

A EFICIÊNCIA DA PERSECUÇÃO PENAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Willian Lira de Souza*

SOUZA, W. L.; A eficiência da persecução penal e a dignidade da pessoa humana. Rev. de Ciên. Jur. e Soc. da Unipar, v. 8, n. 2, p. 153-165, jul./dez., 2005

RESUMO: O artigo analisa a eficiência do sistema penal sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. Partiu-se da necessidade de esclarecer a aparente contradição entre a persecução penal e os direitos individuais, em especial a dignidade. Primeiramente, expõe-se a crise institucional que desacredita o Estado como capaz de prover a segurança pública. Em seguida, trabalha-se com o papel do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico, em especial o brasileiro contemporâneo. No ponto subsequente, é trabalhada a noção de eficiência do sistema penal, partindo-se de uma visão econômica da administração dos meios disponíveis ao estado na prevenção e combate à criminalidade. Defende a proposição de que a real eficiência da persecução penal, operada por todos os agentes integrantes de seu sistema, somente atingirá seus fins se operar com o objetivo principal de garantir a dignidade da pessoa humana. Neste particular, garantir-se-ia a correta atuação do direito penal tanto em relação à comunidade, quanto ao agente delituoso.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade da pessoa humana; persecução penal; princípio da eficiência; constituição.

1. Introdução

O texto tem como objetivo visualizar a persecução penal sob o ponto de vista de dois paradigmas: a eficiência e a dignidade da pessoa humana. Aparentemente contraditórios, estes paradigmas constituem o grande dilema da sociedade contemporânea em relação à criminalidade. Isto porque na mesma medida que o século XX trouxe substancial avanço no reconhecimento e implementação realística daquilo que se conceituou como dignidade da pessoa humana, também gerou, pela expansão econômica, a difusão da criminalidade.

De um lado, promulgaram-se textos constitucionais e tratados internacionais reconhecendo e criando mecanismos de defesa da dignidade da pessoa humana. De outro, a busca por uma resposta eficiente do Estado frente às

*Mestrando em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR. Graduado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público – 1999/2000.

atividades delitivas autorizou uma gradativa invasão dos direitos personalíssimos em prol de um suposto bem geral comum.

Contudo, o trabalho, sem a pretensão de ser exaustivo, buscará demonstrar que a idéia de eficiência não necessita ser dissociada do reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa. Para tanto, primeiramente, retrata-se que o sistema estatal de combate ao crime é essencialmente retórico, despido de eficiência material. Em seguida, será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana, sob o prisma constitucional. Avante, tratar-se-a da adoção do conceito de eficiência em relação ao direito penal para, finalmente, lançar uma noção crítica de pena sob a ótica da eficiência.

2. A ineficiência do sistema penal

A extirpação da criminalidade é uma utopia. As condutas socialmente reprováveis estão presentes na sociedade humana desde suas mais rudimentares estruturas.

Entretanto, reconhecer o profundo enraizamento social da criminalidade não implica aceitá-la e abandonar a busca por sua minimização.

Nas sociedades mais rudimentares o reconhecimento de uma conduta alheia como criminoso e sua repressão eram executadas pela própria vítima. Com o aperfeiçoamento das relações sociais criou-se um núcleo de direção da comunidade. Este núcleo, que futuramente passaria a representar a figura do Estado, tomou para si a tarefa de julgar as condutas dos membros da comunidade e de reprimir aquelas identificadas como criminosas. Formaram-se, assim, as bases daquilo que hoje identificamos como jurisdição criminal.

Doutrinariamente afirma-se que a pena possui três funções: retributiva, preventiva geral e preventiva especial. A função retributiva consubstanciaria num típico ato de poder estatal que impõe ao delinqüente uma reprimenda com o fim único de reafirmar o exercício do poder. Do ponto de vista preventivo, afirma-se que a pena presta-se tanto a informar a sociedade das conseqüências de um ato delituoso, prevenção geral, quanto a convencer o agente concretamente punido a não mais delinqüir, prevenção especial.

Desde que o Estado proibiu a autocomposição criminal, inclusive afirmando-a como criminoso, e tomou para si a tarefa de identificar e aplicar medidas destinadas a minimizar as condutas delituosas, o método aplicado foi essencialmente retributivo. As penas eram, até poucos séculos atrás, aniquilatórias da vida ou da integridade física do agente tido como criminoso. Mesmo após o processo de humanização das penas, e a adoção do sistema privativo de liberdade como base na atuação punitiva estatal, verifica-se que o alcance social da jurisdição penal vai pouco, ou nada, além da retribuição.

Tal realidade implicou na ineficiência da jurisdição criminal no mundo como um todo, mas especialmente em países ocidentais subdesenvolvidos, em alcançar seu principal objetivo: minimizar as condutas especialmente lesivas a boa convivência social.

Pode-se constatar no Brasil que a jurisdição penal atua em uma parcela pouco significativa da criminalidade real e, quando atua, o faz de modo ineficaz. A ineficácia decorre da falta de estrutura do Poder Judiciário e das funções essenciais à justiça em desenvolver suas atividades com agilidade e capacidade investigativa. As investigações policiais e os processos criminais desenvolvem-se com lentidão e suas conclusões são distantes da realidade dos fatos.

Após encerrada a fase de conhecimento, a prestação jurisdicional ingressa em outro setor ainda mais deficiente, ou seja, a aplicação da pena. O sistema penal brasileiro, a exemplo dos demais países latino-americanos, é essencialmente privativo de liberdade. Buscou-se com o cárcere a realização do controle social e os tradicionais fins da pena: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

Contudo, na mesma esteira da fase de conhecimento, a atuação em pequena parcela da criminalidade real somada à inócua aplicação da pena privativa de liberdade em nada contribui para a formação de uma sociedade mais equilibrada e a minimização das condutas delituosas.

Tal ineficiência acaba por produzir duas conseqüências extremamente perniciosas. A primeira é a impunidade de grande parcela das condutas criminosas que não são identificadas ou, quando a são, não recebem a prestação jurisdicional de forma eficiente. A segunda é a excessiva e improdutiva atuação nas situações que, por um motivo ou outro, foram tidas como exemplo do exercício de poder. Diz-se excessiva, uma vez que a delonga do processo inquisitorial e judicial aliada à aplicação de uma pena ineficiente impõe a todos os interessados na atuação estatal, agentes e vítimas, um desgaste inócuo.

Com estas considerações verifica-se que no Brasil, como nos demais países latino-americanos, a jurisdição penal representa pura e simplesmente um exercício de poder estatal que não alcança nenhum resultado socialmente profícuo. O estado não consegue controlar a incidência da criminalidade, e quando atua dirige seus órgãos essencialmente a uma parcela da sociedade economicamente menos favorecida e, ainda, a privação de liberdade em estabelecimentos penitenciários precários não melhora a personalidade do criminoso.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana

Indiscutivelmente, a noção de dignidade contempla essencial conotação moral. Por isso, a conceituação que se pode atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana necessariamente conterà dois caracteres. O primeiro, será

construído com base no entendimento social da nação em que se pretende identificá-lo. No segundo, o conceito jurídico atribuído sempre será, ao menos relativamente, indeterminado. Quanto mais heterogênea a nação ou quanto mais globalizado for o foco de análise do princípio, mais indeterminado ele será. Por conceito indeterminado deve-se entender aquele cujo conteúdo e extensão são amplamente incertos (ENGLISH, 2003, p. 112).

Antes de se analisar o princípio da dignidade da pessoa humana sob o ponto de vista jurídico-constitucional, cumpre traçar uma noção filosófica da expressão dignidade. Tal preliminar é indispensável à correta compreensão do conteúdo jurídico do princípio em estudo uma vez que, conforme mencionado no parágrafo anterior, a noção de dignidade da pessoa contempla essencialmente um valor moral.

A noção de dignidade da pessoa foi concebida no desenvolvimento do pensamento filosófico ocidental. Historicamente, atribui-se à escola grega o princípio da construção filosófica valorativa do homem. Em seguida, o pensamento cristão criou importante raiz ao pregar a concepção do homem como imagem e semelhança de Deus. Corolário desta tese, surgiu a idéia de que todos os homens são considerados iguais. Indubitavelmente o expoente da filosofia cristã foi Tomás de Aquino.

Atribui-se a Kant a construção da idéia de dignidade na civilização ocidental tal como é contemporaneamente concebida. Sua tese foi exteriorizada como segunda fórmula do imperativo categórico: “age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio.”(ABAGNANO, 2000, p. 276)

A dignidade representa um valor intrínseco, e não relativo. A partir disso a dignidade não pode ser substituída por algo equivalente, como um preço. Ou seja, é um fim em si mesmo.

A primeira constituição brasileira a tratar da dignidade da pessoa humana como um princípio de fundamento da República e do Estado Democrático de Direito foi a de 1988. Somente nesta Carta buscou-se instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, de forma que a dignidade da pessoa humana não foi apenas reconhecida, mas também preservada e promovida juridicamente. Pode-se afirmar que “é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas” (ARAÚJO, 2000, p. 103).

Entabulou-se no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III- a dignidade da pessoa humana;...”

Analisando a Constituição portuguesa, Canotilho (2003, p. 112) lançou

a seguinte noção a respeito da dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional:

quando na constituição portuguesa se fala em respeito pela dignidade da pessoa humana não se trata de definir ou consagrar um *homo clausus*, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como centro do espírito, nem impor constitucionalmente uma imagem unitária e do mundo, nem ainda amarrar ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tomar claro que na dialética processo-homem e processo-realidade o exercício do poder e as medidas da práxis deve estar conscientes na identidade da pessoa com seus direitos (pessoais, políticos, sociais e econômicos), a sua dimensão existencial e sua função social.

A dignidade constitui qualidade inerente de cada pessoa humana e a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhes o direito de acesso a condições existenciais mínimas (SARLET, 2003, p. 120). Mas esta pode ser considerada apenas a vertente receptiva do princípio. A dignidade da pessoa humana implica, também, uma faceta positiva aos seus destinatários. Assim, a pessoa passa a ser responsável pela preservação e promoção da dignidade de toda a comunidade onde vive e, não é exagerado defender em uma sociedade globalizada, de modo geral de todo o mundo. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas uma garantia da pessoa em face do Estado. É, também, um direito exigível dos demais habitantes e uma obrigação própria em benefício alheio.

Enfim, cumpre analisar o papel do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema constitucional e infra-constitucional.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a pretensão constitucional de tomá-lo como parâmetro objetivo de harmonização dos diversos, e não sempre harmônicos, princípios e regras constitucionais. Sendo tratado como fundamento, o princípio em estudo deve ser tomado como premissa para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico.

Segundo a doutrina de Belinati Martins (2003, p. 124), “a unidade axiológica-normativa do sistema constitucional deve ser aferida, essencialmente, a partir da tábua axiológica, em cujo cerne se encontra a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, enquanto suas concreções históricas.” De certa forma, todos os demais direitos e garantias fundamentais de uma constituição possuiu sua gênese na dignidade da pessoa humana. O constitucionalista português Jorge Miranda (2000, p. 181) ressalta que,

Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em

instituições, remontam também à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas.

Assim, é possível determinar que a dignidade da pessoa humana, encarada como princípio constitucional fundamento da República Federativa do Brasil, deve ser o foco do jurista – legislador, intérprete, judiciário, doutrinador, etc. O professor Luiz Alberto David Araújo (2000, p. 104) vai além, sustentando que o princípio em tela “deverá servir de farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais”.

Neste contexto, a atuação do Estado enquanto órgão encarregado de zelar pela manutenção da paz pública, através da persecução penal, também deve ter como objetivo principal a preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, que se materializará tanto no resguardo das potenciais vítimas da criminalidade que obviamente têm o direito de não serem atingidas por condutas alheias, como também no ponderado e eficiente combate aos agentes delituosos.

É exatamente na ponderação entre a proteção social e o direito individual que o princípio da dignidade da pessoa humana exercerá o papel de nortear a atividade do Estado. Para tanto, conforme avaliar-se-a nos capítulos seguintes, o respeito ao princípio fundamental se efetivará com a busca da eficiência do sistema penal na medida em que ela interfira na sociedade de maneira salutar, representando uma real vantagem em relação ao crime.

4. A eficiência do sistema penal

Adotando-se uma visão de origem Kantiana, o direito penal, como todo o ordenamento jurídico, teria uma configuração fechada e apriorística. Com esta perspectiva, ficariam excluídas do sistema jurídico-penal quaisquer considerações a respeito de eficiência social. Embora Kant tenha lançado as bases da filosofia apriorística, o maior expoente desta visão perante o direito foi Kelsen, que difundiu a Teoria Pura do Direito através de sua obra homônima.

Esta visão consagrou-se em basicamente todos os sistemas jurídicos positivos ocidentais. Contudo, a evolução social e o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social demandaram uma construção jurídica-filosófica mais compromissada com a interação entre a realidade social e sistema jurídico.

Com base nesta perspectiva realística, surgiu a visão “utilitarista” do direito, fundamentada nas análises econômicas de custo/benefício na elaboração de políticas jurídicas. Na seara penal, Bentham, Beccaria e Feuerbach sustentavam suas teses com fundamento em uma visão conseqüencialista da atuação do Direito Penal.

O primeiro passo para se determinar a noção de eficiência do sistema penal é delinear o conteúdo deste sistema. A eficiência deve abarcar todo o

arcabouço de atuação do Estado em relação aos fatos tidos como delituosos. Assim, estariam inseridos no sistema penal o ordenamento jurídico – incluindo aí a Constituição Federal; as instituições policiais, judiciais e penitenciárias; o processo penal; a comunidade. A noção de eficiência envolveria uma sintonia entre todos os elementos envolvidos no fato criminoso, desde sua prevenção até a punição.

O crime é um ato socialmente impertinente. Isto porque, na lição de Jesús-Maria Silva Sanchez (2004, p. 09), “suas conseqüências, isto é, o dano que esse ato indesejável acarreta, é superior aos benefícios sociais que, também, caberia esperar que uma determinada conduta trouxesse.” Adotando-se uma noção econômica do delito, os agentes criminosos são sujeitos racionais que ponderam, no momento do planejamento da ação, os “custos” e “vantagens” que o delito lhe acarretará. Como elemento custo ele coteja a possibilidade de ser submetido à persecução penal e ao cumprimento da pena.

A posição do Estado em relação a esta análise realizada pelo agente foi historicamente a de aumentar os “custos”. Para tanto, o principal instrumento sempre foi o recrudescimento das penas cominadas.

Desde já é oportuno criticar este posicionamento. Seguindo a linha de pensamento de Hassemer, citado por Silva Sánchez (2004, p. 17):

Como demonstram sobretudo as pesquisas sobre o efeito intimidatório da pena de morte (atualmente abolida), o delinqüente normalmente não se motiva pensando na possibilidade de sofrer esta pena (ameaça de punição), mas movido pela idéia de quais são as possibilidades de não ser descoberto.

Mas a visão mais moderna da criminalidade insere na análise de custo/benefício do delito um novo fator: a ampliação das vantagens em não se cometer o crime. Assim, o sistema penal passaria a atuar não apenas no desestímulo à conduta socialmente prejudicial, mas, também, geraria um estímulo às condutas socialmente vantajosas. A redução do desemprego seria uma prioridade.

Neste aspecto, é possível nitidamente verificar a reformulação da teoria do delito tendo como objetivo a preservação e, principalmente, a promoção da dignidade da pessoa humana. O sistema penal reduziria sua atuação em relação às medidas que visariam desestimular o crime – como a violência policial e a crueldade das penas – e envidaria maiores esforços, e gastos, com a promoção das condutas socialmente salutares.

Neste contexto insere-se a análise da aplicação da pena como elemento ressocializador do agente. Basta uma reflexão mais aprofundada para se concluir que a modificação de uma filosofia de vida da pessoa não cabe ao Judiciário, como aplicador do direito, mas aos órgãos tecnicamente capazes pertencentes aos quadros do Poder Executivo. Mesmo assim, “ele só entra em jogo, porém, se

o agente se revelar *carente de socialização*. Se uma tal carência não se verificar tudo se resumirá, em termos de prevenção especial, em conferir à pena uma função de suficiente *advertência*.”(DIAS, 1999, p. 133)

A partir de uma análise superficial, seria cogitável o lançamento de críticas a proposição acima formulada alegando-se duas falhas: utopia e incompetência funcional do direito penal para “estimular” condutas positivas.

Não obstante as críticas que possam ser formuladas, o objetivo da adoção da idéia de eficiência do sistema penal implica na ruptura com os dogmáticos da teoria do delito. O enfoque principal deixa de ser a conduta delituosa e passa a ser o custo social do delito.

Em relação à utopia, não é impertinente lembrar a doutrina de Boaventura de Souza Santos (2001, p. 32): “vivemos hoje numa sociedade paradoxal. A afirmação discursiva dos valores é tanto mais necessária quanto mais as práticas sociais dominantes tornam impossível a realização desses valores”.

Já se narrou anteriormente que todo o delito intrinsecamente gera um dano social. O sistema penal atua como uma resposta – repressiva, preventiva geral e preventiva especial – em relação ao agente causador do dano. Todavia o enfoque na conduta criminosa fez o Estado não visualizar o custo social de sua própria atuação, na medida em que a prevenção e a repressão à criminalidade também geram um impacto social negativo.

Nos dizeres de Seidman, citado por Silva Sanchez (2004, p. 20),

se atuamos em virtude de uma racionalidade estritamente utilitarista parece que devemos ter o volume de delito que queremos, posto que realmente podemos tê-lo, sabendo – como sabemos – que podemos dedicar à prevenção quantos recursos queiramos contanto que seu custo marginal seja inferior ao custo marginal do delito.

Neste contexto, não é difícil constatar que a verdadeira atuação do sistema penal se dá pelo seu poder configurador, ou positivo (ZAFFARONI, 2001, p. 25). Ocorre, pela violência das instituições públicas, verdadeiro disciplinarismo dos estamentos hipossuficientes da sociedade. O Poder Judiciário, que deveria ser o verdadeiro controlador da atuação do Estado frente à sociedade, age em uma gama infinitamente restrita das situações reais e, quando age, atua com base em premissas (instrução processual) não raramente eivadas de vícios na própria origem. No cotidiano, o sistema penal é exercido por instituições públicas (como a polícia) ou privadas (como empresas de segurança e organizações criminosas) deslegitimadas. Diz-se deslegitimadas, pois, sob um ponto de vista constitucional, somente o Poder Judiciário tem legitimidade para atuar perante os direitos individuais.

5. A pena sob a ótica da eficiência penal

Sob um ponto de vista dogmático, a pena é conceituada como “perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime”(FRAGOSO, 1995, p. 279) ou, como ressalta Soler, citado por Frederico Marques (2002, p. 110), “Sanção afliativa imposta pelo Estado, através de processo, ao autor de um delito, como retribuição de seu ato ilícito e para evitar novos delitos.”

A noção de pena porta em si a idéia de sofrimento, caráter afliativo. Uma pena não afliativa é uma verdadeira contradição em termos, como lembrava Antolisei (MARQUES, 2002, p. 110). Isto não significa, entretanto, que aos delinquentes devam ser impostas medidas iníquas e sofrimentos cruéis.

O sistema punitivo do estado destina-se a defesa social. Segundo a teoria absoluta, a pena é exigência de justiça: quem pratica um mal deve sofrer um mal, conforme a filosofia de Kant, citado por Fragoso (1995, p. 279). Para as teorias realistas, a pena possui uma concepção utilitária e, assim, destina-se à prevenção geral ou especial. A prevenção geral é a intimidação de potenciais infratores. Já a prevenção especial recai sobre o autor do crime, para que não volte a delinquir. As teorias unitárias, atuais, combinam as duas primeiras e imputam à pena tanto um caráter retributivo quanto o fim de prevenção especial e geral.

No estado contemporâneo brasileiro as penas são de três espécies: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multas.

Abandonando a visão estritamente dogmática, pode-se afirmar que a PENA é verdadeiramente “manifestação de poder” (ZAFFARONI, 2001, p. 16).

As idéias dogmáticas de pena passam atualmente por profundas reflexões em razão da visualização social da dissonância entre seus fins e seus resultados. Por isso, afirma-se que as penas são, como conceitua Zaffaroni (2001), “perdidas”, ou seja, despidas de racionalidade.

Desde o iluminismo buscou-se a humanização das penas, adequando-as às estritas necessidades sociais. Contudo, já naquela época se constatou que a maior dificuldade em adequar o sistema penal ao discurso penalista era a conjuntura estatal. Assim, defendia-se – e ainda se defende – que as deficiências da aplicação da pena decorriam da situação evolutiva do Estado que, naquele momento, não poderia implementar a teoria, mas que, em breve, poderia fazê-la. Em razão dessa promessa sempre se manteve um sistema penal que, em um Estado ideal, poderia ser aplicado de forma também ideal. Contudo, séculos transcorreram e atualmente é possível afirmar que não existe situação transitória ou conjuntural. É uma falácia aplicar um sistema penal que demanda de um Estado ainda inexistente. Assim, o sistema penal deve ser implementado segundo uma realidade contemporânea e, conforme a evolução e disponibilidade estrutural do Estado, comportar modificações. Do contrário, adota-se um “dever-ser” que

ainda não “é” e nem se sabe se um dia “virá a ser” (ZAFFARONI, 2001, p. 19).

Talvez a primeira manifestação de crítica ao dogmatismo do sistema penal foi lançada por Cesare Beccaria, com a edição de seu manifesto “Dos Delitos e das Penas”, publicado em 1764. Esta obra foi a primeira publicação a traduzir as idéias humanitárias do iluminismo francês ao sistema penal vigente na época. A primeira grande contribuição de Beccaria (1999, p. 27) foi definir a pena como um “motivo sensível” para que um indivíduo possa cotejar e contrabalançar as impressões parciais que se opõem ao bem universal. Por isso, ao invés de contestar a utilidade da pena, atribuiu-lhe um sentido psicológico preventivo em relação a cada indivíduo. A partir disso, construiu-se a teoria focalizando estritamente a adoção da pena nos estritos limites de sua utilidade como motivo sensível.

Beccaria pregava que a imposição de penas deslegitimadas funcionava como inibidor dos homens e os transformava em rebanho da autoridade que detinha o poder sobre a jurisdição. Mas o cerne da teoria reside na idéia de proporcionalidade entre o delito e a pena. A justificativa para tal tese – que naquela época era tida como absurda – é que “se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem” (BECCARIA, 1999, p. 39). Com essa visão, pretendia-se selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las de forma que, conservadas as proporções, causassem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.

Cumpram ainda mencionar que Beccaria lançou bases sobre a utilidade do Processo Penal. Dizia que quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil. Assim, buscou retirar da crueldade das penas a capacidade intimidadora social e passa a focá-la na infalibilidade. Afirmou que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade.” (BECCARIA, 1999, p. 87) Aliás, a própria crueldade da pena faz com que o ser humano aja de modo mais audaz e ainda venha a cometer outros crimes para ocultar o primeiro ou escapar da pena (crimes de impunidade).

A respeito da excessividade da pena, uma das mais brilhantes exposições é atribuível a Carrara (2002, p. 98), ainda sob a égide do direito vigente no século XIX:

(a pena) não deve ultrapassar a proporção com o mal do delito. Todo sofrimento irrogado ao culpado além do princípio da pena, que é o de dar ao preceito uma sanção proporcionada à sua importância jurídica, e além da necessidade de defesa, que é a de elidir a força moral objetiva do delito, é um abuso de força, é uma ilegítima crueldade. A excessividade da pena é viciosa também sob o aspecto político, quer pela influência que exerce sobre os costumes, que porque excita a antipatia pública, ou pelas danosíssimas conseqüências desta. A lei é

dificilmente obedecida quando na tem por si a simpatia das consciências. A piedade opera o fenômeno da união dos bons aos maus, a fim de iludir a Justiça, cuja autoridade fica minada.

Atualmente, a doutrina humanista volta-se contra as imperfeições e atrocidades da pena privativa de liberdade. A pena de morte é exceção e a é tortura considerada crime na grande maioria das nações. O problema central reside na eficácia do sistema criminal e na utilidade da prisão.

O único fundamento ético, atualmente admissível da pena privativa de liberdade é a segregação de um indivíduo socialmente perigoso. A prisão presta-se exclusivamente a manter afastado do convívio social, durante certo tempo, uma pessoa que é considerada, com base em critérios ainda falhos, como tendente a cometer outros crimes. Tudo o mais é retórico.

Se na idade média a prisão destinava-se apenas à custódia dos acusados e sua adoção como pena representava um grande avanço humanitário, atualmente a sua ineficácia social torna-a verdadeira imposição de castigo sem utilidade racional.

Nesta perspectiva, a pena gera um dano social maior que o próprio crime, tornando-se realisticamente ineficiente.

6. Conclusão

A função do Estado, responsável pela prevenção e repressão da criminalidade, historicamente teve como foco a conduta socialmente prejudicial. A figura do autor como pessoa e o impacto social da própria atuação do Estado sempre foram relegados a segundo plano.

Todavia, a partir do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Contemporâneo, o sistema penal imergiu em profunda crise de legitimidade. A necessidade de responder à crescente criminalidade não conseguia se operacionalizar sem desrespeitar à dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi reconhecida na Constituição Federal de 1988 como princípio de fundamento da República Federativa, artigo 1º, inciso III. Com esta normatividade, a dignidade da pessoa humana deve ser tomada pelo aplicador do direito como elemento de unidade axiológica da Constituição Federal e como fundamento hermenêutico de todo o sistema jurídico. Outrossim, a pessoa é o foco de atuação do Estado e da própria coletividade, restando a preservação e promoção da sua dignidade como objetivos fundamentais da nação.

Nesta perspectiva, o sistema penal, entendido como um conjunto de elementos normativos e institucionais, também deve inserir a dignidade da pessoa humana como cerne de sua atuação. Para tanto, faz-se imprescindível

o amadurecimento da noção econômica de eficiência em sua seara. A eficiência implica na atuação do Estado e da própria comunidade em prol da preservação da dignidade da pessoa humana, incluindo-se tanto o criminoso quanto as vítimas – reais ou potenciais.

O primeiro paradigma para o aperfeiçoamento da eficiência do sistema penal é assegurar que sua atuação não será socialmente mais lesiva que o próprio delito. Se o crime é uma conduta socialmente reprovável, obviamente que a atuação do Estado e da própria comunidade com o fim de prevenir ou reprimir os delitos não pode ser ainda mais danosa.

O segundo elemento de eficiência é a legitimação de toda atuação do sistema penal. Esta legitimação somente pode advir da real interferência do poder judiciário. Para tanto, o ordenamento jurídico deve restringir a tipicidade aquilo que é viável ao Poder Judiciário solucionar.

Por fim, a pena também deve sofrer profunda reformulação. Ao se constatar-se que a pena constitui castigo despido de qualquer utilidade social é inegável a conclusão de que ela é “perdida”, ou seja, carente de legitimidade. Não é a gravidade da pena que interfere no cotejo de custos e benefícios do agente criminal. E sim a probabilidade de ser punido que o desestimula. Outrossim, a função preventiva pode ser realizada não só pelo desestímulo de condutas criminosas, como também pelo estímulo de condutas salutares.

Finalmente, a eficiência do sistema penal, sob um prisma realístico-valorativo, se apresenta como único meio de atuação frente à criminalidade respeitando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Referências

- ARAÚJO, L. A. D. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- CARRARA, F. **Programa do curso de direito penal**. Campinas: LZN, 2002. v. 2.
- DIAS, J. de F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.
- DIGNIDADE. In: ABAGGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MARQUES, J. F. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millenium, 2002.
- MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Portugal: Coimbra, 2000. t. 4.
- SÁNCHEZ, J. M. S. **Eficiência e direito penal: coleção de estudos de direito penal**. Barueri: Manole,

2004. v. 11.

SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

ZAFFARONI, E. R.. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

THE EFFICIENCY OF THE CRIMINAL PERSECUTION AND THE HUMAN BEING DIGNITY

ABSTRACT: The article analyzes the efficiency of the criminal system under the principle of the human being dignity. It came from the necessity of clear up the apparent contradiction between the criminal persecution and the individual rights, specially the dignity. First, it exposes the institutional crisis that disables the State to promote the public security. Second, it works with the principle role of the human dignity in the juridical set of rules, specially the actual Brazilian ones. Further, it works with the notion of the criminal system efficiency, from an economical view of the available means administration to the State in the prevention and fight against criminality. It defends the proposition that the real efficiency of the criminal persecution, operated by all the system agents, will only accomplish its targets if it operates with the main objective of guaranteeing the human being dignity. Specially in this one, it would guarantee the correct action of the criminal law as related to the community as well as the criminal agent.

KEY WORDS: human being dignity; criminal persecution; efficiency principle; Constitution

Artigo recebido para publicação: 15/04/2005

Received for publication on April 15 2005

Artigo aceito para publicação em: 23/12/2005

Accepted for publication on December 23 2005