

DADOS DO AUTOR:

Francisco Geraldo Matos Santos
Monitor de Direito Penal II na Universidade da Amazônia (UNAMA)
Acadêmico do 6º período do curso de Direito – UNAMA
E-mail: fgeraldomatos@hotmail.com

O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: da normatividade à efetividade da legislação penal constitucional no cenário brasileiro.

RESUMO:

Democracia e Direito são duas palavras que expressam toda a ordem jurídica brasileira e que, portanto, devem ser conhecidas não somente pelos profissionais da área, mas também, por todos os acadêmicos que escolheram a ciência jurídica para o preenchimento de seu tempo futuro. Falar nessas duas palavras na ordem jurídica remete ao leitor a concepção do que vem a ser o Brasil, enquanto um Estado Democrático de Direito. Pois bem, esse artigo envolve uma discussão acerca desse Estado e a relação que o Direito Penal e o Constitucional, como ramos do Direito Público, apresentam entre si, com o objetivo de entender em que situação (se apenas normativa ou, também, efetiva) a legislação brasileira penal, de modo geral, está diante do texto constitucional. A presente pesquisa tem como metodologia o aporte teórico existente, verificando as noções da temática, de forma a se caracterizar como bibliográfica. Com essa discussão, identificou-se a distância existente entre a normatividade e efetividade da legislação penal no cenário brasileiro no tocante ao texto constitucional, implicando num estudo sistemático acerca de algumas noções da teoria do direito penal.

Palavras chave: norma superior; validade; vigência; inefetividade;

RESUMEN:

Democracia y Derecho son dos palabras que resumen el ordenamiento jurídico brasileño y, por lo tanto, debe ser conocido no sólo para los profesionales sino también para todos los estudiosos que optaron por la ciencia jurídica para llenar su tiempo futuro. Hable esas dos palabras en la ley remite al lector al concepto de venir a Brasil, mientras que un estado democrático. Bueno, este artículo implica una discusión acerca de este estado y la relación que el Derecho Constitucional y Penal, como ramas del derecho público, tienen entre sí, con el fin de entender lo que la situación (aunque sólo sea normativa o también eficaz) Legislación penal brasileña, en general, es antes de que el texto constitucional. Esta investigación es la metodología teórica que existe la comprobación de los conceptos de la materia, con el fin de ser caracterizado como la literatura. Con este análisis, se identificó la brecha entre la normatividad y la eficacia del derecho penal en el escenario brasileño con respecto al texto constitucional, lo que implica un estudio sistemático sobre algunos conceptos de la teoría del derecho penal.

Palabras clave: alto estándar, validez, eficacia, ineficacia;

1. INTRODUÇÃO

A estrutura normativa do cenário brasileiro no que tange à ciência penal, caracteriza-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, que após a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, se tornou o princípio vetor de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que afetou, inclusive, a totalidade de normas infraconstitucionais.

O texto constitucional, em sua íntegra, tem força cogente a todos os dispositivos legais no território brasileiro. Nesse documento, ao primar pela dignidade da pessoa humana, o constituinte originário, analisando a “mens legis”, apresenta o Brasil, como sendo um Estado Democrático de Direito. Ao ponderar sobre esse Estado, o legislador, de forma vinculante,

afetou todas as normas que antes da promulgação do texto constitucional vigente, já existiam, com efeito “ex tunc”.

O Código Penal Brasileiro é datado de 1941, e logo, anterior ao Estado Democrático de Direito. Ocorre que, em função da teoria da recepção, todas as normas infraconstitucionais elaboradas antes do advento da nova constituição, caso não dispusesse em contrário a esse texto superior, seriam recepcionadas pela mesma, auferindo, em algumas hipóteses, inclusive, uma nova concepção humanística.¹

O Direito Penal, após 1988, deveria se configurar como sendo, também, uma subárea do ordenamento jurídico que tivesse como característica a democracia jurídica, sendo assim, passaria a ser um Direito Penal Democrático. Esse Direito “teria”, como já mencionado, fundamento em todo o texto constitucional e, em especial, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que a expressão utilizada foi a de “teria” fundamento. E esse verbo, com conjugação no indicativo condicional, apresenta, em síntese uma abrangência hipotética de alto grau, razão pela qual, se torna o objetivo desse texto: identificar se o mesmo texto constitucional que apresenta a implementação do Brasil, um país Democrático de Direito, quando analisado ao Código Penal, está sendo realmente efetivo, ou apenas, normativo.

O presente artigo se funda numa pesquisa meramente bibliográfica, onde foi possível compreender os principais aspectos do Direito Penal face ao Estado Democrático de Direito. Essa pesquisa, se caracteriza pela utilização de materiais já elaborados e publicados pela doutrina, que, no texto em questão, foi bastante diversificadas das ciências sociais, em especial, da ciência jurídica. Dentre os autores consultados para a elaboração do presente texto, se encontra Luigi Ferrajoli, Fernando Capez, Nazaré Ferreira, Zaffaroni e Pierangeli, Ingo Sarlet, dentre outros renomados juristas.

Para essa discussão foram necessárias, além desse breve introdutório, três seções mais as considerações finais.

Na próxima seção, o intento é discorrer sobre o que vem a ser o Estado Democrático de Direito, em comparação ao Estado Formal de Direito, que, ao nosso ver, nada de difícil tem em entender essa distinção, todavia, no cotidiano acadêmico, poucos são os graduandos que conseguem diferenciar esses dois institutos caracterizadores de Estados.

¹ Cf. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Em sequência, o objetivo é compreender como o Estado Democrático de Direito Brasileiro está fundamentado no texto constitucional. E de que forma, essa fundamentação interfere na ciência penal, de modo a iniciar o entendimento do que realmente, o direito penal deveria se embasar.

A terceira seção desse artigo, de forma polêmica, abordará a crise do Estado Legalista, que na visão contemporânea é um marco histórico do avanço jurídico. Nessa seção o leitor irá compreender que entre a normatividade do texto penal e a sua real efetividade existe uma longa distância que, na verdade, afeta todo o caráter do Direito Penal Democrático, tão protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

E por fim, as considerações finais, que tecerão os resultados da pesquisa, bem como, suas discussões inerentes.

2. NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO X ESTADO DE DIREITO

O mundo é dividido em continentes, segundo a geografia física. Assim, tem-se, a África, a Europa, a Oceania, América e Antártida. Cada continente possui características próprias, sejam elas, físicas, sociais ou culturais, mas existem. Agora, o que torna todos os continentes parecidos é a presença de subdivisões em países, isto é, a América, é subdividida em várias nações, dentre eles, o Brasil e os Estados Unidos, da mesma forma que a Oceania, a Europa etc.. Isso é o mundo.

Vivemos em um mundo globalizado. Chegaríamos até a afirmar que totalmente incluído, mas não é o que ocorre, segundo vários doutrinadores, dentre eles, o grandioso Milton Santos, referência da ciência geográfica.²

O que pretendemos relacionar com essa conjuntura geográfica, é a estrutura mundial em países, isto é, essa necessidade que o homem tem de, em função da extensão territorial mundial, dividir as regiões em continentes, em países, em estados membros, em municípios.

O grande diferencial hoje encontrado pela população é que estamos na “era da democracia”. Muitas pessoas escutam isso corriqueiramente, outras não, mas, indubitavelmente irão escutar, basta o tempo decorrer. Isso é consequência de lutas incessantes pelos nossos antepassados. A história nos mostra essa realidade triste e cruel.

² Cf. SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. São Paulo: Editora Record, 2000.

O que torna crítico é compreender que o acadêmico do curso de direito, de modo geral, ainda não consegue diferenciar o Estado de Direito do Estado Democrático de Direito. Isso é mais uma tragédia no mundo acadêmico. Porque ao fazer essa interrogação diferencial, poucos serão aqueles que conseguirão diferenciar.

Pois bem.

A primeira informação que devemos pontuar, é que o Estado Democrático de Direito é decorrente do Estado de Direito. Muitos irão apenas colocar Estado Formal de Direito como sinônimo de Estado de Direito, e ao nosso entendimento, ambas seriam expressões adequadas.

A questão gira em torno de nações extremamente subordinadas aos ditames do monarca. Vivíamos sob a égide de um absolutismo intenso, em que apenas as informações proferidas pelo rei eram as aceitas pela sociedade. Se o monarca dissesse que um súdito deveria ser morto, não caberiam indagações, tampouco, recusas, apenas, ações em função do óbito do súdito. Esse era o Estado que muitos anos perdurou com os abusos e mimos do monarca.

Diante desse cenário, começou a surgir tubulações com o intuito de limitar o poder monárquico. E é nessa conjuntura que surgem as ideias que vem combater o arbítrio do absolutismo monárquico. Desta feita, surge o Estado Formal de Direito.

Capez (2006) pondera que o Estado de Direito ou também nominado de Estado Formal de Direito assegura a igualdade meramente formal entre os homens. Tendo como características a submissão de todos ao império da lei, a divisão formal das funções derivadas do poder, entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, como uma forma de evitar a concentração da força e combater o arbítrio. Havia o estabelecimento formal de garantias individuais, em que o povo passou a ser a origem formal de todo e qualquer poder, além da igualdade de todos perante a lei, na medida em que estavam submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais.

O Estado Formal de Direito, como a expressão já designa, dota-se de uma formalidade exacerbada em apenas instituir o que é lei, e por isso, o que deve ser seguido por todos aqueles que estão sob o seu império. É como se o crime de homicídio já fosse considerado delito e, o simples fato de alguém tirar a vida de outrem, já se configurava como crime, não apresentando a necessidade de análise do caso concreto, porque a lei já dispunha sobre o assunto, não restando nenhuma atividade interpretativa e dialética com o caso concreto. Bastava a subsunção do caso concreto ao enunciado normativo.

Esse intuito era gerenciado na hipótese de que se colocasse legislações esparsas e com permissão à hermenêutica, certamente haveria uma inversão do ônus de julgamento, que passaria do monarca para os operadores do Direito. Só que na verdade, passou apenas do rei para o legislador, que deteve total soberania ao implemento das leis que conviesse aos seus próprios interesses.

Nesse sentido, Capez (2006, p. 5) afirma que pela concepção:

[...] jurídico-positivista do liberalismo burguês, ungida da necessidade de normas objetivas e inflexíveis, como único mecanismo para conter o arbítrio do Absolutismo monárquico, considerava-se direito apenas aquilo que se encontrava formalmente disposto no ordenamento legal, sendo desnecessário qualquer juízo de valor acerca de seu conteúdo. A busca da igualdade se contentava com a generalidade e impessoalidade da norma, que garante a todos um tratamento igualitário, ainda que a sociedade seja totalmente injusta e desigual.

É certo que a instauração de um Estado de Direito logicamente já se tornava um avanço social. O interesse maior era retirar do monarca a autonomia de decidir sobre tudo, e isso foi alcançado. Agora o que não se esperava era essa substituição de autonomia. E é por isso, que o Estado Formal de Direito ainda se tornava a mercê de mudanças. O autor acima citado, Capez (2006), chega até a afirmar que a igualdade formal, por si só, com o tempo, acabou se tornando uma garantia inócua.

De forma exemplificativa, Capez (2006, p. 5) elucida o seguinte:

Em outras palavras: no Estado Formal de Direito, todos são iguais porque a lei é igual para todos e nada mais. No plano concreto e social não existe intervenção efetiva do Poder Público, pois este já fez a sua parte ao assegurar a todos as mesmas chances, do ponto de vista do aparato legal. De resto, é cada um por si.

O que devemos entender é que embora se mostrando um avanço social para o Estado, a formalidade do Direito ainda não preenchia os anseios sociais como assim deveria ser. Isso se verifica na medida em que a justiça social, como aquela oriunda do fornecimento a cada um o que lhe é devido, ainda não vinha sendo alcançada.

É como assim expressa o ensinamento de Eduardo Couture (1979) de que o nosso dever é lutar pelo Direito, mas se um dia, nos depararmos com este conflitando com a justiça, devemos defendê-la. A justiça é um valor supremo que está no topo de qualquer ordenamento jurídico. Repetimos, acima da Constituição – que se trata de um texto que define os direitos fundamentais do homem e regulamenta a estrutura organizacional do Estado – está a justiça.

Todo Estado deve lutar pela justiça. Diríamos que a finalidade é esta, e o meio, é o Direito.

E partindo dessa concepção finalista, ainda no Estado Formal de Direito, se verificava a sua destreza, na medida em que esse Estado apenas submetia ao império da lei todos os homens, ficando a mercê o conteúdo material das normas. E nessas circunstâncias, pode-se ponderar que as leis, embora formalmente jurídicas, eram/são materialmente injustas quanto ao seu conteúdo.

Nesse diapasão, o legislador constitucionalista brasileiro, utilizando de sua extrema cognição acerca da finalidade do Estado, entendeu que o Brasil está acima do Estado de Direito, isto é, baseia-se no Estado Democrático de Direito. E essa concepção vem exatamente na esportiva ponderação de que a lei não cria o direito, não cria o crime, não cria situações inexistentes, e sim, reconhece o fato social relevante para a ciência normativa. Nota-se, enquanto o Estado de Direito tinha a errônea fundamentação de que a lei criava o Direito e, pronto, não se discutia, o Estado Democrático de Direito defende que acima do Direito estão os valores sociais; e é sobre esses valores, que se funda essa ciência, ou seja, são os axiomas decorrentes de uma sociedade passível de fatos que na sua concretude se tornam a tópica a ser seguida pela justiça.

Ora, se a lei não cria o crime, já que ela apenas reconhece que determinada situação hipotética possa trazer perigo a um bem jurídico, considerado relevante, entende-se que matar alguém é crime, já que consta no art. 121 (caput) do CPB. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que essa prática viola o maior bem jurídico humano, isto é, a vida. E para que o legislador chegasse a essa conclusão, ele verificou que a sociedade precisava desse dispositivo normativo para regulamentar ou proteger (embora não acredite na função protetora do bem jurídico relevante do Direito Penal, uma vez que essa ciência se funda numa função educativa) o bem jurídico relevante.

Isso nos leva a crer que as leis possuem conteúdo, que Ferrajoli chama de validade, e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade, ou seja, sem validade, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos decorrentes da dignidade da pessoa humana (CAPEZ, 2006).

O Estado Democrático de Direito apresenta como essência a presença de três princípios: legalidade (formal + material), separação funcional dos poderes e dignidade da pessoa humana – que serão analisados na próxima seção do presente artigo -.

Diríamos que o principal seria a dignidade da pessoa humana, ainda mais quando falamos de um Direito Penal Democrático, cuja função, além do mais, seria a de estipular os infinitos princípios existentes na ciência penal.

Segundo Capez (2006) o Estado Democrático de Direito parte do princípio da dignidade humana, cujo intento é orientar toda a formação do Direito Penal. E chega a corroborar que toda adequação típica, ausente a validade material, será manifestamente inconstitucional, visto que atenta ao próprio fundamento da existência de nosso Estado.

Desta feita, entendemos que o Estado Democrático de Direito, diferentemente do Estado Formal do Direito, tem como premissa básica, inclusive, a interpretação normativa. Não estamos num Direito dotado de arcaísmo. O Direito é inovador, embora histórico. É multifocal, embora de uma família romano germânica. O Direito é a ciência que estuda o próprio direito. E é por isso que nos interessamos por essa ciência, que nada mais é do que uma subárea das ciências humanas, de modo geral.

O novo Direito exige uma atividade do operador do Direito que não era admissível outrora, estamos falando da interpretação. É necessário que o jurista compreenda todas as formas de se interpretar um texto e sempre, no caso brasileiro, está atento à realização dessa atividade de forma a não contrariar o texto constitucional, uma vez que se está diante de um Direito, cujo interesse constitucional é superior a todo ordenamento.

E desta feita, se analisará o embasamento desse Estado Democrático de Direito, o qual o Brasil tem como característica.

3. EMBASAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Brasil é uma República Federativa, que tem como a principal característica o seguimento de um Estado Democrático de Direito, como assim está expresso logo no art. 1º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [grifo nosso]

Ora, se assim está previsto na Constituição, não cabe mais delongas ao assunto, pois o Constituinte Originário já proveu, e se assim o fez, indubitavelmente realizou estudos para tal afirmativa. Acontece que esse sistema, Democracia e Direito, não é tão simples, como muitos querem apresentar. E isso se verifica, na medida em que muitos operadores do Direito, se quer, consegue diferenciar os institutos, Estado de Direito x Estado Democrático de Direito.

Como o leitor já compreende esta diferença, uma vez que na seção anterior, já foi discorrido sobre o assunto, partir-se-á da premissa fulcral do texto: o embasamento axiológico desse Estado.

Para que haja um Estado Democrático de Direito é necessário a presença de três princípios, a priori, isto é, torna-se indispensável, logo de iniciativa, que o Estado tenha como valores os princípios da legalidade, separação funcional dos poderes e Dignidade da Pessoa Humana.

Foi dito que o grande incremento que diferencia o Estado de Direito do Democrático de Direito é a Dignidade da Pessoa Humana. Pois bem, nesse cenário, Dias (2010, p. 57) afirma o seguinte:

[...] a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Constitucional, na medida em que se entende que a própria existência do Estado está relacionada à existência das pessoas reunidas em sociedade, e não o raciocínio contrário, como se as pessoas tivessem sua existência justificada pelo surgimento do Estado.

O autor refere-se à necessidade que o homem tem de se reunir para a configuração de um grupo social. A partir do momento em que o homem, dotado de razão, constrói determinada convivência social, tornou-se indispensável a presença de um Estado.

O que se entende, atualmente, é que do princípio da dignidade da pessoa humana, se desdobram todos os Direitos Fundamentais, ou seja, esse valor axiológico tem eficácia não só vinculante em relação a todos os órgãos públicos, como também, em relação às pessoas jurídicas de direito privado, que nas suas relações com os particulares, dispõem de atribuições de natureza pública, uma vez que se encontra estabelecido como fundamento constitucional (DIAS, 2010).

A Dignidade da Pessoa Humana não é analisada tão somente na seara dos Direitos Humanos, mas em todos os campos do Direito. Isso quer dizer que se inicia essa previsão no Direito Constitucional, e vai perpassando para todos os outros ramos, direito civil, tributário,

administrativo, trabalho, enfim, a todos. E de forma enfática, no Direito Penal, que mais adiante será detalhado.

Sarlet (2011) chega a ponderar que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental possui uma dupla dimensão jurídica, isto é, objetiva e subjetiva. Enquanto esta se refere ao senso de cada indivíduo na percepção de um direito que lhe é cabível, revestido na premissa subjetiva, aquela se refere ao estipulado pelo Estado, por meio da legislação, que jamais deverá violar esse axioma.

Dworkin (apud Ferreira, 2006) já se referia dos conflitos entre normas regras e normas princípios. Em que sempre o princípio se sobreponha às regras constitucionais. Ocorre que o assunto se torna mais discutível quando se trata de um conflito entre normas princípios.

Nesse sentido, já dizia Sarlet (2011) que é necessário uma hierarquização no processo hermenêutico, em que a dignidade da pessoa humana tem sido reiteradamente considerada por muitos como o princípio e valor de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram.

Desse princípio norteador de todo o ordenamento jurídico contemporâneo decorre outros valores axiológicos, que segundo Capez (2006) são, dentre outros, o da bagatela, também chamado de insignificância, alteridade, adequação social, intervenção mínima, proporcionalidade, humanidade, necessidade e idoneidade, ofensividade, auto responsabilidade, responsabilidade de fato, imputação pessoal, personalidade, responsabilidade subjetiva, co-culpabilidade³ etc..

No Estado Democrático de Direito, a grande menção que se faz ao princípio da legalidade é motivada pela própria existência do Estado de Direito. Era necessário a retirada do império do monarca. O rei deveria deixar de gerir a nação, conforme suas convicções divinas. O Direito Natural passou a ser combatido pelo Direito Positivo.

Assim, Hans Kelsen, o grande defensor da corrente positivista, defendia que o indispensável na época era a instauração de uma estrutura lógico-objetiva, ou seja, havia a necessidade de se ter uma norma superior, que seria o reflexo de todas as normas inferiores. Essa norma, no ordenamento jurídico contemporâneo brasileiro passou a ser a Constituição. Nos dizeres de Kelsen (1973) existem normas jurídicas que permitem a elaboração de outras normas. Pode-se estabelecer, antes de tudo, uma graduação, dentro da ordem jurídica. Assim, aquelas que servem de parâmetro para a elaboração de outras normas são denominadas de

³ Não aprofundaremos esses mencionados princípios, por entendermos que se assim o fizesse, certamente estaríamos retirando a essência do presente texto. Por isso, deixaremos para outro texto específico.

“superiores” e aquelas que se constrói em consonância às ditas “superiores”, são intituladas de “inferiores”.

Todas as leis infraconstitucionais devem seguir o enquadramento formal do texto constitucional. Assim, Ferrajoli já iniciava seus estudos quanto a criticidade em relação a teoria de Kelsen, restritamente positivista.

O Luigi Ferrajoli (2001) baseando-se em algumas premissas de Kelsen, desenvolve sua Teoria Geral do Direito, com ênfase no fato de que entre vigência e validade normativa existe uma grande diferença. Para o ponderado escritor, a validade formal se refere a expressão “vigência”, enquanto que a validade propriamente dita, se restringe à validade material.

Toda norma jurídica inferior deve perpassar sob o “crivo” da validade formal, isto é, ultrapassar os tramites formais estabelecidos na norma superior para toda construção normativa. Após essa análise, a mesma norma que ultrapassou a validade formal, agora, deve desenrolar a sua validade, isto é, validade material. Nesse momento, identifica-se se a norma que se está objetivando colocar na prática do cotidiano está, realmente, coadunada à norma superior, ou seja, se sua matéria condiz com as normas regras e princípios que o texto constitucional apresenta.

A grande problemática no contexto atual, quando o assunto é o direito penal, é que nem sempre as normas infraconstitucionais que versam sobre esse ramo do direito público, estão respeitando os limites da Constituição; implicando dessa maneira, com o próprio rompimento do que se deve chamar de “Direito Penal Democrático”.

Entre a normatividade e a eficácia do que se vem a chamar de norma do direito penal, existe uma grande distância – que analisaremos mais adiante -. O Estado Democrático de Direito prima pelo respeito à dignidade da pessoa humana, da mesma forma que o Direito Penal Democrático. Ocorre que os conflitos que se perpassam na atualidade e, mesmo, a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo nesse campo, exhibe uma outra realidade, que é preocupante, uma vez que a fonte formal do direito penal é a lei. O Brasil, por ser um país que adota o sistema romano-germânico, tem como premissa básica de seu ordenamento jurídico, o princípio da legalidade.

Acontece que a legalidade se torna uma massa histórica de evolução estatal, a velha expressão “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, implantada por Paul Johan Anselm Von Feuerbach, trouxe extremas modificações no mundo, a partir da Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra.

Embora a doutrina majoritária entenda que Legalidade, no âmbito Penal, seja sinônimo de Reserva Legal, há diferença, como assim defende Fernando Capez (2006).

Enquanto a legalidade seria o gênero, a reserva legal seria uma das duas espécies que o comporia, fazendo par, com o princípio da anterioridade. Isso que dizer que somente haverá princípio da legalidade quando houver a somatória dos elementos: anterioridade e reserva legal.

Da expressão penal, prevista logo no art. 1º do Código Penal Brasileiro (CPB): “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, depreende-se que é necessária uma tipificação penal para a consideração de determinada conduta como criminosa, nesse momento estaríamos diante do princípio da legalidade, enquanto que é indispensável que essa tipificação seja anterior, isto é, prévia, para que se considere a aplicação penal, aqui, estaríamos diante do princípio da anterioridade.

Nesse sentido, é imprescindível diferenciar a legalidade formal da material. Isso se verifica, na medida em que isso se torna o objeto de estudo de Ferrajoli, na construção de sua teoria geral do Direito.

Entende-se, segundo Capez (2006) como legalidade formal a mera observância dos trâmites legislativos na elaboração de uma lei. E do ponto de vista material, que se verifique, ao promulgar uma lei, a sua observância material, isto é, o conteúdo a ser disposto no Positivismo Jurídico⁴, ou seja, uma lei que seja incompatível com o texto soberano (Constituição) se diz inconstitucional e se, caso venha vigor no ordenamento jurídico, deve ser considerada inválida, isto é, ausência de validade material.

E por último, o princípio da separação funcional dos poderes. Esse princípio, embora já iniciado sua especulação por Platão e seguido por Locke, entende-se que sua implantação se deu com veemência a partir das concepções de Montesquieu.

Verifica-se, logo preliminarmente, que a separação funcional dos poderes decorre do princípio da legalidade. Isso se mostra na medida em que se ultrapassa um Estado Absolutista para aquele Formal do Direito. Era necessário que se retirasse de uma só pessoa o poder soberano que sobre tudo decidia.

⁴ Partimos da diferença entre Direito Positivo e Positivismo Jurídico. Isso se verifica que na medida em que este é o ordenamento jurídico vigente positivado, aquele se refere a todo o sistema jurídico positivado ao longo da história, daí a afirmativa de que o Positivismo Jurídico, um dia, irá configurar apenas no Direito Positivo.

Ora, na medida em que se verifica a sobrecarga de um ente na construção de leis, na sua execução geral e específica, era necessário que houvesse uma subdivisão dessas funções⁵, daí, Montesquieu ter abordado a temática.

É nesse sentido que o Estado Democrático de Direito tem como premissas basilares a presença de três princípios: legalidade, separação funcional dos poderes e dignidade da pessoa humana. É como se para haver um Estado realmente Democrático que vise o Direito em si, tem-se a presença de duas estruturas verticais: legalidade x separação funcional dos poderes. E abaixo dessa estruturação, encontramos um segmento horizontal denominado de “dignidade da pessoa humana”.

Sendo assim, falhando a estrutura legalista estaríamos corrompendo o Estado Democrático de Direito. Da mesma forma que se firmando esta estrutura e ausentando-se a separação funcional dos poderes, deixaríamos, novamente, de se situar no Estado aspirado. Ora, se essas estruturas são fundamentais, imagine-se a estrutura horizontal, que está abaixo das verticais todo momento fortalecendo esse Estado. Assim, caso a dignidade da pessoa humana seja violada, certamente estará caindo por terra o tão aclamado Estado Democrático de Direito.

A grande questão é que ao somarmos esses instrumentos jurídicos valorativos, estaremos diante não somente de um Estado Democrático de Direito, mas sim, de um próprio Direito Penal Democrático. Ora, termos um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes, como disse Ferrajoli (apud GRECO, 2010). A ser discorrido na próxima seção.

Após essa análise dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, passar-se-á para a compreensão da crise do Estado Legalista e, com isso, instabilidade do Direito Penal Democrático.

4. A CRISE DO ESTADO LEGALISTA: o Direito Penal Democrático utópico.

O mundo passa por incessantes modificações ao longo da história. Intensificou-se essas alterações em meados do século XVIII e que se estendeu ao século XIX e tomou seu apogeu no século XX, com as mudanças provocadas pela revolução científico-tecnológica, que se denomina de revolução industrial. A partir desse momento, a estrutura organizacional

⁵ A grande questão atual é que os doutrinadores começam a conceituar essa tripartição do Poder, como se fossem poderes distintos. Ocorre que o poder é uno, ou seja, Poder Político, voltado à iniciativa estatal, o que se divide/reparte, são as funções, ou seja, legislativa, judiciária e executiva.

da sociedade passou a ser modificada por completo, uma vez que foram criadas novas formas de organização que implicaram em alterações culturais duradouras que perduram até os dias atuais (DIAS, 2001).

Esse novo cenário, com o surgimento das fábricas a vapor, advinda do desenvolvimento da ciência, tinha como pano de fundo os interesses da classe burguesa, que até então, eram o setor emergente. Ora, se tudo isso vinha acontecendo, era indispensável o surgimento de uma ciência que viesse exatamente estudar a sociedade humana diante dos grandes problemas oriundos de condições subumanas, exploração infantil, estupro de crianças com facilidade, expansão da prostituição, enfim, problemas sociais. Dai surgiu a Sociologia. E Direito e Sociologia estão indissociáveis.

O Direito estuda os problemas sociais. Só que nesse estudo, há o direcionamento não pela técnica sociológica, e sim, jurídica. Primeiro acontece o fato social e depois, o Direito vem regulá-lo.⁶

Diante dessa conjuntura social, nota-se o interesse de verificar qual o papel do Estado nesse mundo que está repleto de corrupção e de inseguranças, e inclusive, a jurídica.

Nesse sentido, Coelho (2003, p. 12) intensifica os estudos, aquilatando que:

[...] diante do contexto geral das mudanças de ordem econômica, política e cultural por que o mundo está passando nas últimas décadas, com o redimensionamento completo do papel do Estado, acaba sendo lógico que o Direito esteja sentindo os reflexos de tal situação. A globalização afeta cada setor da vida humana de algum modo, e modifica o perfil de atuação do Estado frente à sociedade. Sendo o Direito um fenômeno predominantemente normativo e predominantemente estatal, sua inserção no mundo acaba sendo atingida pela globalização.

O fato é que, o nosso Código Penal Brasileiro, por estar em vigor desde 1941, contém ideias extremamente autoritárias, uma vez que sua construção se perpassou na “Era Vargas”. E segundo Zaffaroni e Pierangeli (1997) esse mesmo código teve notória influência do Código Penal Italiano, que se caracteriza pela rigorosidade, rigidez e autoritarismo no seu cunho ideológico.

Outra grande questão que merece destaque é que o Código Penal Brasileiro protege muito mais o patrimônio do que a própria pessoa, ou seja, esse Código Penal é patrimonialista, uma vez que sua construção se fundou nas grandes alterações em que na década de quarenta, o sistema capitalista estava passando.

Pinho (2006, p. 35) nesse sentido elucida a situação:

⁶ Cf. REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed., - São Paulo: 1994

[...] se alguém produz no semelhante uma lesão corporal grave (imobilidade permanente dos dedos, por exemplo), a sanção correspondente será de 1 a 5 anos de reclusão; mas, se alguém, com a ajuda de outra pessoa, furta um objeto do interior de uma residência, sem causar qualquer dano à integridade física de quem quer que seja sua pena poderá variar entre 2 e 8 anos de reclusão. E mais: se alguém, manuseando imprudentemente uma arma de fogo, vem a atingir uma pessoa deixando-a tetraplégica para o resto de seus dias, a pena poderá variar entre 2 meses e 1 ano; mas bastará alguém adquirir um objeto que sabe ser produto de furto, que a sanção atinge o limite de 1 e 4 anos de reclusão.

O cenário brasileiro apresenta essa característica. O direito penal democrático, que deveria primar pela dignidade da pessoa humana, na verdade, nada mais protege, do que uma parcela da sociedade, ainda mesmo porque, por ser restritamente patrimonialista, defende, em sua maioria, os que possuem patrimônio. Ficando a mercê da repressão àqueles que não possuem.

Os crimes hediondos, com sua versão na lei primária datada em 1990, não enquadrava o homicídio como sendo de tal característica, mas a extorsão mediante sequestro estava sendo protegida nessa lei infraconstitucional. Hoje, o homicídio qualificado é considerado crime hediondo, mas somente a partir de 1994, com a promulgação de uma emenda constitucional, com o caso de repercussão geral de Daniella Perez.

Após a promulgação da CRFB/88 novos parâmetros foram introduzidos na estrutura criminal e punitiva no cenário brasileiro. Mas não foi apenas 1988 que as alterações foram surgindo. Pinho (2006) entende que sob a ótica do Direito penal, impõe ressaltar a formulação liberal do princípio da legalidade, enquanto regra da reserva da lei, aplicado como critério único de definição de crimes e cominação de penas. Segundo a autora, inaugura-se então, um período de humanização do Direito Penal, em oposição ao Direito Penal desproporcional, cuja época era anterior, em que a desumanidade e aflição reinava no cenário.

Nesse sentido, Brandão (2002) entende que o direito penal pode ser dividido em dois grandes períodos: o período do terror e o período liberal. O período do terror é aquele em que não existe a preocupação com a humanização da repressão penal, enquanto que no segundo período, o princípio da legalidade ganha força, e a pessoa humana torna-se o centro.

Ocorre que, há uma grande distância existente entre a normatividade e a efetividade do direito penal. Embora a CRFB/88 venha expressamente apresentar garantias constitucionais ao agente que violou a norma penal, contudo há uma extrema discrepância entre o *ius puniend* estatal.

APELAÇÃO CRIMINAL - TORTURA - POLICIAIS MILITARES DO
DISTRITO FEDERAL - LESÕES COMPROVADAS - DEPOIMENTOS

CONSISTENTES DAS VÍTIMAS - PERDA DO CARGO - EFEITO AUTOMÁTICO. I. IMPÕE-SE DECRETO CONDENATÓRIO SE HÁ PROVAS DE QUE A VIOLÊNCIA FOI PRATICADA COM O INTUITO DE CASTIGO, CONFORME DISPÕE O ART. 1º, INCISO II, DA LEI 9.455/97. A PERDA DO CARGO, PREVISTA NO § 5º, É EFEITO EXTRAPENAL CUMULATIVO, GENÉRICO, AUTOMÁTICO E OBRIGATÓRIO DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. II. APELO PROVIDO.⁷

Inúmeros são os casos de tortura realizados por policiais em todo o território brasileiro. Ocorre que nem sempre se consegue comprovar a existência de intenso sofrimento físico ou mental provocado na vítima, dificultando ainda mais, a punição dos policiais que, abusando do estrito cumprimento do dever legal, acabam por motivar mais violações a bens jurídicos tutelados pelo direito penal e, com isso, retirando o caráter democrático do Direito Penal contemporâneo, como mostra o julgado abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA. POLICIAIS MILITARES. AGRESSÃO FÍSICA. LESÕES CORPORAIS E ABUSO DE AUTORIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DO INTENSO SOFRIMENTO PROVOCADO NA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. PARA CONFIGURAR O CRIME DE TORTURA, É NECESSÁRIO O EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA QUE PROVOQUE NA VÍTIMA INTENSO SOFRIMENTO FÍSICO OU MENTAL, COMO FORMA DE APLICAR CASTIGO PESSOAL OU MEDIDA DE CARÁTER PREVENTIVO. SEM A COMPROVAÇÃO DO INTENSO SOFRIMENTO FÍSICO OU MENTAL PROVOCADO NA VÍTIMA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CRIME DE TORTURA. 2. NO CASO, AS AGRESSÕES DITAS COMO SOFRIDAS PELA VÍTIMA (SOCOS, CHUTES E PISÕES) NÃO SE COADUNAM COM O LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO, REALIZADO UM DIA APÓS OS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA, QUE APONTA TÃO-SÓ A EXISTÊNCIA DE ESCORIAÇÕES NAS REGIÕES ESCAPULARES E NA RETRO-AURICULAR ESQUERDA, ALÉM DE FERIDA CONTUSA SUPERFICIAL NO LÁBIO INFERIOR. ESSAS LESÕES, POR SI SÓS, NÃO COMPROVAM QUE A VÍTIMA FOI SUBMETIDA A TORTURA. 3. A REPROVÁVEL CONDUTA DOS POLICIAIS MILITARES QUE AGREDIRAM A VÍTIMA DEVERIA TER SIDO ENQUADRADA NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL E ABUSO DE AUTORIDADE. ENTRETANTO, ESSA PROVIDÊNCIA NÃO PODERÁ SER TOMADA, PORQUE NÃO TERIA QUALQUER UTILIDADE DO PONTO DE VISTA PENAL. AINDA QUE OS POLICIAIS FOSSEM APENADOS NO MONTANTE MÁXIMO, A PENA JÁ ESTARIA FULMINADA PELA PRESCRIÇÃO, PORQUE OS FATOS OCORRERAM EM 19/08/2003. 4. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, MANTENDO-SE INCÓLUME A SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A DENÚNCIA PARA ABSOLVER OS RÉUS DO CRIME DE TORTURA,

⁷ TJ-DF - APR: 212316420078070003 DF 0021231-64.2007.807.0003, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 18/06/2009, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 25/08/2009, DJ-e Pág. 65.

COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.⁸

O Estado é o principal responsável por todas as atrocidades que estão ocorrendo na atualidade. E quando se fala em Estado, não se limita apenas ao Poder Judiciário, mas ao Legislativo e principalmente, ao Executivo. Diante das incontáveis notícias que versam sobre a corrupção no Poder Executivo, sobre o abuso de autoridade que está presente nos outros setores do Estado, como mostra os julgados acima identificados, entendemos, com ênfase, que o Estado está passando por uma crise de legalidade.

Todos os dias se discute a criação de um novo dispositivo jurídico. Corriqueiramente se percebe a alteração de leis, a presença de emendas constitucionais, enfim, a alteração de todo o ordenamento jurídico, com o objetivo de melhorar a situação do país. Ocorre que o problema não está, tão somente, direcionado à omissão do Poder legislativo, mas, de forma especial, à omissão do Poder Executivo.

O Estado Democrático de Direito deixa de ser democrático, quando os direitos fundamentais não passam a estar sendo resguardados pelo próprio Estado. A lei defende essa primazia – em alguns casos⁹ -, mas a estrutura social não colabora para a redução do índice de criminalidade. Enquanto a sociedade está preocupada em aumentar, cada vez mais, a severidade da pena no sistema prisional brasileiro, o que acontece é uma sobrecarga do legislador, que acaba por apresentar novos projetos de leis a serem votados e aprovados, sem o mínimo estudo social.

Grandes problemas sociais no tocante à criminalidade não tem solução no Poder Legislativo, mas sim, no Poder Executivo. E é esse segmento do Poder Político que pode reduzir a problemática da situação. O agente que furtou uma moto, quando ainda era réu primário, dificilmente sairá, após o cumprimento de sua pena, com a ressocialização em mente. O sistema prisional irá, sem sombra de dúvida, terminar de corromper a sua estrutura psicológica, porque a segregação certamente irá lhe afetar, quando sair do presídio e for taxado como o “ex presidiário”.

O que poderia ser solucionado com o Poder Executivo, acaba por restar para o legislativo resolver, e quando não mais poder, o judiciário, com sua intensa participação em

⁸ TJ-DF - APR: 9929220058070008 DF 0000992-92.2005.807.0008, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 02/04/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 13/05/2009, DJ-e Pág. 136.

⁹ No Direito Penal, principalmente, essa omissão é nítida, uma vez que os direitos fundamentais, em grande parte deixam de ser analisados, quando a maior preocupação, é a tutela de novos bens jurídicos; grande erro de nosso sistema jurídico.

todos os setores da vida social¹⁰ acaba por interferir e desestabilizar ainda mais a ordem jurídica brasileira.

De forma primordial, Zugaldia e Espinar (1993) exemplificam essa situação com os vários casos de estupros de trabalhadoras de uma empresa situada fora de uma determinada cidade na Inglaterra, que eram obrigadas a ir trabalhar antes do amanhecer e com isso, atravessar um longo descampado escuro.

A sociedade clamava pela instituição da pena de morte. Quando apenas o fato de o Poder Executivo colocar iluminação no local de travessia, ter sido a única e simples solução para os vários casos de estupros, que deixaram de acontecer.

Nota-se, o legislativo não tem como colocar iluminação pública, pois essa função é eminentemente do Executivo. O judiciário, da mesma forma, tem outra função típica à situação. A solução estava diante das possibilidades do Executivo, que realizando, sanava o problema. E isso ocorre muito na sociedade brasileira, em inúmeros casos.

4.1 Da normatividade à efetividade

Toda norma perpassa pela validade formal e validade material, que para *Ferrajoli* (2003), modificando a nomenclatura, esta se refere a validade substancial, aquela, apenas a vigência. Isso nos permite ponderar que toda norma jurídica posta no ordenamento jurídico, em tese, é vigente, mas não válida. Isso porque, no período que se denomina de “*vacatio legis*”, muito pode ocorrer, inclusive, a declaração de sua discrepância com as normas regras e princípios instituídos no texto constitucional.

Entre eficácia e efetividade existe uma grande diferença que aflora não só no direito penal, mas em todos os ramos do direito brasileiro. Nesse diapasão, Coelho (2003, p. 29) afirma que:

[...] uma norma é vigente se foi editada por quem tinha competência para tanto, seguindo os procedimentos prescritos para sua elaboração (incluindo-se, quando necessário, o período de publicização chamado “*vacatio legis*”). Uma norma vigente, então, possui ao menos primariamente (insista-se com a necessidade do juízo de validade) eficácia jurídica (‘aplicabilidade’).

A norma vigente, na realidade, se refere tão somente à normatividade, isto é, ao que chamamos de “dever ser”. O que hipoteticamente se auferiu sua instrução, na medida em que pode ou não ser aplicada nos casos concretos, dependendo dos juízos de validade ou invalidez, que são sustentados juridicamente ao aplicar os dispositivos.

¹⁰ Ativismo Judicial.

A efetividade é bem diferente. Nesse momento, é indispensável que se indague se as normas que já são válidas formalmente (vigência) possuem efetividade no meio social, isto é, se as normas estão atingindo os seus objetivos específicos e se, contextualmente, contribuem para que o sistema jurídico atinja sua finalidade (COELHO, 2003).

Nesse momento, é imperioso compreender que as normas de direito civil são efetivas quando estão protegendo os direitos privados daqueles que pleiteiam a atividade jurisdicional. Da mesma forma, é o direito penal.

Mas será que o Direito Penal, com suas normas ditas “fundamentadas” no texto constitucional está realmente alcançando os seus objetivos? Para isso basta compreender qual o principal objetivo do direito penal. A maior função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos relevantes.

Mas nesse primado, vem a grande dúvida, diante do cenário brasileiro: se o bem jurídico tutelado no crime de homicídio é a vida, porque o Direito Penal apenas entra em ação quando a vida da vítima é retirada? Quando não mais existe? Quando na verdade, o mesmo Estado que instituiu esse ramo do Direito para cuidar desses casos, com seu caráter fragmentário, não ajuda à redução dos crimes de homicídio. E assim, é a maioria dos crimes previstos no Código Penal Brasileiro. É por isso, que entendemos ser extremamente fundamentado na Teoria Funcionalista da Ação, que o Direito Penal Brasileiro se finca, embora divergência doutrinária – mas isso não é o objeto desse artigo, deixamos para outra ocasião –.

Diante disso, destacam-se os ensinamentos de Bittencourt (Apud BUSATO, 2003, p. 17):

Viver num Estado Democrático de Direito significa afirmar, por exemplo, que mesmo no caso de toda a população brasileira, num plebiscito, votar a favor da pena de morte em relação a alguns crimes, ainda assim essa decisão não poderá ser acatada pelo Estado sem padecer do vício de inconstitucionalidade.

O Brasil, por ser um Estado Democrático de Direito, se baseia nos princípios e fundamentos apresentados na CRFB/88. E esse texto apresenta normas pragmáticas, dentre eles, no art. 3º, que prima pela redução da marginalização. É imperioso que, embora o texto constitucional apresente todo o fundamento desse Estado, dito democrático e de direito, entendemos que o Brasil ainda está no incipiente do Direito realmente sociológico, e ainda nem começou com a democracia da efetividade.

O “dever ser” apresentado em todo o ordenamento jurídico brasileiro no tocante à seara Penal, ainda carece de muita contribuição para que o “ser” realmente seja o efetivo. Entre a normatividade (dever ser) e a efetividade (ser propriamente dito) existe um longo caminho a ser percorrido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual vive numa era em que as atrocidades são comuns em todos os segmentos sociais. Todos os dias, no noticiário se verifica a exacerbação da criminalidade no cenário brasileiro. E da mesma forma, a discussão acerca da necessidade de intensificar a prática sancionatória¹¹ do Estado no tocante aos possíveis criminosos.

Face a essa situação de intensa criminalização há também, os direitos sociais inerentes ao próprio ser humano, em que nos últimos anos veio ganhando maior força, diante da CRFB/88, haja vista ter como princípio que integraliza toda a ordem jurídica brasileira a dignidade da pessoa humana, que acabou por fulminar, inclusive, a tão chamada “era dos direitos”.¹²

Ora, de um lado existe o crime, que todos os dias, apenas aumenta, e de outro, o clamor da sociedade em aplicar penas mais severas a esse agente que infringiu a norma penal. Se a questão fosse tão simples, caberia ao legislador apenas apresentar soluções diante do intento social, isto é, se a sociedade clama por penas mais severas e, inclusive, até mesmo cruéis, pois a pena de morte é a mais cruel possível, nada mais (in)justo do que fazer exatamente o que tanto a mesma deseja.

Acontece que, não é tão simples assim.

Por de traz de todas as leis infraconstitucionais, como já dito, existe a validade material, que para *Ferrajoli* trata-se exatamente da validade das leis, diferente de vigência. Essa validade é auferida conforme o texto superior, que de acordo com Kelsen, no tocante ao cenário brasileiro, é a Constituição Federal. Se a CRFB/88 apresenta direitos revestidos em normas regras e/ou princípios ao agente que possivelmente cometeu um ilícito penal, nunca este, poderá ser punido sem que haja a permissão do texto superior em questão, pois se assim o ocorresse, a norma constitucional estaria sendo desobedecida, e exatamente aquele que o desobedeceu estará passível de uma atuação jurisdicional sancionatória (medida de coerção).

¹¹ Prática de aplicar sanção penal, isto é, as penas, que no caso se refere ao *jus puniend*.

¹² Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Basta compreender o exemplo de um agente que é acusado de ter cometido o crime de homicídio contra uma pessoa que o mesmo nem conhece. Por circunstâncias fáticas, o agente é preso, como sendo o principal suspeito. E na prisão, os policiais que estão de plantão, com a prática corriqueira e não permitida pelo Estado, torturam o agente. Sabe-se, inclusive, que as investigações são passíveis de falhas e, com isso, pode haver a possibilidade de o agente ser absolvido, por várias razões. Pensam os policiais que os mesmos estão revestidos, quando na prática da tortura, da excludente de antijuridicidade estrito cumprimento do dever legal, contudo, isso não é o correto, pois essa excludente, da mesma forma que tipicidade conglobante (tipicidade formal + tipicidade conglobante = tipicidade geral) deve possuir a permissão legal, o que não vem a ocorrer.

Perante esse caso, a CRFB/88 apresenta um princípio bastante utilizado na seara penal, a saber: presunção de inocência. Segundo esse princípio, ninguém poderá ser considerado criminoso ou culpado, sem que haja primeiro uma sentença penal condenatória. Observa-se duas notas importante a serem comentadas: primeiro a possibilidade do agente ser considerado criminoso ou não, e a outra, a atividade penal sancionatória ilegal, que no caso do Direito Penal existe com bastante facilidade, conforme os julgados apresentados no corpo do artigo.

É nesse momento, inclusive, que se verifica a inefetividade das normas constitucionais no tocante ao direito penal. É por isso que, entre a normatividade e a efetividade existe um vasto grau de distância. Em outras palavras, o mesmo texto constitucional que apresenta o Brasil, como sendo um país Democrático de Direito, quando analisado o Código Penal Brasileiro e seus fundamentos, se verifica apenas a prática da normatividade, ausentando-se com isso, a verdadeira e efetiva vontade da lei, daí, ser inefetivo.

O Brasil, embora tenha como característica apenas a normatividade de um Estado Democrático de Direito, ou seja, o “dever ser democrático e de direito”, na prática, o Direito Penal, que também detém um “dever ser”, não efetiva o “ser” propriamente dito. O Direito Penal democrático deveria ser aquele que prima tanto pela erradicação da marginalização, como também, pela reinserção do criminosos na sociedade vigente.

Ocorre que, no sistema carcerário brasileiro, diferentemente dos Estados Unidos da América, ou mesmo, países de primeiro mundo, não existe a mínima possibilidade desse mesmo agente, que outrora praticou um crime, ser ressocializado na sociedade que apenas lhe segrega e, faz de tudo, para que continue no crime e piore ainda mais as infrações por ele a serem cometidas.

Diante dessa conjuntura, verifica-se apenas a utopia de um direito penal democrático que se funda no Estado Democrático de Direito, uma vez que as normas penais não estão sendo efetivadas conforme a normatividade das mesmas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Wíndt e Livia Céspedes. 39. ed. São Paulo: Saraiva 2001.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto. Márcia V. dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33. ed. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11. ed. vol. 1. - São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos: globalização de mercados e o garantismo como referencia jurídica necessária**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

COUTURE, Eduardo. **Os Mandamentos do Advogado**. Trad. de Ovídio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athyde. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1979.

DIAS, Reinaldo. **Sociologia e Administração**. Campinas: Alínea, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofia del derecho**. Bogotá (Colômbia): Universidade Externado de Colômbia, 2001.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde**: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral. São Paulo: RT, 1997.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal**. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1993.