

Pena de prisão perpétua

Cezar Roberto Bitencourt*

* Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

RESUMO

Apregoa que a concepção de pena está intimamente relacionada à concepção de Estado, devendo-se compreender a sanção penal de acordo com o contexto histórico em que a mesma se insere. Analisa o surgimento, o apogeu e a decadência do recurso à pena privativa de liberdade. Descreve a progressiva humanização do Direito Penal brasileiro, no sentido de abolir as penas privativas de liberdade, com a crescente adoção de penas alternativas. Observa que a crescente escalada da criminalidade contemporânea tem suscitado um discurso legitimador do abandono progressivo das garantias fundamentais. Discorda dessa postura, defendendo ações preventivas, que evitem as repressivas. Considera que a pena de prisão perpétua, prevista no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, é constitucionalmente vetada no Brasil, e que sua adoção pelos países onde se verifica essa vedação constitucional significaria um retrocesso. Ao mesmo tempo, reconhece o prestígio e a legitimidade do Tribunal Penal Internacional, sugerindo a revisão de seu Estatuto, a fim de solucionar esse entrave.

PALAVRAS-CHAVE

Tribunal Penal Internacional; Estatuto de Roma; direitos humanos; Direito Penal internacional; Constituição Federal; prisão perpétua; pena perpétua; Direito Penal; prisão perpétua – inconstitucionalidade.

ABSTRACT

It defends that the punishment conception is intimately related to the State's conception, and it must understand the penal sanction according to the historical context. It analyses the emergency, the peak and the decadence from the resource to the privated freedom punishment. It describes the progressive Humanism of Brazilian criminal Law in the sense of abolishing the privated freedom punishments, with the increasing adoption of alternative punishments. It notices that the emergency of the contemporary criminality has aroused a legitimate speech of the progressive abandon from the fundamental guarantees. It disagrees with that posture, defending the preventive actions, against the repressive ones. It considers that life punishment penalty foreseen in the International Criminal Court Statute, is constitutionally forbidden in Brazil. Its adoption in the countries where constitutional prohibition has been adopted would mean a retrocession. At the same time it recognizes the value and legitimacy of the International Penal Court, suggesting the review of its Statute in order to solve this problem.

KEYWORDS: *International Criminal Court; Rome Statute; Human Rights; International Criminal Law; Brazilian Constitution; life imprisonment; life punishment; Criminal Law; life imprisonment; unconstitutionality.*

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o **modelo socioeconômico** e a **forma de Estado** em que se desenvolve esse sistema sancionador².

Convém registrar que a uma concepção de Estado corresponde uma de pena e a esta, uma de culpabilidade. Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal³ –, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica.

Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados. Com efeito, é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado. Assim como evolui a forma de Estado, o Direito Penal também evolui, não só no plano geral, como também em cada um dos seus conceitos fundamentais.

Para se entender a sanção penal – seus **fins e funções** – é indispensável situá-la em seu contexto histórico e acompanhar a sua evolução, não se podendo esquecer que **a pena de prisão** é uma sanção moderna, na medida em que a própria **Idade Média** não a conheceu como tal, limitando-se a utilizá-la como **custódia**, não passando, em outros termos, de uma “ante-sala do suplício”, onde os condenados aguardavam o momento de sofrerem a execução da pena que lhes fora efetivamente aplicada, que, não raro, era a pena capital.

2 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS DA PENA

Entende-se melhor uma idéia de **pena** em sentido **absoluto** quando se analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida. As características mais significativas do **Estado absolutista** eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era-lhe concedido diretamente por Deus⁴. A teoria do Direito divino pertence a um período em que não somente a religião, mas também a teologia e a política confundiam-se entre si, em que (...) *até para fins utilitários, era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação*⁵. Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A idéia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.

O Estado absolutista é conhecido também como um **Estado de transição**. É o período necessário de transição entre a sociedade da baixa Idade Média e a sociedade liberal. Ocorre, nesse período, um aumento da burguesia e um considerável acúmulo de capital. Obviamente, diante do efetivo desenvolvimento que essa nova classe social estava experimentando, fazia-se necessária a implementação de meios para proteger o capital, produto da pujança dos novos capitalistas. Compreende-se, então, porque o Estado absoluto concentrou ao seu redor, e com uso ilimitado, o poder necessário para o desenvolvimento posterior do capitalismo. Nesse sentido, (...) *a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista*⁶.

Com o surgimento do mercantilismo, o Estado absoluto inicia um processo de decomposição e debilitamento. Isso dá margem a uma revisão da, até então estabelecida, concepção de Estado, caracterizada pela vinculação existente entre o Estado e o soberano e entre este e Deus. Surge o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do **contrato social**. O Estado é uma expressão soberana do povo e com isso aparece a divisão de poderes. Com essa concepção liberal de Estado, a pena já não pode continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado. A pena passa então a ser concebida como (...) *a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem*

*jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens*⁷.

O Estado, tendo como objetivo político a **teoria do contrato social**, reduz sua atividade em matéria jurídico-penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela idéia do consenso social. O indivíduo que contrariava esse contrato social era qualificado como traidor, posto que com sua atitude não cumpria o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Passava a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa podia ser retribuída com uma pena.

Segundo esse esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena⁸, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isso se entende quando lembramos da “substituição do divino pelo humano” operada nesse momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal⁹.

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se (...) *no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de idéias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na idéia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas co-existem, portanto, idéias liberais, individualistas e idealistas*¹⁰. Em verdade, nessa proposição retribucionista da pena, está subentendido um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas, pretendendo aproximar-se do divino.

3 APOGEU E DECADÊNCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A história da prisão não é a de sua **progressiva abolição**, mas a de sua permanente reforma. A prisão representa, paradoxalmente, um marco de humanização da sanção penal, na medida em que minimizou a aplicação da pena de morte. A prisão é concebida, modernamente, como um mal necessário, sem esquecer que guarda, em sua essência, contradições insolúveis. O “Projeto Alternativo Alemão” orientou-se nesse sentido ao afirmar que (...) *a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens*¹¹. Por conhecermos bem as críticas que o **encarceramento** merece, acreditamos que os princípios de sua **progressiva humanização** e **liberalização interior** são a via de sua **permanente reforma**¹², caminho intermediário entre o **conservadorismo** e a **convulsão abolicionista**¹³, não seguida esta, claro, por nenhum país do mundo, independentemente dos seus regimes jurídico e político¹⁴

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a **reforma do delinqüente**. Durante muitos anos, imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e, atualmente, predomina uma certa atitude pessimista, não há muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o **objetivo ressocializador** da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão referem-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Na lição de Heleno Fragoso¹⁵, (...) *a prisão representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução*. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado. Michel Foucault¹⁶ denuncia o que seja a prisão e pergunta se a pena privativa de liberdade fracassou. Ele mesmo responde, afirmando que ela não fracassou, pois cumpriu o objetivo a que se propunha, qual seja, o de

estigmatizar, segregar e separar os delinquentes. E em outra passagem, o mesmo autor sentencia: (...) *ela é a detestável solução da qual não se pode abrir mão*. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade. Por isso, o centro de gravidade das reformas situa-se nas sanções, na reação penal. Daí a advertência de Claus Roxin de (...) *não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os*¹⁷.

Se a pena já não é esse “mal” de que falam os defensores das **teorias retribucionistas**, mas, ao contrário, uma grave e imprescindível **necessidade social**, os postulados que fundamentam este conceito submergem em uma profunda crise, que tem antecedentes no período do **Iluminismo**. Poderíamos afirmar, com Zulgadía Espinar¹⁸, que essa crise da **pena retributiva** (...) *é apenas a crise da mesma idéia de retribuição, em nome da qual tantos males têm sido causados ao ser humano*. Ainda que se reconheçam **fins preventivos** – gerais ou especiais – para a **doutrina tradicional**, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Essa é a **concepção retributiva** da pena.

Tivemos oportunidade de afirmar em um dos nossos livros – *Falência da Pena de Prisão*¹⁹ – que (...) *não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de anti-sociais, se se os dissocia da comunidade livre e, ao mesmo tempo, se os associa a outros anti-sociais*. Nesse sentido, manifesta-se Antonio García-Pablos y Molina, afirmando que (...) *a pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos expiacionistas; que é mais difícil ressocializar uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em uma prisão, mas tão somente se lá esteve*²⁰. Na verdade, a prisão não ressocializa ninguém, porque não nasceu para ressocializar ninguém. A verdadeira **função** e natureza da prisão está condicionada a sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social. A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquentes com seu encarceramento tornam muito pouco provável sua reabilitação. Depois de iniciada uma carreira delitativa, é muito difícil conseguir a ressocialização de alguém.

O sistema penal desintegra os **socialmente frágeis** e os marginalizados. Entre os delinquentes e a sociedade, levanta-se um muro que impede uma concreta solidariedade com os delinquentes ou inclusive entre estes mesmos. A separação entre **honestos e desonestos**, que ocasiona o **processo de criminalização**, é uma das **funções simbólicas** do castigo e um fator que impossibilita a realização do **objetivo ressocializador**. O sistema penal conduz à marginalização do delincente; os efeitos diretos e indiretos da condenação produzem, em geral, a marginalização do indivíduo. Esta marginalização se aprofunda ainda mais durante a execução da pena. Nessas condições, é utópico pretender **ressocializar** o delincente. É impossível pretender a reincorporação do interno à sociedade por meio da pena privativa de liberdade, quando, na realidade, **existe uma relação de exclusão** entre a prisão e a sociedade²¹. Os objetivos que orientam o sistema capitalista (especialmente a acumulação de riqueza) exigem a manutenção de um setor marginalizado da sociedade, tal como ocorre com a delinqüência. Assim, pode-se afirmar que a **lógica do capitalismo** é incompatível com o **objetivo ressocializador**. Sem a transformação da sociedade capitalista, não há como encarar o problema da reabilitação do delincente.

3.1 FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO E BUSCA DE ALTERNATIVAS

Atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados “**presos residuais**”, é uma injustiça flagrante, principalmente porque, entre eles, não se incluem os agentes da **criminalidade não-convencional** (os criminosos de colarinho branco). O elenco de penas do século passado não satisfaz mais. A **pena privativa de liberdade**, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que esse século termine. As reprovações à pena de prisão tiveram seu marco inicial com o **Programa de Marburgo** de Von Liszt²², em 1882. Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delincente entorpecido, retirando o réu de seu meio de vida e obrigando-o a abandonar seus familiares, bem como os estigmas que a passagem pela

prisão deixam no recluso, são alguns dos argumentos que apóiam os ataques que se iniciam no seio da **União Internacional de Direito Penal** (Congresso de Bruxelas de 1889).

Propõe-se, assim, **aperfeiçoar** a pena privativa de liberdade, quando necessária, e **substituí-la**, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de **controle social formalizado**. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas.

Recomenda-se que as penas privativas de liberdade limitem-se às penas de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Não mais se justificam as expectativas da sanção criminal.

Assim, o que se busca é limitar a prisão às situações de reconhecida necessidade, como meio de impedir a sua ação criminógena, cada vez mais forte.

Os chamados **substitutivos penais** constituem alternativas mais ou menos eficazes na tentativa de **desprisonalizar**, além de outras medidas igualmente **humanizadoras** dessa **forma arcaica de controle social**, que é o Direito Penal.

4 A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E ALTERNATIVAS À PRISÃO

No entanto, sem o Direito Penal, isto é, (...) *sem a sanção do **comportamento social desviado** (delito), a convivência humana em uma sociedade tão complexa e altamente **tecnificada** como a sociedade moderna seria impossível. A pena (ou, quando for o caso, a medida de segurança) é uma condição indispensável para o funcionamento dos **sistemas sociais de convivência**²³. Não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente **assistencial** e visa primeiramente à **Justiça distributiva**,*

responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica. E isso, na lição de Jescheck²⁴, (...) *não pode ser conseguido sem dano e sem dor, especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro dessas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal devem ser presididas pelo princípio de humanidade.*

Enquanto não surge algo melhor e mais inteligente que o Direito Penal imaginado por Radbruch, as penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, constituem uma das mais importantes inovações da reforma penal de 1984 – reforçadas pela Lei n. 9.714/98, que procurou minimizar a crise da pena de prisão, a qual, sabidamente, não atende a um dos objetivos fundamentais da sanção penal, que é **reeducar** o apenado para reintegrá-lo socialmente.

A **humanização do Direito Penal brasileiro** iniciou-se, na verdade, somente com a Lei n. 6.416/77, que trouxe reformulações na **resposta penal** e na sua forma de execução. Contudo, as alternativas à pena privativa de liberdade, propriamente ditas, vieram somente com o advento da reforma penal de 1984.

A corrosão do sistema penitenciário exigia, efetivamente, mais imaginação. Não mais se admitia que o sistema penal ficasse limitado às duas formas clássicas e tradicionais de sanção penal: a **pena pecuniária** e a **pena privativa de liberdade**. Fazia-se necessária a busca de outras alternativas, como as **penas restritivas de direitos**, a exemplo do que fizeram as modernas legislações ocidentais²⁵. Pois bem, atendendo aos anseios da **penologia** e da atual **política criminal**, a reforma penal de 1984 (Lei n. 7.209/84) adotou **medidas alternativas** para as penas de prisão de curta duração, instituindo as chamadas **penas restritivas de direitos** e revitalizando a tão aviltada, desgastada e ineficaz pena de multa, restabeleceu o **sistema dias-multa**²⁶. Com efeito, a despeito da grande qualidade técnico-dogmática que representou essa reforma da parte geral do Código Penal de 1940, a maior transformação consagrada pela reforma penal de 1984 – compelida pela síndrome da **falência da pena de prisão** – foi em relação à sanção penal. Evidentemente, sem chegar ao

exagero da radical "não-intervenção", apresentou avanços elogiáveis na busca da **desprisonalização** de forma consciente e cautelosa.

No entanto, a falta de vontade política, de dotação orçamentária, de infra-estrutura, dentre outros fatores, determinaram a má aplicação da pena, ignorando-se os grandes avanços que a reforma trazia, deixando-se de aplicar as **alternativas à prisão**, quando não as aplicando equivocadamente. Enfim, essas dificuldades “interpretativo-operacionais” contribuíram para o crescimento da criminalidade e da sensação de impunidade, que acabou gerando, como subproduto, a implantação de uma espécie de “movimento de lei e ordem”, que se iniciou com a indigitada **Lei dos Crimes Hediondos** (Lei n. 8.072/90), violando-se constantemente não só as modernas orientações político-criminais, mas, especialmente, os direitos fundamentais do cidadão.

É inadmissível que a solução das dificuldades presentes seja buscada, como pretendem os governantes contemporâneos, por meio da reprodução de formas neo-absolutistas do Poder Público, carentes de limites e de controles e governadas por fortes e ocultos interesses, dentro de nossos ordenamentos. Ignoram nossos legisladores que a criminalização de uma conduta somente se justifica como *ultima ratio*, isto é, quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade; desconhecem que o Direito Penal não pode servir de mero instrumento de realização política e que deve manter sempre a dignidade humana como limite de qualquer forma de criminalização.

Lamentavelmente, essa é orientação político-criminal preferida pelo legislador brasileiro, que pretende resolver todos os problemas – econômicos, políticos, éticos, sociais e morais – por meio do Direito Penal, utilizando-o **simbolicamente**. Essa é a **política criminal** que se instalou no País, na década de 90, com os denominados **crimes hediondos, criminalidade organizada e crimes de especial gravidade**, simbolizando, mais que um **Direito Penal funcional**, um autêntico **Direito Penal do terror**.

Neste fim de milênio, constata-se um aumento acentuado do desequilíbrio da distribuição de rendas, da concentração da pobreza, da exploração dos oprimidos, dentre outros fatores similares, repercutindo diretamente no aumento brutal da criminalidade e da insegurança social. A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e no campo. Urge que se busquem meios efetivos de controlá-la, a qualquer preço.

A **criminalidade organizada** é o centro das preocupações de todos os segmentos da sociedade. Na verdade, a criminalidade organizada é o tema predileto da mídia, dos meios políticos, jurídicos, religiosos, das entidades não-governamentais, e, por conseguinte, é objeto de debate da política interna. Tradicionalmente, as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Utilizam o Direito Penal como panacéia de todos os males. Defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa carente e desinformada.

No entanto, no cotidiano, na realidade diária do cidadão, não é a **criminalidade organizada** o fator mais preocupante, mas sim a **criminalidade massificada**, que perturba, assusta e ameaça a população.

Criminalidade de massa compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Essa criminalidade afeta diretamente toda a coletividade, quer como vítimas reais, quer como vítimas potenciais. Os efeitos dessa forma de criminalidade são violentos e imediatos: não são apenas econômicos ou físicos, mas atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança²⁷.

Esse **medo coletivo difuso** decorrente da **criminalidade de massa** permite a manipulação e o uso de uma **política criminal populista** com o objetivo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade, restringindo, quando não ignorando, as garantias de liberdades individuais e os princípios constitucionais fundamentais, sem apresentar resultados satisfatórios.

São em circunstâncias como essas que surgem leis como a dos **crimes hediondos, do crime organizado, dos crimes de especial gravidade** etc.

Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como **discurso legitimador** do abandono progressivo das garantias fundamentais do **Direito Penal da culpabilidade**, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, esquecendo, como afirma Luigi Ferrajoli²⁸, que *A pena não serve unicamente para prevenir os injustos crimes, mas também para prevenir os injustos castigos.*

Nessa histeria toda em busca de um **Direito Penal de terror** fala-se abundantemente em “criminalidade moderna”, que abrangeria a criminalidade ambiental internacional, criminalidade industrial, tráfico internacional de drogas, comércio internacional de detritos, onde se incluiria a **delinqüência econômica** ou criminalidade de colarinho branco. Essa dita **criminalidade moderna** tem uma dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis, que o Direito Penal clássico não consegue atingir, diante da dificuldade de definir bens jurídicos, de individualizar a culpabilidade, de apurar a responsabilidade individual ou mesmo de admitir a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Nestas áreas – destaca Hassemer²⁹ – espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não-penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou a ultima ratio do Direito Penal é visto como sola ratio ou prima ratio na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas. Para combater a “criminalidade moderna” o Direito Penal da culpabilidade seria absolutamente inoperante, e alguns dos seus princípios fundamentais estariam completamente superados. Nessa criminalidade moderna, é necessário orientar-se pelo perigo em vez do dano, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal. A sociedade precisa dispor de meios eficientes e rápidos que possam reagir ao simples perigo, ao risco, deve ser

sensível a qualquer mudança que poderá desenvolver-se e transformar-se em problemas transcendentais. Nesse campo, o Direito tem de se organizar preventivamente. É fundamental que se aja no nascedouro, preventivamente, e não repressivamente. Nesse aspecto, os bens coletivos são mais importantes do que os bens individuais; é fundamental a prevenção, porque a repressão vem tarde demais.

Mas já, então, não se estará tratando de Direito Penal, mas de um outro instrumento de controle social internacional, de um outro meio defensor da ordem internacional globalizada. Nesse sentido, sem endossar a nova doutrina do **Direito Penal funcional**, mas reconhecendo a necessidade de um combate mais eficaz em relação à **criminalidade moderna**, Hassemer³⁰ sugere a **criação** de um novo Direito, ao qual denomina de “**Direito de Intervenção**”, que seria um meio termo entre **Direito Penal** e **Direito Administrativo**, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional.

Enfim, é preciso cautela para não se fazer tábula rasa, violando, inclusive, os princípios da **intervenção mínima**, da culpabilidade, do bem jurídico definido e do devido processo legal, dentre outros. Não se pode igualmente esquecer que a pena privativa de liberdade também deve obedecer a *ultima ratio*, ou, na expressão do **Projeto Alternativo Alemão**, (...) *é apenas uma amarga necessidade*, devendo-se recorrer a ela somente quando não houver outra forma de sancionar eficazmente.

6 PRISÃO PERPÉTUA E PRINCÍPIO DE HUMANIDADE

Não se questiona a necessidade de o Direito Penal manter-se ligado às mudanças sociais, respondendo adequadamente às interrogações de hoje, sem retroceder ao dogmatismo hermético de ontem. Quando a sua intervenção se **justificar** deve responder eficazmente. A **questão decisiva, porém, será de quanto de sua tradição e de suas**

garantias o Direito Penal deverá abrir mão a fim de manter essa atualidade? Na verdade, o Direito Penal não pode – a nenhum título e sob nenhum pretexto – abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais referidas ao longo deste trabalho.

Efetivamente, um **Estado** que se quer **democrático de Direito** é incompatível com um **Direito Penal funcional**, que ignore as liberdades e garantias fundamentais do cidadão. Aliás, a própria **Constituição Federal** adota a **responsabilidade penal subjetiva, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa**, preservando, inclusive, a **dignidade humana** (art. 5º, III, CF). Ademais, a Carta Magna brasileira proíbe expressamente as sanções perpétuas, capitais, cruéis e degradantes e elevou essas garantias à condição de **cláusulas pétreas** (art. 60, § 4º, inc. IV, CF). Em outros termos, referidas garantias não podem ser suprimidas ou revistas nem mesmo por meio de emendas constitucionais.

É indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas que, se na época não foram **injustas**, hoje, indiscutivelmente, o são. Nada mais permite que se aceite um arsenal punitivo de museu do século XVIII. Nesse sentido, Bettiol já advertia, há mais de cinquenta anos, que *(...) se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos do delinqüente*³¹.

Enfim, a **pena de morte** e a **prisão perpétua** são expressamente proibidas pela nossa Lei Maior, ressalvando, somente, a pena de morte, para a hipótese de **guerra declarada** (arts. 5º, XLVII, a e 84, XIX).

Simplificando, a pena de **prisão perpétua** – que não recebe a mesma ressalva conferida à pena de morte – não pode ser instituída no Brasil, quer por meio de tratados internacionais quer mediante emendas constitucionais.

Por outro lado, não se pode ignorar, o **Tribunal Penal Internacional**, considerando-se o contexto internacional, representa uma grande conquista da civilização contemporânea, na medida em que disciplina os conflitos internacionais, limita as sanções penais e define as respectivas competências. Se já existisse referido Tribunal Penal, certamente, o episódio Pinochet não teria o espectro que adquiriu. A **previsão excepcional da pena de prisão perpétua**, pelo referido estatuto internacional, não o desqualifica e nem o caracteriza como desumano ou antiético, por duas razões fundamentais: a) de um lado, porque teve, acima de tudo, o objetivo de evitar que, para os mesmos crimes, se cominasse a pena de morte; b) de outro lado, porque a prisão perpétua ficou circunscrita aos denominados crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e de agressão.

Por fim, considerando sua função humanizadora e pacificadora das relações internacionais, o **Tribunal Penal Internacional** é uma instituição que precisa e deve ser prestigiada, reconhecida e acatada por todos os países democráticos, inclusive pelo Brasil. No entanto, por ora, não passa de um sonho a acalantar, uma visão romântica da **Justiça universal**, posto que, nos termos em que se encontra, exigiria a reforma de dezenas de constituições de países democráticos, caracterizando **retrocessos** que negariam todas as conquistas **iluministas**. Assim, será mais fácil revisar o Estatuto de Roma do que pretender a revisão de tantas constituições espalhadas pelo mundo, permitindo, por exemplo, a adesão ao Tribunal Internacional com ressalvas.

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da **pena capital** e da **prisão perpétua**. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a **dignidade da pessoa humana** ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados³².

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a **dessocialização** dos condenados são corolários do **princípio de humanidade**, que não se compatibiliza com **penas perpétuas**. Segundo Zaffaroni, esse princípio determina (...) *a inconstitucionalidade*

*de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito*³³.

O **princípio de humanidade** – afirma Bustos Ramirez³⁴ – recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, posto que, se forem determinados coativamente, implicarão atentado contra a pessoa como ser social.

Concluindo, nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social.

Por outro lado, não estamos convencidos de que o Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade, seja instrumento eficiente para combater **a criminalidade moderna** e a **criminalidade internacional**. A insistência de governantes em utilizar o **Direito Penal** como panacéia de todos os males não resolverá a insegurança de que é tomada a população e o máximo que se conseguirá será **destruir** o Direito Penal, se forem eliminados seus princípios fundamentais. Por isso, a sugestão de Hassemer, de criação de um **Direito de Intervenção**, para o combate da criminalidade moderna, merece, no mínimo, uma profunda reflexão.

Finalmente, um sistema penal – pode-se afirmar – somente estará **justificado** quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior ao das violências constituídas pelas penas que cominar. É, enfim, indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados **indisponíveis**, afastados da livre disposição do Estado que, além de respeitá-los, deve garanti-los.

NOTAS

1 BOBBIO, 1992. p. 25.

2 RAMIREZ e MALARÉE *in*: BASES, 1982. p. 114.

- 3 CONDE, 1985. p. 40.
- 4 KERM, Fritz. *Derecho del rey...* p. 98.
- 5 FIGGIS, 1942. p. 20.
- 6 JESCHECK, 1993. p. 96.
- 7 RAMIREZ e MALARÉE *in: BASES*, 1982. p. 120.
- 8 RAMIREZ e MALARÉE *in: BASES*, 1982. p. 120.
- 9 ROXIN *in: PROBLEMAS*, 1976. p. 12.
- 10 JESCHECK, 1993. p. 96.
- 11 Projeto Alternativo Alemão de 1966.
- 12 KAUFMANN, 1977. p. 17 e ss.
- 13 GRAMATICA, 1961. p. 36.
- 14 VALDÉS, 1989.
- 15 FRAGOSO, 1980. p. 15.
- 16 FOUCAULT, 1983. p. 208 e 244.
- 17 ROXIN, 1973. p. 17.
- 18 ESPINAR *in: LIBRO*, 1982. p. 569.
- 19 BITENCOURT, 1993. p. 143.
- 20 MOLINA, 1988. p. 41.
- 21 BARATTA *in: LA QUESTIONE*, 1976. p. 237.

22 MOURULLO *in: POLÍTICA*, 1982. p. 334.

23 CONDE, 1985. p.121.

24 JESCHECK, 1993. p. 36.

25 ROXIN *in: DOCTRINA*, 1979. p. 515-516.

26 BITENCOURT, 1993. p. 247-248.

27 HASSEMER. 1993. p. 65.

28 FERRAJOLI, 1986. p.37.

29 HASSEMER. 1993. p.48.

30 HASSEMER. 1993. p.59 e 95: *Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e o desenvolvimento de um **Direito interventivo** correspondentemente “moderno” na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as lei do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal, sem problemas de imputação, sem pressupostos de culpabilidade, sem um processo metuculoso, mas, então, também, sem a imposição de penas criminais.*

31 BETTIOL, 1967.

32 SALDARRIAGA, 1993. p. 33. ESPINAR, 1990. p. 196.

33 ZAFFARONI, 1991. p. 139.

34 RAMIREZ, 1989. p. 386.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Sistema penale e marginazione sociale – per la critica dell'ideologia Del trattamento. In: *LA QUESTIONE criminale*. S.l.: s.e., 1976.

BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Coimbra : Coimbra, 1967.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. 352 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992. 217 p.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez : Fundación Universitaria de Jerez, 1985. 132 p.

ESPINAR, José Miguel Zulgaldía. Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad. In: *LIBRO homenaje a Antón Oneca*. Salamanca : Universidad de Salamanca, 1982.

———. *Fundamentos de Derecho Penal*. Granada : Universidad de Granada, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. *Revista Poder y Control*. n. 0. Barcelona, 1986.

FIGGIS, John Neville. *El derecho divino de los reyes y tres ensayos adicionales*. Versión española de Edmundo O'Gorman. México : Fondo de Cultura Económica, 1942. 326 p.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1983.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

GRAMATICA, Fillipo. *Principi di difesa sociale*. Pádua : s.e.,1961.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre : Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. 4 ed. corr. y ampl. Granada : Comares, 1993. 913 p. (Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica).

KAUFMANN, Hilde. *Princípios para la reforma de la ejecución penal*. Buenos Aires : Depalma, 1977.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos y. Régimen abierto y ejecución penal. *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madri, 1988. p. 41.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. Diretrizes político-criminales del Anteproyecto de Código Penal. In: *POLÍTICA criminal y reforma de Derecho penal*. Bogotá : Temis, 1982.

RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal*. 3 ed. Barcelona : Ariel, 1989.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 11/12, p. 7-20, jul./dez. 1973.

———. Sentido y limites de la culpabilidad. In: *PROBLEMAS básicos de Derecho Penal*. Tradução por Diego Manuel Luzón Peña. Madri : Padre Reus, 1976.

———. El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo. In: *DOCTRINA Penal*. Buenos Aires : s.e., 1979.

SALDARRIAGA, Victor Roberto Prado. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Lima: Alternativas, 1993.

VALDÉS, Carlos Garcia. *Derecho Penitenciario*. Madri : Ministerio de Justiça, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires : Ediar, 1991.

* Ex-Procurador de Justiça, Professor da PUC-RS, Advogado criminalista e Membro da Academia Brasileira de Ciências Criminais.

Disponível em:< <http://www.cjf.gov.br/revista/PainelIV-2.htm>> Acesso em.: 17 set. 2007.