regum*, como instrumento subsidiário do ordenamento, que procura regular a sociedade por meio de outros ramos do Direito ou por outras formas de controle social informal, abrindo-se o campo de atuação para o Direito Penal. A transgressão da norma caracteriza o ilícito penal, sendo necessário que o ordenamento jurídico aponte a essas condutas uma *retribuição* ou consequência, configurando-se as sanções (penas e/ou medidas de segurança).¹⁰

⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 70. Porém, o autor ressalta que “as regras para o exercício da força são, num ordenamento jurídico, aquela parte de regras que serve para organizar a sanção e portanto para tornar mais eficazes as normas de conduta e o próprio ordenamento em sua totalidade. O objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*.”

⁶ Citado por TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 3.

⁷ Mezger assevera que o “Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulamenta o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência.” Citado por BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2. v. 1.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, p. 2, v. 1.

⁹ CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 27.

¹⁰ Por uma questão metodológica a definição de pena é compreendida de forma ampla, englobando assim as medidas de segurança.

Portanto, entende-se que esses bens ou valores pré-estabelecidos também necessitam de uma atribuição simbólica no mundo do Direito, constituindo-se então em *bens jurídicos*. Welzel, nesse aspecto, sustenta que o bem jurídico é um bem vital ou individual que adquire relevância ou significado social e necessita de proteção por parte do Direito. É, pois, “toda situação desejada que o direito quer garantir contra lesões.”¹¹ Porém, em correspondência ao caráter subsidiário do Direito Penal no conjunto de condutas humanas e ao princípio constitucional da proporcionalidade, somente serão perceptíveis de proteção desse ramo do Direito aqueles bens que exigem uma proteção especial, ou, dito de outra forma, os bens jurídicos penalmente relevantes.¹²

Cirino dos Santos¹³ faz uma importante distinção quanto aos bens jurídicos penalmente relevantes e aponta uma subdivisão quanto aos objetivos do Direito Penal em objetivos declarados e reais ou latentes. Consoante sua análise, o objetivo declarado é expressamente a proteção de tais bens, enquanto o objetivo real ou latente constituir-se-ia no seu significado político, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas.

A violação do bem jurídico atinge assim a esfera de um valor tutelado pelo Estado, atingindo no mesmo plano o próprio ordenamento, além de subjetivamente constituir-se numa violação a ordem moral que o Direito é chamado a consolidar. Para a doutrina majoritária amparada em Welzel, o bem jurídico é o limitador do direito penal, pois determina a concepção de crime, que torna consistente a ideia de que a lesão a um bem jurídico deve caracterizar uma conduta típica, antijurídica e apenável. Nesse sentido, crítica é a compreensão de Cirino dos Santos que visualiza a prisão como um mecanismo expiatório de fracasso reconhecido e de eficácia invertida.¹⁴

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹² Conforme Cirino dos Santos “os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal são selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição, o documento fundamental do moderno Estado Democrático de Direito: realidades ou potencialidades necessárias ou úteis para a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano – por exemplo, *a vida, integridade e saúde corporais, a honra* [...].” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 5.

¹³ Conforme SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral, p. 13. “[...] o sistema penal representado pela prisão e instituições conexas consome os sujeitos criminalizados mediante supressão da liberdade e outros direitos não especificados na condenação, como direitos políticos, sociais e individuais de dignidade, sexualidade, recreação,

Sob uma visão sistêmica ortodoxa, Günther Jakobs assinala que o bem jurídico tutelado pelo Estado, na verdade é a própria norma, de tal maneira que a função da pena seria a prevenção geral positiva, para reafirmar o sentido da norma, sem reconhecer, contudo, a legitimidade ou ilegitimidade do conteúdo da norma, não fazendo assim a valoração e a crítica do sistema penal. Jakobs sustenta que o “bem jurídico penal é a validade fática das normas, que garantem que se possa esperar o respeito aos bens, às funções e à paz.”¹⁵ Aníbal Bruno compactua com esta afirmação, pois compreende que “a pena apresenta como retribuição, insatisfação de uma exigência de justiça, mas ao mesmo tempo como instrumento de prevenção dos crimes no interesse da defesa social”¹⁶

Dessa forma, depreende-se, a partir de Cirino dos Santos, que “a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo.”¹⁷

Do mesmo modo, Bitencourt afirma que o Estado utiliza-se do Direito Penal e da pena - propriamente dita - para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Defende que o Direito Penal formaliza-se como o instrumento de controle social que consegue proteger os bens jurídicos de eventuais lesões, dentro de uma organização socioeconômica específica.¹⁸

Assim, é importante destacar a intrínseca relação entre o Estado e os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal, principalmente quando é pacífico que o Direito expressa o momento histórico-cultural de cada coletividade.

informação, etc. A prisão, justificada pelo discurso penal de *retribuição* e de prevenção do crime, é um mecanismo expiatório que realiza a troca jurídica do crime em tempo de liberdade suprimida, acoplado a um projeto técnico-corretivo de transformação individual, com regimes diferenciados de execução penal.”

¹⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 161.

¹⁶ Citado por CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 36.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.p. 9.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. No mesmo sentido, Lola Aniyar de Castro citada por Nilo Batista afirma que o Direito Penal enquanto controle social “não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante” BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p.22

3 O SENTIDO DA PENA E A POLÍTICA CRIMINAL

O direito penal, conforme o entendimento de Batista, é projetado em sua relação pena-sociedade e se apresenta como um sinal social positivo que atua em três esferas principais, quais sejam, as de sua funcionalidade, utilidade e dignidade.¹⁹ O pensamento utilitarista de Bentham é profícuo ao relatar que “quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos se devem oferecer ao espírito do Legislador ou do magistrado: o modo de prevenir o crime para que não torne a acontecer, e o meio de reparar quanto for possível o mal, que tem causado.”²⁰

Canterji afirma que a busca pela justificação das penas produziu um significativo número de escolas ou correntes doutrinárias, porém, menciona que as funções das penas promoveram escolas que procuraram identificar sua essência, embora todas elas possuam dilemas da essência demonstrados por Basileu Garcia: pune-se porque pecou, pune-se para que não peque; pune-se porque pecou e para que não peque.²¹

Analisam-se, criticamente, tais dilemas da essência acrescentando o seguinte: *pune-se para que os outros não pequem*. Pune-se para reafirmar o caráter dogmático de coerção imposto pela norma, para proteção do Estado de Direito, para garantir o bem comum, para retribuir o mal causado, ou seja, a punição é o centro no qual orbita o direito penal, seu foco principal. Pune-se para afirmar e reafirmar o próprio sentido da existência do direito penal.

É perceptível a necessidade da sanção atingir não apenas o agente que causou a lesão, mas, principalmente, os demais membros da coletividade que necessitam ser lembrados de que estão todos sob a égide de um Estado legal, que curva a todos pela coercibilidade das normas. Ainda, apoiando-se em Bentham, é interessante notar as possibilidades por ele

¹⁹ Nilo Batista indica que a relação entre funcionalidade, utilidade e dignidade relaciona-se com a missão do direito penal em defender (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas). BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

²⁰ BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edijur, 2002. p. 23.

²¹ CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 29.

apontadas para prevenir uma recaída do réu, como sendo a *retirada do poder físico de fazer o mal; fazendo-lhe esfriar o desejo e o obrigando a ser menos afoito*²².

Simbolicamente a prisão representa esse lembrete, pois recomenda os caminhos da legalidade como sadios e aprovados no meio social, reafirmando os benefícios dessas ações protecionistas, enquanto que, o rompimento ou o desvirtuamento da legalidade para o caminho do crime gera a certeza de uma pena maior que o valor do crime cometido e, um conjunto de efeitos que não são valorados pelo Estado, mas que implicam uma extensão da pena. Tais efeitos são reflexos e multiplicadores dos problemas sociais produzidos pela ação do agente infrator, estendendo-se aos demais membros de sua família ou grupo social, como instabilidade e perda de vínculo familiar, apoio material e afetivo.

É relevante portanto, valorar a proporcionalidade da pena com seus efeitos conexos e extensivos, e identificar, a partir disso, sua real finalidade, observadas as considerações já feitas sobre os objetivos reais do Direito Penal.

Comprova-se assim o caráter interventor do Estado por meio do Direito Penal em sua ação de controle social, seja na atuação de um Direito Penal mínimo, apresentando um alto grau de garantias ao acusado, seja em sua proposição máxima em que tais garantias são minimizadas, sendo incondicionado e ilimitado, além de excessivamente severo. Ferrajoli destaca a diferenciação ideológica entre esses modelos:

[...] a certeza pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente possa ser punido à custa da incerteza de que algum culpado possa ficar impune.²³

Note-se que o Direito Penal máximo sinaliza para uma dificuldade maior em se promover o controle do exercício do poder punitivo, sendo necessária uma maior intervenção.

²² BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edijur, 2002. p. 23. O autor relata que “no primeiro caso o homem desmandado já não pode cometer o crime, no segundo não tem a mesma vontade de o cometer, no terceiro ainda que tenha desejos não se atreve. No primeiro fica inabilitado, no segundo reformado, no terceiro está como preso por que tem medo da lei.”

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 103.

Essa posição procura conformar o caráter preventivo e o repressivo, causando o maior mal possível ao condenado, segundo Canterji²⁴.

Beccaria, por sua vez, indica que a finalidade da pena é impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e desestimular aos outros cidadãos a praticar delitos. Considera-se tal hipótese como a “reafirmação” da norma, em nome da ordem social e segurança jurídica que demonstra o Estado, a punição é a volta do *status quo* da segurança social garantida, em tese, pelo Estado. Para Zaffaroni, “a pena não deve seguir outro objetivo que não seja o que persegue a lei penal, e o direito penal em geral: a segurança jurídica. A pena deve aspirar a prover segurança jurídica, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas.”²⁵

Ensina Bitencourt que dentro do Direito Penal a pena justifica-se pela sua necessidade. A partir disso, questiona-se a real finalidade da pena, em retribuir o mal causado, com proporcionalidade, àqueles indivíduos que transgrediram a norma, demonstrando aos outros indivíduos o controle social e reafirmando a norma, na tentativa – falha – de fazer com que os delinquentes não voltem a praticar delitos.

É vasto o número de justificativas que a doutrina traz com relação à pena, embora, sob análise crítica, erga-se a seguinte questão: poderia ser uma forma de excluir esse indivíduo da sociedade, já que ele não compactua com os valores morais e éticos daquela sociedade? Em conseqüência, seria correto afirmar que a exclusão remediaria os problemas sociais decorrentes da “não pactuação”, observando que a comunidade com menor grau de instrução e menor renda se encontra mais vulnerável a criminalidade?

É apropriado lembrar do movimento de lei e ordem promovido na década de 1960 nos Estados Unidos da América em repressão a contracultura e de reivindicação dos valores da sociedade cristã ocidental. Esse movimento, segundo Canterji, toma voz no Brasil da década de 1990 expresso na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90).²⁶

²⁴ CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 106.

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103

²⁶ CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Nesse sentido, auxiliando o controle social promovido pelo Estado encontra-se *par a par* o poder midiático que difunde um consenso pré-fabricado sobre o crime, a criminalidade e a urgência em novas penas. Como implicação dessa ação estatal nota-se o aumento da criminalidade e da violência, instaurando-se um clima de insegurança coletiva²⁷ manipulado pela mídia. Sob a mesma ótica encontra-se a política criminal das janelas quebradas, ou de tolerância zero, promovida pela cidade de Nova York na década de 1980 no sentido de reprimir todos os crimes e, principalmente, a pequena delinquência dos mendigos e dos sem-teto. Assim, é válido sintetizar as ações dessa política criminal com a célebre frase de que os fins justificam os meios e, por isso, as atuações policiais estavam justificadas, mesmo que violentadoras das garantias constitucionais, pois a finalidade estaria legitimada no bem estar coletivo.²⁸

Visualiza-se em relação aos grupos mais vulneráveis um conjunto de condutas tipificadas que expressam as falhas da sociedade contemporânea, ou seja, verifica-se um número crescente de roubos, furtos, seqüestros com fins de extorsão e homicídios, mas, em grande medida estão todos ligados à carência material de valores econômicos, com suas variantes. Sob este prisma a pena funciona como mecanismo de exclusão, já que as políticas públicas não conseguem ser eficazes suficientemente.

Como sugere Zaffaroni, a pena cumpre uma função a que se dispõe no campo do Direito, não tendo reflexos obrigatórios em sua análise social, ainda que, de alguma maneira necessária. “A pena segue sendo pena, porque para ressocializar é necessária a privação de alguns bens jurídicos, o que sempre terá um conteúdo penoso para quem sofre.”²⁹ Em outras palavras, é preciso compreender que a punição ainda se faz necessária, como retribuição, mesmo que se pretenda a ressocialização do preso, pois é inerente ao ser humano a reeducação pela correção. Assim, a privação de um bem jurídico como a liberdade obriga o ser humano a constante reflexão.

²⁷ Ver, nesse sentido, a obra *Em busca da política*, de Zygmunt Bauman, na qual relata os problemas decorrentes da falta de comunidade, de laços de vida política conjunto e da insegurança promovida pelos meios de comunicação na perspectiva de forçar o Estado a inflar a legislação penal numa resposta paliativa aos problemas sociais.

²⁸ Essa política afirmou durante muito tempo a desigualdade e o tratamento diferenciado a partir de uma classe ou raça definida. Por certo que o Estado Democrático de Direito não possa estabelecer suas bases nas teorias de eugenia ou limpeza étnica, assim como naquelas políticas criminais já defendidas pelos seguidores de Cesare Lombroso.

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão em torno do sentido da pena e da missão do Direito Penal apresenta-se de forma obscura, pois promete defender a sociedade e garantir a paz. Para tanto, utiliza-se da pena em caráter de retribuição as condutas lesivas de bens jurídicos penalmente relevantes, na pretensão de restaurá-los, ao mesmo tempo em que incute nos demais membros da coletividade um alerta quanto aos perigos da transposição da barreira da legalidade, ou seja, intimida os demais membros. Essas afirmações são válidas, haja vista que a maioria da coletividade aceita o convite aos caminhos da legalidade sem grandes questionamentos, principalmente porque, em caso contrário, o Estado tomará providências para *domar* o delinqüente através de mecanismos que evitem a lesão à norma jurídica que representa o poder do Estado, que evitem a lesão aos bens elevados à categoria jurídica, e que evitem uma repercussão entre os demais cidadãos de que o poder está enfraquecido.

A partir da compreensão de Batista sustenta-se que a missão do Direito Penal configura uma proteção de bens jurídicos eleitos pela classe dominante, com objeto protetivo de interesses, *status* sociais e valores determinados, mas limitados a essa classe, ainda que o discurso que legitima a escolha desses valores proponha-se universal. Existe uma relação intrínseca entre o sentido da pena e a política criminal adotada pelo Estado, não sendo possível reduzir essa relação apenas a uma proteção da norma jurídica ou de prevenção geral. É possível que se esteja diante de um dilema em aceitar o agente infrator como inimigo do Estado e, por isso, não merecedor de qualquer *status* de cidadão ou então evidenciar que o Estado é o inimigo que o exclui, delimitando sua conduta para a esfera da ilicitude.

Nesse sentido, porém, a questão que se apresenta é: como excluir a pessoa natural da condição de cidadania, de sujeito de direitos, se ele se encontra inserido em Sociedade que se expressa em um Estado Democrático de Direito, o qual se propõe a defender os valores expressos nos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição brasileira de 1988. Seguindo essa análise, é como se a relevância do poder democrático não pudesse ser posta em dúvida por seus cidadãos e, por isso, o Direito Penal resumir-se-ia a limitar o conjunto de condutas, a organizar e regulamentar vidas humanas, sem qualquer possibilidade de questionamentos. Improvável, portanto, que possa resumir-se a isto, pois a democracia exige a participação de todos, e o direito intransferível de se fazer ouvir. Do contrário, todos os seres humanos estarão fadados a mirar o retrato de Bentham e temer o Estado e o Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA. Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. 1 Ed. São Paulo: Edijur, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos. Lisboa: Gradiva, 1999.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988**. 5. ed.- São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.