

DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

André Luiz Araújo Justino¹
andreluiz.araujo86@gmail.com

Diogo Henrique da Silva Paiva²
diogohpaiva@gmail.com

RESUMO

O presente artigo trata da análise da possível inserção de fundamentos dos Direitos Humanos na criação do Direito Penal e como o Direito Penal se tornou o balizador do comportamento humano, vez que esse papel deveria ser da segunda ciência em foco por se tratar de sistema internacional de tutela do ser humano em diversos níveis. Verifica-se ainda a ineficácia do sistema penal, como um todo, por não possuir vislumbre de ressocialização do encarcerado ao seio da sociedade para que não mais retorne ao ambiente prisional.

Palavras-chave

Direitos Humanos, Direito Penal, Ressocialização.

ABSTRACT

The following text brought about the possible insertion of the fundamentals of Human Rights on the creation of Criminal Law and how the Criminal Law has become the guide of human beings behavior, once its role should be the second science in focus because the international system tutelage of human beings in different levels. Still verifying the inefficacy of criminal system, as a total, once there are no traces of jailed's resocialization in society since they no longer return to the prison environment.

Key words

Human Rights, Criminal Law, Resocialization.

1. INTRODUÇÃO

Verifica-se na atualidade a violência das instituições prisionais, despreparo dos agentes que devem zelar pelo cumprimento das sentenças, desrespeitos com a dignidade humana dos encarcerados em relação direta com a estrutura do sistema penal e a sua distanciação dos Direitos Humanos, que evoluem a passos largos e tutelam pelos bens, muitas vezes ofendidos na conclusão e aplicação de penas e na própria criação do Direito Penal.

A punição não deve levar à novas ocorrências de violência e de destratos, visto que o motivo que levou a tal já vem derivado das consequências indesejadas. A punição não está atingindo o seu objetivo, ela está colocando pessoas mais violentas e revoltadas novamente no seio da sociedade. Ao atribuímos relação pelo apressado da dignidade humana, não se levando em conta condição de

¹ Pesquisador do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário da Fundação Educacional Guaxupé (UNIFEG).

² Professor orientador da Pesquisa. Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista, "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP). Docente do Curso de Direito (UNIFEG).

liberdade ou econômica poderíamos criar melhores condições para atuação dos agentes penais e das instituições penais, bem como para os punidos que possivelmente receberiam tratamento adequado para se atingir a filosofia do Direito Penal.

É notória a evolução e a importância que os Direitos Humanos vêm tomando no contexto mundial e o espaço que toma nas mídias e na vida do cidadão. Visto isso é de se salientar que os preceitos da referida ciência devem fazer parte da elaboração, por parte do Estado, das leis que são usadas com caráter coercitivo para uma nova visão.

Ao tocarmos no assunto de criação dos Direitos Penais em relação com os Direitos Humanos nos cercamos neste limiar, pois ao tratarmos de crimes e infrações poderíamos criar espaço para discussão de políticas estatais que permitem que a pessoa se torne margem da sociedade e incorra em tais atos. Momentaneamente não é esta a ambição e sim tratar das relações possíveis entre Direito Penal e Direitos Humanos para criação de sistemas criminais mais humanos e menos penosos, no sentido restrito das filosofias dos objetivos deste último.

2. DIREITOS HUMANOS: CONCEPÇÃO ATUAL

Os Direitos Humanos estão em constante construção e reconstrução “Não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (PIOVESAN, 2006, p.6). São frutos da história do homem em sua luta pela dignidade, luta essa que tem por mister a preservação dos institutos básicos da dignidade humana. Quando decidimos positivar o significado de Direitos Humanos, percebemos que existe grande quantidade de informações e pluralidade de significados.

Segundo Flavia Piovesan:

Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos Humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. (PIOVESAN, 2006 p.52)

Quando analisamos o conceito atual de Direitos Humanos verificamos que ele é totalmente dinâmico e mutável, já que as necessidades da humanidade também o são. Visto este fato é necessária a desconstrução e construção constantes dos conceitos e tutelas dos Direitos Humanos atuais.

Com o progresso material e intelectual aumentou também a capacidade do homem de destruir e violar direitos, fato este que é perceptível no momento atual. São guerras para tomada de territórios, guerras disfarçadas por combustíveis, retirada de ditadores do comando e muitos outros exemplos que nos cercam demonstrando toda capacidade destrutiva do ser humano, mesmo que em determinados momentos se interprete de diversas formas, sejam políticas, filosóficas e afins.

Portanto, como corroboração verifica-se a fidedignidade do aduzido quando Flávia Piovesan nos diz:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessário a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético de restaurar a lógica do razoável. (PIOVESAN, 2006, p.13)

De encontro com o disposto temos também:

A questão da legitimação universal dos direitos humanos deixou de ser teórica e abstrata passando a fazer parte do conjunto de fatores determinantes de sua eficácia. Assim, a construção de uma teoria justificadora dos direitos humanos, que possa fundamentá-los e sirva para definir quais são os direitos humanos, supõe a superação da dicotomia universalismo/ relativismo. (CORREIA, 2005, p.105)

Quando tratamos desta maneira fica evidente a necessidade de se consolidar dinamicamente os Direitos Humanos como universais.

3. DIREITOS HUMANOS NO BRASIL; GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO:

Ao entrarmos em contato com a legislação pátria podemos perceber a tentativa de preservar os direitos e garantias fundamentais de encontro com a preservação dos direitos econômicos, sociais e culturais, esta que é preocupação grande em virtude da globalização. Com a ocorrência da globalização políticas sociais são deixadas de lado para evidenciarem-se políticas de mercado. Neste sentido Flavia Piovesan corrobora:

Considerando os graves riscos do processo de desmantelamento das políticas públicas sociais, há que se redefinir o papel do Estado sob o impacto da globalização econômica. Há que se reforçar a responsabilidade do Estado no tocante à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. (PIOVESAN, 2006 p.18)

No texto constitucional encontramos amparo para podermos cobrar do Estado a proteção, de alguma maneira dos Direitos Humanos, mesmo quando tratados dentro das Garantias Fundamentais e não em tópico ou ainda em capítulo ou título próprio.

O Estado tem como obrigação prover para todos, educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, entre outros.

Ao analisarmos o texto sob o prisma de positivação dos Direitos Humanos no Brasil verificamos que nele encontra-se um rol exemplificativo do que seriam Direitos Humanos como Garantia Fundamental do brasileiro. Precisaríamos de um rol um tanto quanto taxativo por tratarmos ainda de uma espécie de Direito que atingiria às pessoas do mundo, e não pessoas do Estado. Evidenciamos assim a necessidade de produzir-se legislação para este fim. Não possuímos uma constituição universal, então o detentor da soberania deveria tutelar com maior firmeza e a despeito da regionalização tais preceitos.

A nossa constituição por meio de seu artigo 5º e incisos garante a pronta aplicabilidade e cumprimento desses direitos pelo Estado. Porém existem muitos casos em que estes mesmos Direitos possuem sua eficiência restrita e sua aplicabilidade atrelada a textos especiais.

No capítulo primeiro deste trabalho evidenciamos o Estado como violador dos Direitos Humanos, e em consequência violador também das Garantias Fundamentais. E como supracitamos, os Direitos Humanos são esparsos na legislação e não tratados positivamente. Nas Garantias Fundamentais encontramos menções aos Direitos Humanos e analisando a realidade com imparcialidade não podemos atribuir somente ao Estado a violação destes Direitos.

Os particulares também ferem estas garantias e conceitos em suas relações, seja para aferir vantagem ou no exato momento em que os próprios particulares se deixam ferir por qualquer ocasião, força ou entidade.

Deve-se tutelar para que em todas as relações exista a providencia para que não possa incidir sobre os Direitos Humanos a vontade do particular.

A efetividade desses direitos é direta, com aplicabilidade imediata, não dependendo de normas regulamentadoras, são normas bastante em si as normas dos direitos fundamentais, devendo ser respeitadas conforme diz o texto constitucional que rege o país, tendo como limite a citada autonomia da vontade da pessoa. (MORAES, 2008, p.314)

A constituição de 1988, no momento de sua concepção, foi tida como uma das mais avançadas do mundo por trazer garantias fundamentais e citar em diversos momentos preceitos dos Direitos Humanos, que são universais. No texto do diploma encontra-se a condenação às formas de preconceito, a tentativa de implementação de políticas sociais, econômicas e culturais. Políticas e direitos que devem ser inerentes aos Estados. Ainda nos apoiando na ilustre hermeneuta:

...destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos... (PIOVESAN, 2006, p.82)

Ainda assim o que vemos é muito diferente daquilo que lemos, pois basta apreciar o momento do país para conferirmos diversas formas de ferir a tais garantias, vindo esta ação do Estado ou de particular para particular.

No Brasil, não diferente de muitos outros países, o sistema prisional é falho, as políticas prisionais são falhas, as agências correccionais e ressocializadoras são limitadas. As políticas sociais e de desenvolvimentos são alvos constantes de arguições e apontamentos.

Portanto no Brasil, como em todo o resto do planeta é necessário voltar os olhos para a criação, positivação e prática dos Direitos Humanos.

4. DIREITO PENAL: FUNDAMENTOS DE DIREITO PENAL

Segundo Rogério Grecco “a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade.” (GRECCO, 2010, p.11)

Entendemos que é preciso um sistema coercitivo para punir infratores, bem como todo o tipo de criminosos, porém não com o intuito de dirigir a vida do cidadão comum, relacionando suas tomadas de decisões com a possível incidência dos tipos penais previstos. Ou seja, não é necessário um código para que o cidadão saiba o que é crime e o que não é crime.

Em muitos casos a cultura, a educação e até a própria consciência são os guias necessários para que não se incida em qualquer conduta considerada dentro do Direito Penal positivo. A existência do Direito Penal deveria ser pautada unicamente para que se cuidasse de levar ao infrator a pena prevista e que se fizesse executar tal pena, porém deveria prever medidas sócio educativas para que este mesmo criminoso encontrasse em sua consciência a maneira correta de tomar

decisões e agir, não somente impetrar determinada medida coercitiva para que não se incorra novamente em qualquer artigo previsto no código.

Encontramos diversas tipificações de condutas criminosas e suas penas, bem como qualificadoras, atenuantes entre outros procedimentos para que se puna o agente, encontramos também em determinados, pontos penas alternativas que tem o papel de inculcar no agente, infrator ou criminoso a ideia de que determinada conduta trás consequências que transcendem qualquer conduta típica e que devem ser elucidadas para que se tenha conhecimento do que se causou.

O Direito Penal, como visto, vem tutelar a proteção de determinados bens jurídicos indispensáveis à própria sobrevivência. Como proceder à determinação dos bens que devem ser protegidos?

Rogério Grecco na Obra Curso de Direito Penal, Parte Geral nos trás a luz que a determinação se dá pelo legislador, porém este não está livre para discernir o que deve e o que não deve ser tratado no diploma penal, ele esta atrelado à Constituição, pois ela servirá como guia para esta distinção.

Quem faz a seleção dos bens jurídicos a serem defendidos pelo Direito Penal é o legislador. Mas este não está completamente livre em sua escolha. Os bens jurídicos eleitos como mais importantes vêm todos tratados na Constituição. É ela quem servirá de norte ao legislador, que não poderá ignorar nenhum dos valores superiores abrangidos pela mesma. (GRECCO, 2010, p.1)

Neste mesmo sentido a Constituição trás a baila a impossibilidade de o legislador violar qualquer direito fundamental atrelado a qualquer pessoa humana, pois alem de iluminar o norte da decisão do que será protegido, também limita a incidência da conduta do legislador sobre estes mesmos patrimônios individuais.

De acordo então, com esta exegese, determinamos qual a função do Direito Penal. Ele está presente para tutelar a defesa dos bens jurídicos e valores, impondo penas para os delituosos. Aferimos que os bens jurídicos e os valores são determinados pelo Estado, e somente estes bens elencados ao serem perturbados provocam no Estado o direito de punir.

É a função do Direito Penal a proteção jurídica de bens e valores, sejam eles elementos essenciais para um individuo ou para a comunidade. O Direito Penal elenca quais são os bens jurídicos protegidos, estabelecendo a imposição de penas, em razão do rompimento da paz pública, pouco importando se apenas uma vítima tenha sido atingida, exatamente porque essa única vítima é objeto de proteção jurídica, não abrindo mão o Estado de sua proteção. Outras situações não tem importância para o Estado, como falta de educação ou conduta antissocial. Apenas aquelas descritas pelo Estado é que interessam para a punição, da maneira que o Estado julga adequada. (PRADO, 2012, p.9)

Seguindo este mesmo prisma, podemos discernir que as definições dos bens jurídicos a serem protegidos precisam de um conjunto de normas positivadas para efetivar a sua proteção, para que não se torne meramente interpretativo o conceito de bem e o conceito de Direito Penal, pois quando se transfere para a interpretação questões que deveriam estar taxadas abre-se momento

para discussões desnecessárias e arbitrariedades hediondas. A esta positivação damos o nome de Direito Penal Objetivo. De encontro com o descrito Rogério Grecco aduz que: “Direito Penal Objetivo é o conjunto de normas editadas pelo Estado, definindo crimes e contravenções, isto é, impondo ou proibindo determinadas condutas sob ameaça de sanção.” (GRECCO, 2010, p.22).

Completando a função existe também o Direito Penal Subjetivo, que é aquele que legitima a ação do Estado ao fazer cumprir as normas editadas, aferir penas e fazê-las serem cumpridas por todos aqueles que foram alvo, de qualquer maneira, do Direito Penal Objetivo, falamos neste caso do próprio direito de punir que somente o Estado possui. Direito de Punir com normas que foram especialmente editadas pelo próprio Estado, que ao utilizar-se do Direito Penal Subjetivo também legitimou a criação destes diplomas.

Direito Penal subjetivo – é a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Judiciário. É O PRÓPRIO IUS PUNIENDI. Mesmo nos crimes de ação penal privada, o Estado não transfere o seu ius puniendi ao particular.
O que este detém é o ius perseguendi ou o ius accusationis, ou seja, o direito de vir a juízo e pleitear a condenação de seu agressor, e não o direito de executar, por si só a sentença condenatória. (GRECCO, 2010, p.2)

Quando passamos a entender estes conceitos atrelados ao Direito Penal podemos concluir que o este ramo do Direito tem como objeto final a conduta humana, já que o homem é senhor de suas ações e assume total risco por estas quando da sua execução. Tratamos também que a consciência humana é capaz de nortear o fim a que se assume no íterim da ação, sendo que apenas o homem capaz, no sentido civil, tem condições de discernir da benesse ou da aquiescência particular, mesmo que cause mazelas a outrem, de sua conduta, neste mesmo liame o Professor Doutor Fernando Capez nos auxilia quando dispara:

No tocante ao seu objeto, tem-se que o Direito Penal somente pode dirigir os seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo, ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do fim. (CAPEZ, 2011, p.23)

Após a análise dos objetos do Direito Penal somos capazes de considerar que a função principal do Direito Penal é a de estabelecer os limites da conduta normal para a perniciosa, cruel, que deva ser identificada como aquela em que o autor deva ser punido.

Entendamos que a conduta não é sujeito passivo do Direito Penal, mas sim o autor, aquele mesmo cidadão que deve se basear em sua consciência para tomadas de decisões e alcance de seus objetivos.

Objetivos também são inerentes do diploma penal. Ao analisarmos o texto do proeminente Deputado Estadual Fernando Capez poderemos aferir que dentro das funções do Direito Penal está, como descrito anteriormente, a seleção dos comportamentos humanos.

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as

respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessários à sua correta e justa aplicação. (CAPEZ, 2011, p.36)

Uma vez dentro da usina criminal e sabedor das consequências este mesmo homem transfere para o Estado toda a responsabilidade por sua situação, transfere a culpa da vontade para a falta de oportunidade e se justifica como diversos confrades com os jargões das mazelas de todo homem vivo.

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça. (CAPEZ, 2011, p.19)

Vale lembrar que nem todas as ações ou omissões estão tipificadas no código penal, existem diversas ações que são reprováveis do ponto de vista moral, porém não encontram embasamento e nem tipificação penal.

O Direito Penal não contempla o cidadão com a possibilidade de se orientar no sentido de possuir atitudes moralmente, socialmente e até mesmo politicamente corretas, ele difunde que práticas previstas serão processadas e punidas. Como ressalta Fernando Capez o Direito Penal se tornou um difusor do medo.

Ao ressaltar a visão puramente pragmática, privilegiadora do resultado, despreocupada em buscar a justa reprovação da conduta, o Direito Penal assume o papel de mero difusor do medo e da coerção, deixando de preservar os valores básicos necessários à coexistência pacífica entre os integrantes da sociedade política. (CAPEZ, 2011, p.21)

O Direito Penal assumiu o papel de criador de valores éticos na consciência coletiva, já que prevê condutas típicas puníveis, pois, ao taxá-las deixou evidente quais são as condutas aceitáveis. Neste sentido Capez nos valida quando diz:

Ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade. (CAPEZ, 2011, p.21)

É evidente que as normas de Direito Penal não se concentram unicamente em descrever, especificamente, ações que levariam às punições exercidas pelo Estado. Ele se utiliza de teoria que enquadra determinada conduta em alguma codificação. Esta peculiaridade permite que sejam interpretadas determinadas hipóteses para atribuir processo, pena e punição. Ou seja, quando trata, na sua parte especial, de determinar em seu artigo 121 que “matar alguém” é uma conduta que deve ser punida, já incutiu na consciência coletiva que qualquer ato que tenha por fim ou meio a morte de alguém provocada por outrem se enquadra no tipo penal exemplificado.

Ao analisarmos os artigos da parte especial do Código Penal, percebemos que o legislador usa um meio interessante para proibir determinadas condutas. Ao invés

de estabelecer proibições, descreveu condutas que, se praticadas, nos levará a uma condenação correspondente à pena prevista para aquela infração penal. (GRECCO, 2010, p.15)

Desta maneira é possível aferir que quando o agente pratica a conduta já é conhecedor das suas consequências, já obteve oportunidade de racionalizar acerca da ação, já houve momento, que seja anterior à conduta, que permitiu saber que determinado ato é um candidato a constar do rol do código penal e por isso deva ser punido.

Rogério Grecco assevera que:

Buscar a interpretação de uma norma jurídica é buscar o exato sentido que essa norma quer nos transmitir. Não existe norma que careça de interpretação. Por mais clara que a norma seja, precisa ser interpretada dentro de um determinado contexto. Aliás a própria conclusão sobre a clareza de uma norma advém de um exercício intelectual denominado interpretação. (GRECCO, 2010, p.10)

Para efetuar interpretação de norma penal não é necessário ser profundamente conhecedor de Direito. Possuindo o mínimo senso crítico é possível saber em que momento estará violando qualquer bem jurídico. Neste momento evidenciamos mais uma vez que o Direito Penal se tornou balizador do comportamento, como Leandro Cadenas Prado em sua obra “Direito Penal Para Concursos, Parte Geral” também direciona:

Ao analisarmos os artigos da parte especial do Código Penal, percebemos que o legislador usa um meio interessante para proibir determinadas condutas. Ao invés de estabelecer proibições, descreveu condutas que, se praticadas, nos levará a uma condenação correspondente à pena prevista para aquela infração penal. (PRADO, 2012, p10)

Também cabe ressaltar que o Direito Penal é constituído de diversos princípios, como por exemplo, os princípios da culpabilidade, limitação das penas, responsabilidade pessoal, proporcionalidade, individualização das penas, entre tantos outros, porém para corroborar nosso estudo verificaremos de maneira menos superficial o princípio da legalidade que segundo Rogério Grecco seria “o princípio da legalidade é, sem dúvida, o mais importante princípio do Direito Penal. Tudo o que não é expressamente proibido é lícito” (GRECCO, 2010, p.25)

Dentro deste mister o Princípio da Legalidade surgiu para que o Estado não pudesse agir arbitrariamente para punir o cidadão por qualquer conduta praticada, sendo que para que ocorra punição é necessária lei penal anterior à conduta:

O Estado de Direito é um Estado submetido a um regime de direito. O princípio da legalidade surgiu no anseio de estabelecer na sociedade regras permanentes e válidas, que pudessem proteger os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível por parte dos governantes. (GRECCO, 2010, p.25)

Neste sentido é importante ressaltar que com a implementação do princípio de que não haverá punição sem lei que defina anteriormente tal conduta como tipicamente punível ainda é possível determinar o Código Penal como um dos principais moderadores de ações dos cidadãos e pessoas que fazem parte do Estado, já que ao conhecerem as condutas que devem ser punidas não as praticam por saberem de tal possibilidade e não por conta de conhecer a lesão que tal ação causará a outrem. Existem aqueles que mesmo conhecedores de tal fato praticam conduta típica e

são enquadrados em artigos do referido código, pagam por isso e se sentem no direito de colocar, muitas vezes, a culpa no Estado. Estado que incorporou ditado princípio para não agir arbitrariamente.

Vejamos então, que o Estado políciu-se para não ser arbitrário, editou normas penais para regular condutas e ainda assim, por inúmeros, incontáveis motivos incide, a pessoa, em caimento legal em qualquer ação punida pelo código penal. Para tanto Rogério Grecco ainda descreve as funções do princípio como:

- 1o – proibir a retroatividade da lei penal – o inciso LX da CF determina que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o agente”. A regra, portanto, é a irretroatividade. A retroatividade é exceção só admitida para beneficiar o agente. Daí ninguém poder ser punido por cometer um fato que, à época, era tido como um indiferente penal;
- 2o – proibir a criação de crimes e penas pelos costumes – se só a lei pode criar crimes e penas, resulta óbvio a proibição de se invocar normas consuetudinárias para fundamentar ou agravar a pena. A fonte imediata do Direito Penal é a lei;
- 3o – proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas – a proibição é o recurso à analogia in malam partem para, de qualquer forma, prejudicar o agente;
- 4o – proibir incriminações vagas e indeterminadas (taxatividade) – o preceito primário do tipo penal incriminador deve ter uma descrição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. Isso quer dizer, também, que o judiciário está sempre obrigado a interpretar a norma legal de maneira restritiva. (GRECCO, 2010, p.25)

De encontro com o que pudemos aferir sobre o Princípio da Legalidade ainda podemos contar com a explicação do Professor Leandro Cadenas Prado quando aduz:

O Princípio de Legalidade tem dupla função:
Garante ao indivíduo o direito de não ser punido, desde que a conduta não seja típica, isto é, não apresente tipicidade, ou ainda, não se adeque ao tipo que ela descreve; Ainda que apresente tipicidade, tem o indivíduo, por via da lei, o direito de não ser punido por mais do que ela dita.”(CADENAS, 2012, p.13)

Corroboramos o entendimento de que o Código Penal é balizador de conduta com a impressão passada pelo Doutor Fernando Capez, que trata do assunto citando o artigo 1º do Código Penal e se embasando na Constituição Federal:

Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.
Princípio: Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.
Base constitucional: Constituição Federal, art. 5º, XXXIX. (CAPEZ, 2011, p.56)

Deparamos-nos, ainda com a situação da incidência proposital em tipo penal pela perda do caráter coercitivo exercido sobre o ser humano, caráter este vindo da norma penal. Podemos atribuir a este dado a condição de que o Estado não é capaz de punir todos os agentes que incorrem em ações puníveis. Neste sentido temos o posicionamento de Erika Babini Lapa do Amaral em seu artigo nominado como “Direito penal e direitos humanos: uma possível harmonização mediada pelo garantismo” quando com propriedade cita Baratta:

a criminalização dos conflitos traz consigo paradoxalmente a sua despenalização. De fato, ao aumentar o número de previsões da pena, o eficientismo aumenta

também o nível de impunidade, que mesmo num direito penal normal corresponde a uma percentagem altíssima dos casos penalmente relevantes. (BARATTA apud AMARAL. 2004)

Neste prisma deveríamos encarar o direito penal como ultima instancia para definição de qual ações devem ser tomadas cotidianamente. Neste ensejo pudemos verificar que, em variados casos ele age como principal norteador das ações. Precisaríamos de outros método que pudesse ser mais efetivo no sentido de criar consciência critica, criar a ideia de limites, porém não cogentes, limites altruístas para as ações dos seres humanos. Ainda nos apoiando em Erika Babini, na supracitada obra, poderemos observar que:

Quer dizer, a legitimidade do direito penal reside no seu caráter de ultima ratio, na verdade de limitação do Estado, porquanto somente a interferência mínima na sociedade e a tutela apenas dos bens jurídicos (interesses) essenciais à pessoa humana, legitima o Direito Penal como ferramenta de proteção dos Direitos Humanos, evitando inutilmente a imposição do mal da pena, quando outras ferramentas de controle social, como a atuação administrativa, por exemplo, poderia atuar mais eficazmente na prevenção geral e especial, produzindo resultados mais benfazejos que a consequência desastrosa do encarceramento. (AMARAL, 2004, p.12)

5. DIREITO PENAL NO BRASIL:RESSOCIALIZAÇÃO E REALIDADE.

O Direito Penal brasileiro adotou a teoria mista com relação ao fundamento da aplicação da sanção, tratando o caráter desta como preventivo e punitivo. Faz-se necessário voltar os olhos para o sistema prisional, mais preponderantemente na questão envolvendo o setor carcerário do país.

Não existem condições de ressocialização do detento, não existe, em muitos casos, preparo das autoridades para lidarem com esta realidade e muito menos para pensarem na questão de recolocar o meliante novamente no seio da sociedade, como cidadão de direitos e deveres garantidos e cobrados pela Carta Magna de 1988.

Tratamos anteriormente, com uma visão ampla, do Direito Penal, que hoje é o grande guia das condutas sociais, porém deveríamos verificar o caráter que assume o seguimento jurídico quanto a devolver à vida em comunidade o alvo dos tipos.

Sabemos que sempre existirá o crime, então sabemos que o dever do Estado com o detento e com o marginalizado também será perpétuo. Não há que se falar em aumento de severidade das penas, pena de morte, lei de talião, havemos de dirigir o pensamento no sentido de introduzir medidas para que não se incorra em condutas criminosas.

O Estado deve suprir o homem de condições de, ao menos, subsistir, sabendo que ainda assim o termo será criticado, porém usado, porquanto não devemos pensar na crítica da palavra quando a verdade nos bate na face.

É de clareza solar no belo texto constitucional:

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:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

coisa senão em virtude de lei;

Sabemos do que vem escrito no papel, achamos maravilhoso quando dedicamos tempo do nosso para pensar que somos a raiz deste direito, somos alvo dessas orações, somos os sujeitos destas obrigações. Obrigações sim, que o Estado assumiu, não delegou a outrem, ele é o legítimo provedor do que consta no texto, como é o legítimo, em diversos casos do “Jus Puniendi”. Cabe-nos verificar que o detento, que o marginalizado, que latrocida, o estelionatário também o são. Não são menos pessoas que nós, não são menos alvo, raízes, sujeitos do que todos nós.

Cabe verificar que qualquer um de nós pode se tornar portador deste estigma, não nos é possível verificar o futuro. Seríamos ainda aqueles de outrora que ponderam sobre a legitimidade de o meliante ser ressocializado, dele ser alvo do artigo 5º?

O crime, como violação de uma norma social, é um fato que existe desde os primórdios da humanidade e nunca será extinto, conseqüentemente a pena imposta como resposta ao delito é um imperativo. Modernamente, o jus puniendi pertence ao Estado e este tem por obrigação executar a pena de acordo com os princípios constitucionais e, principalmente, dar à punição o caráter adotado pelo ordenamento jurídico, pois não se pode olvidar que o preso conserva todos os direitos não alcançados pela perda da liberdade”. (RIBEIRO e MARTA. A Finalidade da Pena Restritiva de Liberdade: Ressocializar ou Revidar? Disponível em <http://www.leffa.pro.br/textos/abnt.htm#5.16.2> acessado em 23/09/2014 às 21:22)

Ainda neste mesmo sentido e de encontro com nossos apontamentos a supracitada obra vem corroborar com o seguinte apontamento:

Assim, a pena deve perseguir um fim condizente com a democracia e os ditames constitucionais razão pela qual a Lei de Execução Penal prevê que, além do caráter retributivo, punitivo, a sanção penal deve ter como função preparar o criminoso para a volta à vida em sociedade, proporcionando condições para a “harmônica integração social do condenado e do internado”. (RIBEIRO e MARTA. A Finalidade da Pena Restritiva de Liberdade: Ressocializar ou Revidar? Disponível em <http://www.leffa.pro.br/textos/abnt.htm#5.16.2> acessado em 23/09/2014 às 21:22)

Averiguamos que é questão de ordem e obrigação do Estado prover para o preso a sua reintegração no âmbito da sociedade, porém notamos superlotamentos os presos não possuem o mínimo de dignidade.

Não existe condições de se voltar para a sociedade sem o ressentimento que acumulou-se no sistema prisional. Não existe saída após o cumprimento de pena, senão total preconceito, marginalização da sociedade, rotulismos. Quando o detendo cumpre sua pena não há mais que se falar em criminoso, preso, assaltante, ladrão, esta pessoa cumpriu sua pena, deixou para trás o delito, pagou por ele. Quando adquirimos por alienação fiduciária um bem, ao quitá-lo, não somos mais adquirentes, contratantes, alienantes, compradores, somos proprietários e nos sentiríamos constrangidos se do contrário taxados fossemos. Assim é com aquele que cumpriu pena, sai da cadeia, mas o estigma de presidiário não o abandona, passo a perceber que ressocialização em sentido amplo é dever do Estado, porém executá-la cabe ao cidadão, à célula que povoa a nação, pois somos nós que vamos proceder à integração do ex-detento no cerne social.

O Sistema Prisional espelha a grande insatisfação da comunidade. Não há saída para aquele que é sentenciado, a não ser se sujeitar às misérias a que é submetido, que ao voltar à comunidade, esta o rejeita. As perspectivas, os sonhos de uma passagem digna ao preso, não são ilustradas. Há uma grande inércia em enfrentar o problema do falido Sistema Prisional, que deixa muito a desejar. As cadeias públicas, com os presos amontoados como se fossem animais, espelham esta falência. Não há uma ressocialização do preso, há apenas utopias, não há como se reintegrar à sociedade sem uma manifestação positiva do Estado em oferecer ao preso o mínimo de dignidade.” (CARDOSO E.L. A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO IDEALIZADA NO CÓDIGO PENAL E NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Disponível em http://www.fap.com.br/forum_2013/forum/pdf/comunicacao/ciencias-humanas/A%20RESSOCIALIZACAO%20DO%20PRESO%20IDEALIZADA%20NO%20CODIGO%20PENAL%20E%20NA%20LEI%20DE%20EXECUCAO%20PENAL.pdf f Acessado em 23/09/2014 às 21:37)

Perceba que não há defesa irracional de detentos, muito menos a narrativa de utopias para trazermos a tona o ser humano ideal do meliante, conquanto apenas estamos distribuindo a ideia de que é o escopo da ressocialização trazer novamente o agente de conduta criminosa para o convívio social. Abordamos a questão de que é o Estado o responsável por fazer com que o criminoso alojado em cadeias tenha acesso à possibilidade de vislumbrar a condição de ser ressocializado. Verificamos que ressocializar é o ato de trazer novamente ao convívio social aquele que fora deste ou desconcentrado dele se encontra. Para aferirmos tal não é preciso de livros, princípios entre outros.

No mister de ressocialização, verificamos que esse é o caráter da pena, trazer a consciência de convívio social para o detento. Neste prisma analisaremos que a pena, então possuiria um tom de tratamento, sendo assim, sua duração e intensidade nada teriam que se haver com a graduação do crime, nem com os meios empregados para realizá-lo, haja vista que tratamentos não são pré-fixados nos termos de duração, ele é determinado no seu transcorrer, pois como aferir quanto tempo deve cumprir o agente para se ressocializar, ao tratarmos a pena neste mote?

Isso ocorre porque pela concepção ressocializadora ilimitada, a pena passa a ser vista como um “tratamento” para a “melhora social” do indivíduo. Dessa feita, a sanção penal tende a tornar-se indeterminada, pois conforme as supostas necessidades do “tratamento ressocializador”, a pena pode ser indefinidamente protelada”. (ANJOS, F.A. Análise Crítica da Finalidade da pena na execução penal: Ressocialização e o Direito Penal Brasileiro. 175 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo 2009).

Somos sabedores de que não existe suporte, condições e estrutura para tal, sabemos que a ânsia da sociedade é ver-se pagar a pena e não se preocupar com o resultado obtido dentro das instituições prisionais.

Somos carregados a pensar na ideia de se cumprir a pena como o castigo que deve passar o agente por cometer o crime, porém não pensamos que enquanto o intuito teórico da pena, que é ressocializar, não se encontrar com a verdade real, que se caracteriza por amontoados de pessoas trocando, muitas vezes, informações, amarguras, entre tantas outras coisas que não podemos citar, por talvez, não termos passado por isso, nas universidades do crime, como são apelidadas as penitenciárias, haverá mais e mais crimes, haverá evolução criminal, haverá mais ressentimento por parte do detento, que ao voltar à sociedade e não encontrar solução para a marginalização incorrerá novamente em tipo penal. Precisamos atentar ao fato de que o crime evolui sem restrições, porque ele é à margem das regras, enquanto os meios de defesa da população são balizados por diretrizes

que tentam impedir arbitrariedades e tomadas de decisão precipitadas. Visto isso é claro afirmar que enquanto não colocarmos na sociedade aquele que dela fugiu ou que por ela não foi amparado haverá crime.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O intuito da pesquisa foi permear o Direito Penal e os Direitos Humanos, abordando premissas de cada um, abordando momentos em que cada um deles deva se relacionar para que exista maior eficácia para ambos, no sentido de que o Direito Penal não deveria ser o balizador das ações e sim os Direitos Humanos, por se tratar de ciência que deve fazer parte do contexto das pessoas, deve conduzir ao convívio harmonioso, à luta pela tutela das garantias individuais. Somos sabedores de que já, em muitos casos, é este Direito que coordena as tomadas de atitudes dos cidadãos, porém ele não tem a força que tem o Direito Penal, por sua prerrogativa de punir, visto que somente possui toda a força de conduzir as ações dos homens por se tratar, justamente de fator coercitivo.

Tentamos demonstrar parte da teoria de cada ramo do Direito abordados na pesquisa, quais são as raízes para terem-se essas diretrizes no ordenamento ou até mesmo em tratados que inundam o Direito Internacional.

Não é fácil traçar liames entre ciências distintas para relacioná-las, muito menos ousar mudar paradigmas, por isso não deixamos claro que não foi essa a intenção deste trabalho. Quando acareamos momentos de cada uma dessas matérias a verdade que se buscou foi averiguar se o senso comum induziu a acreditar que a culpa é do agente, ou se ele levou a entender que a culpa é do Estado, ainda assim se houve outro fator, que seja, o cultural, o social ou o econômico que levou a praticar o ato. Queríamos levantar a discussão se o desvio de caráter é da sociedade ou se a sociedade é sua causadora, se ressocializar é questão de Estado ou de caráter subjetivo, quando partiu-se do ponto de que é um processo endógeno. Se não o é, quem deve prover essa condição?

Precisamos encontrar a harmonia para que não criemos apegos ideológicos e para não justificarmos quaisquer ações de acordo com aquilo que querem que pensemos. Munir-se de informação, de olhar clínico e ponto de vista é importante para não sermos arbitrários.

É imperioso pensar que a sociedade tem papel *sine qua non* para que Direitos Humanos atinjam o seu objetivo, bem como o Direito Penal, de fato, se torne última Ratio.

O belíssimo juramento da Ordem dos Advogados do Brasil já aduz que é dever do advogado lutar pela Constituição, ordem jurídica dos Estados Democrático, os Direitos Humanos e a Justiça social entre tantos outros pontos importantes.

Para tanto é indispensável ao cidadão a luta para que a sociedade seja o lugar onde ele seja, de fato, o alvo das obrigações do Estado e que este as cumpra, o que dizer então do Advogado que assumiu este compromisso em redundância, enquanto cidadão e fiel das lindas palavras supracitadas?

Ora, está o homem tão endurecido moralmente que necessita de porções coercitivas e posições cabais para que se oriente dentro de seu contexto social? É de suma importância guiar-se

baseado na espera de sanção? Existiria outra forma de se impedir determinadas incidências de tipos penais, como por exemplo, furtos, roubos, apropriações indébitas, estelionatos, lesões corporais?

Perguntas que possuem diversas respostas, diversificados prismas e possível demagogia. Importante, porém ressaltar que, de fato, hoje o homem médio, comum num todo, pode sim se guiar com base na ocorrência de pena que o detenha. E mesmo conhecedor delas pratica condutas para ver satisfeita sua vontade.

É evidente que o tema demanda diversos estudos, como já é de fácil observação que o é, não houve tentativa de esgotar as possibilidades e os argumentos para alteração de pensamentos e mudanças de comportamentos, houve apenas enumeração sistemática de possibilidades, possibilidades estas acessíveis, quando forem prioridade.

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, E.B.L. *Direito penal e direitos humanos: uma possível harmonização mediada pelo garantismo*. Disponível em <<http://www.asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/babini-novo.pdf>> Acesso em 11/10/2013, 11h34min.

ANJOS, F. V. *Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal: Ressocialização e o Direito Penal Brasileiro*. 2009, 185f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011, 646p.

CARDOSO, E.L. *A Ressocialização do Preso Idealizada no Código de Penal e na Lei de Execução Penal*. Disponível em <http://www.fap.com.br/forum_2013/forum/pdf/comunicacao/ciencias-humanas/A%20RESSOCIALIZACAO%20DO%20PRESO%20IDEALIZADA%20NO%20CODIGO%20PENAL%20E%20NA%20LEI%20DE%20EXECUCAO%20PENAL.pdf> Acessado em 23/09/2014, 21h49min.

CARPENTIERI, J.R; GONZALES, E. T. Q. *Os Direitos Humanos e a Seletividade do Sistema Penal* In: MOSTRA ACADÊMICA UNIMEP, 10. 2012, Piracicaba. *Anais...* Piracicaba 2012.

CORREIA, T. R. C. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos Humanos. *Pensar*, Fortaleza, v.10, n.10, p.98-105, fev.2005.

GAUER, R. M. C. *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. Porto Alegre: EdIPucRS, 2010 352p.

GONÇALVES. P. G. Os indesejáveis no Direito Penal Moderno. *Revista Espaço Acadêmico*. Rio de Janeiro, n.105. 174-176. 2007.

GRECCO, R. *Curso de Direito Penal- Parte Geral*. São Paulo: Impetus, 2010, 20p.

OLIVEIRA, F. A. *Direito Penal –Parte Geral*. Disponível em <http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/penal-Dir_Penal_ParteGeral.pdf> Acessado em 30/03/2014, 11h39min.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Emagis, 2006, 44 p.

RIBEIRO, N. F. ; MARTA, T. N. *A Finalidade da Pena Restritiva de Liberdade: Ressocializar ou Revidar?* Disponível em:< <http://www.leffa.pro.br/textos/abnt.htm#5.16>> Acessado em 29/09/2014, 21h25min.

ZAFFARONI, E. *Em Busca das Penas Perdidas:a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Saraiva,1991. Resenha de PRANDO, C. C. M. *Revista de Direito do Cesusc*. n.2. 329-339. 2007.