SÂMYA YABUSAME FRANCO TERRUEL

DIREITO PENAL MÍNIMO: LEGITIMIDADE E EFICÁCIA DO DIREITO DE PUNIR

Curitiba
2003

SÂMYA YABUSAME FRANCO TERRUEL

DIREITO PENAL MÍNIMO: LEGITIMIDADE E EFICÁCIA DO DIREITO DE PUNIR

Monografia de conclusão do Curso de Direito, apresentada ao Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Luiz Chemim Guimarães.

Curitiba

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

SÂMYA YABUSAME FRANCO TERRUEL

DIREITO PENAL MÍNIMO: LEGITIMIDADE E EFICÁCIA DO DIREITO DE PUNIR

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: **Prof. Luiz Chemim Guimarães**
Departamento de Direito Penal e Processual Penal , UFPR.

Examinador: **Prof. Antonio Acir Breda**
Departamento de Direito Penal e Processual Penal , UFPR.

Examinador: **Prof. Marcelo Graciano**
Departamento de Direito Penal e Processual Penal , UFPR.

Curitiba, 08 de outubro de 2003

Dedico este trabalho às pessoas que, ao cruzarem meu camînho, me ensinaram a enxergar o Direito como um instrumento de realização da justiça, isto é, um Direito libertador, que adentra na contemporaneidade ousadamente, possibilitando a convivência digna e humana de seu ativo mais precioso, ou seja, seu povo.

Aos amigos minha gratidão pelo apoio e incentivo na realização deste trabalho. De maneira especial, agradeço ao meu pai Laércio da Silva Terruel e à minha mãe Mariko Yabusame Terruel pelo carinho e equilíbrio que me transmitem.

"Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou do produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este fim: todo o bem-estar possível para a maioria".

Beccaria, Dos Delitos e das Penas

SUMÁRIO

RESUMO ..... **viii**

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS **01**

CAPÍTULO 1 – O ILUMINISMO COMO MOVIMENTO INSPIRADOR DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO **06**

1.1. DO PACTO E DO RECONHECIMENTO DE DIREITOS INERENTES AO HOMEM **09**
1.2. DA SECULARIZAÇÃO E DA TOLERÂNCIA **11**

CAPÍTULO 2 – DIREITO DE PUNIR **14**

2.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITO DE PUNIR **14**
2.2. A MISSÃO DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO **17**
2.3. TEORIAS LEGITIMADORAS **19**
2.3.1. Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena **19**
2.3.2. Teorias Relativas ou Preventivas da Pena **23**
2.3.3. Teorias Mistas, Unitárias ou Unificadoras **27**
2.4. TEORIAS DESLEGITIMADORAS **28**
2.4.1. Abolicionismo Penal **30**
2.4.2. Minimalismo Penal **35**

CAPÍTULO 3 – DIREITO PENAL MÍNIMO. PRINCÍPIOS E VALORES QUE LIMITAM O *IUS PUNIENDI* **40**

3.1. O PRINCÍPIO DA PENA MÍNIMA NECESSÁRIA E O DE RESPEITO À PESSOA HUMANA **41**
3.2. OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA LESIVIDADE **43**

CAPÍTULO 4 – EXPANSÃO DO DIREITO PENAL. LEGITIMIDADE E EFICÁCIA DA TUTELA PENAL **47**

4.1. EFICÁCIA DA TUTELA PENAL **49**
4.2. DA BUSCA POR LEGITIMIDADE **50**

CONCLUSÃO **53**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **57**

RESUMO

Pretende-se demonstrar com este trabalho o efeito contraproducente, senão inócuo, da ingerência penal do Estado, que cria, descriteriosamente, novas figuras típicas, causando, com isso, a hipertrofia do Direito Criminal, que compromete tanto a sua legitimidade, como a sua eficácia. Para tanto, tomar-se-á como ponto de partida deste ensaio a crise pela qual passa nosso sistema penal, ou seja, um sistema sobrecarregado, seletivo, estigmatizante e ineficaz, incapaz de proteger bens jurídicos considerados essenciais para a existência, manutenção e desenvolvimento da sociedade como um todo e do ser humano enquanto pessoa. Para enfrentar este quadro, buscar-se-á, a partir da análise do modelo de Direito Penal Mínimo e seus princípios fundamentais, encontrar meios que possam resgatar a legitimidade do *jus puniendi* do Estado e a dignidade e eficácia de nosso sistema penal, perdidas no plano das abstrações. Portanto, é com o intuito de engendrar a reflexão e buscar soluções para esta sombria realidade que vemos se exteriorizar em decorrência do desequilíbrio notório entre as necessidades de proteção da sociedade e um sistema penal inchado, irracional e simbólico, que não responde às exigências práticas e cujos meios são insuficientes, senão inexistentes, que passarei a investigar alguns elementos, que julgo como postulados de um direito mínimo e garantista. Outrossim, trazer para o mundo real, para a vida dos homens que são sentimentos, medos e inseguranças, os valores preconizados por um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito e, dessa forma, buscar a legitimidade e a eficácia de nosso sistema penal de forma humana e digna.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os caminhos da história brasileira estão apontando para rumos pouco alentadores, pode-se dizer que se se mantiverem as condições atuais, em pouco tempo o país caminhará para uma fragmentação ou para um cruel *apartheid* social.

É nesse contexto, nesse mundo que implode e acirra suas opressões que surge a necessidade de redimensionamento do sistema penal de forma racional, visto que o que se vislumbra atualmente é uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal e o sentimento generalizado apontando para a ineficácia do sistema penal brasileiro, pois, lamentavelmente, ao mais leve toque com a realidade ele se desarma.

Portanto, pode-se dizer que estamos atravessando um momento de crise[1] e, o que é importante lembrar é que elas não existem isoladas, são sempre contextuais e relacionais.

A crise do sistema jurídico-penal está relacionada com a crise econômica e política por que passa o Brasil[2]. Assim, notadamente, em um quadro social degradado pela miséria e pelas desigualdades sociais, acaba-se por alimentar a criminalidade e, desde que mantidas as mesmas condições econômicas e sociais testemunharemos perplexos e impotentes o seu incontrolável aumento.

Um dos principais aspectos da atual crise do direito (penal) é refletida na inflação legislativa e na falta de eficácia na tutela dos direitos e garantias individuais por parte do poder público.

Nesse quadro, sob a pressão de uma violência crescente, a reação instintiva de parcela da população é exigir o recrudescimento das sanções penais, com o aumento das condutas sancionadas e com o agravamento das penas, como se estas medidas, por si só, fossem capazes de recuperar o caráter preventivo do sistema.

---

[1] *"Crise", aqui, deve ser entendida no sentido dado por Eugenio Raúl Zaffaroni, ou seja,* "momento em que a falsidade do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba..." (Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal, trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 16).

[2] As condições econômicas não podem ser consideradas como a única causa do fenômeno criminal, porque tais dados são contraditados pelas estatísticas criminais, claras ao demonstrar que a criminalidade se manifesta também nas classes sociais mais altas, v.g. os crimes de colarinho branco. Ao lado da pobreza concorrem outros fatores que determinam a conduta criminal: a competitividade, o machismo, o consumismo, e o crescente desejo de bens materiais, o individualismo e etc.

Pensa-se que, aumentando a severidade penal, aumenta-se o poder intimidatório do sistema e, com isso, recupera-se sua eficiência.

Entretanto, "não se deve esquecer, já o dissemos, que pretender-se combater a criminalidade contemporânea com a edição de leis novas mais severas equivale a desconsiderar ou a desconhecer o estágio atual das investigações criminológicas, segundo as quais o fenômeno do crime é efeito de muitas causas, pelo que não se deixa vencer por armas exclusivamente jurídico-penais".[3]

A ineficácia do sistema não se situa na dosagem das penas, mas na incapacidade de aplicá-las, sejam elas quais forem. De nada adianta aumentar a gravidade das penas se não for recuperada a capacidade de executá-las adequadamente. Não se percebe que o problema está situado na incapacidade do aparato repressivo do Estado dar uma resposta eficiente ao problema da criminalidade, notadamente pela inoperância dos instrumentos legais face a uma realidade complexa e distante daquela objeto das regulamentações legais.

Ante a essa solução simbólica, fruto da pressão social e do discurso inflamado da mídia com seu jornalismo policialesco[4], o direito penal (das ilusões publicitárias e das leis propagandísticas) abandona seu caráter subsidiário e menospreza o princípio da lesividade, expresso no abuso de tipos legais, com elementos valorativos moralistas, com referências de ânimo etc, gerando a diluição referencial do bem jurídico.[5]

---

[3] *TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal, citado por Gevan* Almeida, **Modernos Movimentos de Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira**. *Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 107.*

[4] Maria Lúcia Karam, citada por Sérgio Salomão Shecaira (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Mídia e Crime. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.).* ***Estudos Criminais em Homenagem à Evandro Lins e Silva (criminalista do século)***. São Paulo: Método, 2001), destaca que "a publicidade *do sistema penal, trabalhando com esta falsa idéia que reduz a violência à criminalidade convencional*, explora o medo, criando um clima de pânico, de alarme social, a que costuma se seguir um *crescimento da demanda de penas mais rigorosas, clima este que desencadeia e é alimentado pelas* chamadas campanhas de lei e ordem. Tais campanhas manipulam emoções, selecionando e *propagandeando alguns crimes mais cruéis para assim produzir e generalizar uma indignação moral* contra os que são identificados como criminosos."

[5] *Exemplo recente dessa situação foi a edição da Lei dos Crimes Hediondos, obra prima do* direito penal simbólico, que visa dar uma satisfação à opinião pública, sem, contudo alcançar *qualquer resultado prático na redução dos índices de criminalidade. Consoante observação de Miguel* Reale Junior: "Na verdade, a lei dos crimes hediondos, aprovada de afogadilho, foi uma resposta *penal de ocasião, para dar satisfação diante do seqüestro de Roberto Medina, sem que o legislador* sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o *sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena em regime fechado*, gerando-se uma fera no meio prisional, que nada tem a perder". (REALE JR, Miguel. Avanços e

Nesse sentido, como ressalta Alice Bianchini, "criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de mudança do quadro que determinou a alteração (ou criação legislativa). Produz-se a ilusão de que algo foi feito".[6]

A reprovação de um sistema como esse, inchado, irracional e simbólico decorre do fato de que não coaduna com um Estado Social e Democrático de Direito a aceitação de uma intervenção penal dilata, já que vários são os princípios e valores tanto extrínsecos quanto intrínsecos que não a recomendam quando dimensionada além do mínimo necessário. Ultrapassados os limites, perderá, o direito penal, legitimidade, visto que vilipendiará o núcleo rígido da Constituição, que são os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, ao trilhar caminhos como esse, estará o Estado retrocedendo a autoritarismos dantes enterrados em covas rasas do passado.

A grande questão, portanto, está em se saber até onde se pode institucionalizar a coerção penal, até onde essa intervenção será legítima e, se atingirá o fim proposto pelas leis.

Desse modo, nas palavras de ROXIN, surge uma questão crucial, "com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?"[7]

Historicamente, estas perguntas receberam as mais variadas respostas. Tais respostas são interessantes não apenas para a história das idéias, mas também em razão da sua imediata relevância na construção dos sistemas penais. Mais, talvez, que em outros setores institucionais, as várias culturas jurídico-filosóficas tiveram sempre uma direta incidência prática na configuração das formas e estruturas das instituições punitivas e de refluxo na ciência jurídico-penalista.

Outrossim, de acordo com Giuseppe BETTIOL:

> A pena atinge o homem considerando *in totum*, isto é, em sua vida, em sua liberdade, em sua honra, em seu patrimônio; a pena abre na vida do indivíduo um sulco que muitas vezes

---

Retrocessos. In: **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992).

[6] BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124.

[7] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal,** trad. Ana Paula dos Santos *et alli*. Lisboa: Vegas, 1981. p. 15.

> não pode ser mais recoberto: pode ser ela meio de redenção moral como, - se mal executada – instrumento de perdição. Pode servir para 'readaptar' o homem à vida social, como para nele agravar as tendências anti-sociais. Problema gravíssimo que fatigou filósofos, juristas, políticos, moralistas, psicólogos e sociólogos, desde que o homem começou a refletir sobre as noções de bem e mal. Todas as ciências morais, direta ou indiretamente, quando voltadas para conceitos de bem e mal, gravitam em torno do problema da pena. Que é pena? Porque se pune? Quais os fins da pena? Quais os efeitos por ela produzidos? Eis as indagações 'vitais' que qualquer penalista deve propor se não quiser atuar apenas no meio das concepções formais fantasmagóricas, que poderão satisfazer um aspecto ou uma parte do intelecto humano (e precisamente o intelecto abstrato), mas deixarão insatisfeitas exigências bem mais importantes do homem, que não é só pensamento abstrato mas pensamento enraizado em carne e sangue.[8]

Assim, com a esperança de que novos caminhos sejam trilhados, optando pela matriz teórica do Direito Penal Mínimo, é que passa-se para a busca de respostas a esses questionamentos, partindo-se de uma breve análise histórica para retirar-lhe o que de mais importante ela (a história) nos legou.

Para tanto, com o presente ensaio, objetiva-se o levantamento de alguns pontos e o fomento de reflexões acerca de nossa realidade, tendo como meio um movimento de contra-pensamento dominante do sistema de justiça criminal (Movimento de Direito Penal Mínimo). Dessa forma, buscar-se-á indicar um dos caminhos que pode resgatar e trazer para o mundo real, para a vida dos homens que são sentimentos, medos e inseguranças, os valores preconizados por um verdadeiro Estado Democrático de Direito e, assim, buscar a legitimidade e a eficácia de nosso sistema penal de forma humana e digna.

Este ensaio minimalista será dividido em quatro partes: na primeira, far-se-á uma análise do direito penal a partir do movimento iluminista que veio proporcionar o nascimento de um novo direito penal, fundado numa concepção mais humanista, isto é, este capítulo versará sobre a gênese e a consolidação da matriz teórica do Direito de intervenção mínima.

Num segundo momento, serão tratadas as razões do direito penal e sua missão dentro da estrutura normativa de um Estado Democrático de Direito.

Na terceira parte, procurar-se-á apresentar o discurso minimalista, enquanto modelo interpretativo de legitimação das normas e práticas do controle social do sistema penal, por meio de seus valores e princípios informadores. Para tanto, parte-

---

[8] BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. II, traduzido por Paulo José Costa Júnior *et alli*. São Paulo: *Revista dos Tribunais, 1976. p. 77 - 78.*

se da "premissa" de que o sistema atual não apresenta conteúdo mínimo que possa afirmar-se em harmonia com os valores e princípios constitucionais.

Por último e intimamente relacionada às anteriores, a preocupação recairá sobre o recurso ao direito repressivo, perspectivado sob a ótica de sua adequação e, finalmente, a derradeira etapa coloca a eficácia e a legitimidade da via penal sob exame, possibilitando assim as seguintes conclusões: sua reprovação recomenda que o Estado abstenha-se de intervir, o que também ocorrerá quando se conclua pela inidoneidade da intervenção.

Toda esta análise decorre do fato de que é incompatível com um Estado social e democrático de direito a criminalização desajustada à necessidade de tutela penal, visto que, o "poder de punir" é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. Portanto, essa criminalização desajustada pode implicar, acima de tudo, o descumprimento de princípios e valores constitucionais, assim como, desarmonizar o sistema normativo e, por conseguinte, vulgarizar o ordenamento jurídico-penal.

1. O ILUMINISMO COMO MOVIMENTO INSPIRADOR DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Antes de mais nada, vale ressaltar que o Direito não pode ser corretamente compreendido no contexto da sociedade ignorando-se o seu passado. Com efeito, para bem entender uma legislação, é indispensável o conhecimento de sua evolução histórica. Portanto, assiste razão quando se assinala que:

> Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas, e o que cada uma dessas épocas lhe legou.[9]

Assim, para realizar uma digressão histórica com o intuito de fundar os pressupostos de um modelo jurídico-penal de tutela dos direitos fundamentais, é mister a preocupação com a afirmação de alguns valores e categorias que serão lapidares no processo de construção dos direitos humanos, entendidos estes, desde uma perspectiva minimalista, como elemento de legitimação externa[10] dos Estados democráticos de direito.

Os valores elencados para o estudo ora proposto são a *secularização* e a *tolerância*, frutos da concepção ilustrada do direito e do Estado a partir da laicização do saber filosófico e jurídico.

Até o século XV o mundo ocidental orientava-se pelos princípios do teocentrismo e do eurocentrismo. A terra era o centro do universo, isto é, o homem em sua plenitude era o centro de todas as coisas, criado à imagem e semelhança de Deus. O saber era produzido e reproduzido no interior dos monastérios. A cultura era

---

[9] COULANGE, Fustel de. **A Cidade Antiga**, trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12ª ed., São Paulo: Hemus, 1998, p. 9.

[10] Legitimação externa ou justificação, segundo Ferrajoli, "é a legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico". Ainda de acordo com Ferrajoli, "um sistema penal, um seu instituto singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo se tidos como 'justos' em base a critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares". (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, trad. Ana Paula Zomer *et alli.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 171).

devota à divindade, cuja existência somente era concebível enquanto una e indivisível.

Este era o campo fértil para a consolidação de uma estrutura totalitária, de intolerância, caracterizada fundamentalmente pela coligação das noções de direito e moral, dentro de um grande campo de imprecisão e de subjetivismo.

Portanto, em razão das características dessa legislação criminal, alguns pensadores, agrupados em torno de ideais de racionalidade e humanidade, reagiram contra tal situação.

É o ideário de Rousseau, que propugnava o Estado democrático, voltado para o bem comum, a crítica de Voltaire contra a Igreja e a proposta de Montesquieu de separação dos poderes, que inspiraram Beccaria e o surgimento da Escola Clássica e de um direito penal visto, agora, como ciência. Além da reação contra as penas infamantes, torturas, suplícios e pena de morte, buscou-se estabelecer os limites entre a Justiça Divina e a Justiça Humana, ou seja, o movimento iluminista e seus pensadores possibilitaram a imposição de limites ao Estado frente à liberdade individual e a busca de critérios de participação do cidadão no espaço público.

Portanto, é unânime a afirmação de que com o movimento iluminista ocorreu a identificação do embrião humanitário das ciências penais, provocando, dessa forma, o nascimento do Direito Penal moderno em substituição às formas precedentes de justificação do *ius puniendi*, o que de maneira fundamental vem enobrecer, de forma impar, tal movimento para o desenvolvimento da ciência penal. Entretanto, ele deve ser enxergado como etapa (inaugural) do movimento de intervenção mínima. O iluminismo tem que ser estudado e visto como um movimento de antecipação da minimalização do sistema penal, ou seja, como um meio de limitação e legitimação do *ius puniendi.*

Alguns autores vão identificar tal nascimento no movimento artístico, literário e político que veio a ser conhecido como Renascimento, movimento este em que artistas, cientistas e filósofos, de forma efetiva, criaram e desenvolveram novas idéias fundadas nas culturas grega e romana. Muito além de uma provocação direta exercida sobre a música, a pintura, a literatura, a escultura, a arquitetura, o movimento renascentista exerceu influência fundamental quanto ao viver e enxergar o mundo.

Sem dúvida, essa nova imagem do homem levou a uma concepção de vida absolutamente nova. O homem não existia apenas para servir a Deus, mas também para ser ele próprio.

Os pensadores humanistas desenvolveram idéias de forma a questionar os ditames do poder eclesiástico, colocando o homem como o ente mais importante nas relações humanas. O Renascimento alcançou seu apogeu no século XVIII, que ficou conhecido como o *século das luzes*, tendo como principal acontecimento a Revolução Francesa de 1789, com a conseqüente edição da Declaração Francesa dos Direitos do Homem.

Até então, as legislações penais da Europa, de meados do século XVIII, pautavam-se em procedimentos de crueldade, de castigos corporais e da pena de morte. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social e punir sua essência. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo.

Tal cenário veio justificar a intervenção de alguns filósofos que, em uma verdadeira reunião, configurando um movimento de idéias voltadas para a razão e a humanidade, deram início as idéias iluministas e humanitárias, mais precisamente os pensadores franceses VOLTAIRE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, em defesa da liberdade, igualdade e justiça. Para o Direito Penal pode-se afirmar como autores das primeiras idéias penais BECCARIA, HOWARD e BENTHAM[11].

Assim, de uma postura contemplativa e coadjuvante perante o poder do Estado, o homem passa a ser protagonista de um novo *modus vivendi*. O pólo de legitimidade externa do poder é deslocado do teológico ao antropológico. A vida terrena passa a ser estabelecida por meio de relações harmonicamente convencionadas pelos homens. Estes são autônomos e o poder é deste mundo.

---

[11] Beccaria, com sua obra *Dei Delitti e Delle Pene* (1764), auxiliou a propagar as idéias *humanitárias preconizadas pelo movimento iluminista. John Howard e Jeremias Bentham, mais* precisamente sobre a pena privativa de liberdade, demonstraram preocupação acerca das questões penitenciárias no sentido de proporcionar o cumprimento da pena em estabelecimentos adequados. Contribuíram, outrossim, com a ciência penal no campo da penalogia, propugnando a idéia de *utilidade* pena.

1.1. Do Pacto e Do Reconhecimento de Direitos Inerentes ao Homem

A teoria do contrato social[12] representa a possibilidade de mudança na imutável ordem estabelecida pelo medievo. Ao propor que a sociedade seria composta não natural, mas artificialmente através do pacto simbólico e fundante, os teóricos dos setecentos e oitocentos sustentaram a capacidade modificadora e crítica do homem. Se o contrato social é artificial, o homem livre e autônomo, pode a qualquer momento questionar sua legitimidade e validade, diferentemente do que acontecia na estrutura teocrática, cuja verticalidade em termos de poder baseava-se em dado fixo: a ordem advém do divino.

A teoria contratualista parte de um estudo das primitivas comunidades, em estado de natureza, e, chega à conclusão de que a sociedade civil nasceu de um acordo utilitário e consciente entre os indivíduos.

Segundo afirmou Rousseau, o Estado é convencional. Resulta da vontade geral, que é uma soma da vontade manifestada pela maioria dos indivíduos. A nação é superior ao rei. Não há direito divino da Coroa, mas, sim, direito legal decorrente da soberania nacional. A soberania nacional é ilimitada, ilimitável, total e inconstrangível. O governo é instituído para promover o bem comum, e só é suportável enquanto justo. Não correspondendo ele com os anseios populares que determinaram a sua organização, o povo tem o direito de substitui-lo, refazendo o contrato...

Sob o martelar constante dessas máximas que empolgaram a alma da humanidade sofredora, ruíram-se os alicerces da construção milenar do Estado teológico.

No seu ponto de partida, a filosofia de Rousseau[13] propugna que o estado de natureza era de felicidade perfeita.

Trata-se de um Estado de igualdade e liberdade plenas. Entretanto, com o

---

[12] O paradigma do contrato, que deu sustentação ao Estado absolutista, não pode ser confundido com a teoria contratualista desenvolvida pelos iluministas, para quem a sociedade era algo artificial, uma criação humana, portanto, criada para tutelar e defender o homem, cujo poder deveria ser limitado por seu próprio objeto. Já o contratualismo justificador do Estado absolutista, concebia o Estado como um produto do medo gerado pelo estado natural, caracterizado pela "guerra de todos contra todos", que só poderia ser controlada por um Estado absolutista.

[13] A filosofia de Rousseau, no que se refere ao estado de natureza, é diametralmente oposta à de Hobbes e Spinoza. Segundo a concepção destes, o estado de natureza primitivo era de guerra mútua.

desenvolvimento de todas as faculdades que os homens receberam em potencial, surge a agricultura, a metalurgia etc, e, com isso, a desigualdade.

Portanto, os que acumulavam maiores posses passaram a dominar e submeter os mais pobres. A propriedade individual do solo, a riqueza, a miséria, as rivalidades, os sentimentos violentos, as usurpações dos ricos, os roubos dos pobres, desencadearam as paixões, abafaram a piedade e a justiça, tornando os homens avaros, licenciosos e perversos.

Nesse período, que foi de transição do estado de natureza para a sociedade civil, os homens trataram de reunir suas forças, armando um poder supremo que a todos defenderia, mantendo o estado de coisas existente. Ao se associarem, porém, tinham necessidade de salvaguardar a liberdade, que é própria do homem. O problema social consistia, assim, em encontrar uma forma de associação capaz de proporcionar os meios de defesa e proteção, com toda a força comum, às pessoas e aos seus bens, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não tivesse de obedecer senão a si próprio, ficando livre como antes do pacto.

Para tanto, então, os homens não delegaram todos os seus direitos, mas somente aqueles necessários à manutenção da paz e da segurança de todos. O poder público é instituído por um pacto voluntário, artificial, porém de fundo utilitário[14], com o objetivo precípuo do bem comum. Ao Estado cabia regulamentar as condições externas da vida em sociedade e, ao mesmo tempo, respeitar e garantir aqueles direitos fundamentais da pessoa humana, que lhe são anteriores e superiores.

Essa idéia de instituição do pacto a partir da renúncia à barbárie e da opção pela civilização encontra-se presente no pensamento de inúmeros intelectuais iluministas. A busca de uma legitimidade externa ao poder do Estado em referência ao indivíduo é constante em parcela significativa da filosofia ocidental.

---

[14] O utilitarismo constitui-se num elemento constante e essencial de toda a tradição penal liberal, tendo-se desenvolvido como doutrina política e jurídica em razão do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII. "A finalidade da lei, para a qual orienta a suas disposições e sanções", afirma Francis Bacon, "não é outra que a felicidade dos cidadãos". E é exatamente o bem-estar dos cidadãos realizado através da tutela das suas vidas e de seus outros bens *fundamentais* o ponto de vista *externo* sobre o qual até mesmo Hobbes baseará a justificação daquele "grande Leviatã chamado Estado, o qual nada mais é do que um homem *artificial*, ainda que de maior estatura e força do que o *natural*, para cuja proteção e defesa foi concebido". "O Governo", proclama o art. 3º da Declaração dos Direitos da Virgínia, "é, ou deve ser, instituído para a utilidade comum, proteção e segurança do povo, da nação ou comunidade. De todos os diversos modos e formas de governo, o melhor é aquele que consegue produzir o maior grau de felicidade e segurança". (FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 209).

Percebe-se, pois, que, antes de mais nada, o processo civilizatório representado pelo mito do pacto foi uma opção da humanidade pela razão, abdicando dos institutos e das agressividades na tentativa de minimizar os impulsos vindicativos dados pela emoção.

Assim, pode-se dizer que as teorias contratualistas serviram para simplificar as explicações que limitavam o poder estatal e, ao mesmo tempo, para fundar a existência de direitos naturais do homem anteriores à sociedade, pertencentes exclusivamente ao indivíduo, e que não foram delegados por este no momento da celebração do pacto.

Enfim, a teoria do contratualismo foi um pilar importante sobre o qual se estruturou o modelo penal clássico, liberal e humanitário, caracterizado fundamentalmente como um modelo restrito e minimalista de intervenção, visto entender de forma limitada e utilitária as funções estatais.

1.2. Da Secularização e da Tolerância

É incontestável, como já demonstrado no decorrer deste ensaio, que existiu durante muito tempo, com caráter universal, estreita relação entre a Igreja e o Estado, o que permitiu à primeira exercer uma ingerência quase absoluta no corpo legislativo no momento de ditar as leis que sancionavam certo tipo de condutas. Assim, muitos comportamentos foram historicamente criminalizados exclusivamente por razões morais, sob a crença de que as leis penais têm uma função educativa ao lado da moral, já que os sujeitos poderiam ter conhecimento de que uma conduta é prejudicial se é ilegal.

Após a superação definitiva do período histórico no qual o direito penal está mesclado com a ética e com a teologia em seu conteúdo e traços essenciais, o que foi especialmente claro na etapa anterior ao século XVIII, levantou-se o conceito de que as leis, sendo mecanismos de proteção social, devem distanciar-se do controle da vida espiritual dos indivíduos. Nesse sentido, o que é imoral nem sempre é e nem sempre deve ser passível de punição.

Assim, na redescoberta do homem enquanto medida de todas as coisas e na visualização de um novo estado de coisas[15], no qual liberdade e igualdade se opõem frontalmente à servidão, o impulso da laicização das ciências consolida o processo de secularização. Rompe-se com os fortes laços entre direito e moral eclesiástica, elevando a razão como instrumento de resistência à barbárie e ao irracionalismo do *Ancien Regime.*

Do irracionalismo surgem as idéias racionalistas, da inadmissibilidade do diverso, origina-se a tolerância, da barbárie inquisitiva nascem as teorias fundantes da civilização moderna e a capacidade crítica do homem é revelada.

Portanto, da separação laica entre Estado e Igreja, e direito e moral, o crime não corresponde mais à violação em si à divindade, mas à livre e consciente transgressão da norma jurídica promulgada pelo Estado, visto que o fim último do direito é a regulação de um determinado comportamento externo.

Ainda sobre a secularização, afirma Francesco Palazzo que:

> Deve originar-se uma tendência à secularização do direito penal, secularização não identificada apenas na vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em conseqüência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico.[16]

Indubitavelmente, no decurso desta polêmica histórica a respeito da influência dos preceitos éticos sobre as normas jurídicas, em geral, e as penais, em particular, passou-se de um extremo ao outro, da plena confusão do direito com a moral à propugnação de um direito secularizado meramente utilitário e basicamente separado das valorações éticas e morais.

Em relação ao princípio da tolerância, enquanto grau preparatório do princípio da liberdade, exalta-se a máxima tolerância em relação a condutas que exprimam o modo de ser, a consciência interna, os atos privados do indivíduo, que nenhum malefício causam à sociedade.

O princípio em análise tem íntima relação com o principio da liberdade, decorrente da concepção de Estado democrático. Nele há o reconhecimento, por

---

[15] *A renascença da cultura da Antiguidade greco-romana, a descoberta e a conquista do* Novo Mundo possibilitaram esse novo estado de coisas e a redescoberta do homem.

[16] PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal,** trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 87.

parte do Estado, de determinado âmbito de autodeterminação individual cuja penetração lhe é proibida.

Demonstra-se, por meio deste princípio, a preocupação com o exercício da máxima liberdade individual não comprometedora da liberdade alheia.

Dessa forma, a liberdade individual não pode ser aviltada, devendo-se, nas situações possíveis, providenciar para que se tolere determinadas condutas que fazem parte de convicções morais ou éticas de grupos. Portanto, o princípio da tolerância exige do Estado, principalmente em matérias discutidas no aspecto religioso ou ideológico, prescindir de regulamentações jurídicas, pois ele põe limites às concepções que atacam a liberdade, a igualdade e os direitos humanos.

Nasce, nesse momento de concepção limitada do Estado, a tolerância vinculada ao pensamento secularizador e à diferenciação e ruptura entre os juízos individuais internos (moral) e externos (direito).

Enfim, ressalta-se que em um Estado democrático, pluralista e secularizado a pena somente pode ser vista como uma necessidade social, o que serve de limite à utilização do arsenal punitivo.

2. DIREITO DE PUNIR

As limitações impostas ao poder punitivo do Estado visam a impedir o despotismo do poder público e evitar atrocidades como aquelas ocorridas antes da reforma penal ocorrida no século XVIII.

Anteriormente à reforma penal iniciada em França, no século XVIII, o poder de punir era exercido sobre o corpo do condenado, em nome do soberano (rei), e desconheciam limites as formas de suplício.

A questão fundamental que surge quando se discute o problema da pena, portanto, está em saber com base em quais pressupostos se justifica que os homens, vivendo sob a égide de determinado Estado, possam punir seus semelhantes ou intervir em suas vidas. Em outras palavras, qual é a justificativa da pena?

No decurso da história, várias foram as justificativas dadas para fundamentar e até mesmo legitimar a repressão da delinqüência mediante a ação do Estado.

Antes, porém, de analisá-las, faz-se necessário traçar algumas considerações acerca da função da pena no Estado democrático de direito.

2.1. Estado Democrático de Direito e Direito de Punir

A Constituição brasileira de 1988 declara enfaticamente que o Brasil se constitui em um Estado democrático de direito, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III). Necessário se faz, pois, extrair do texto constitucional o sentido geral dessa fórmula.

A Carta de 1988 emprega uma terminologia, hoje, plenamente consagrada, que aponta uma concepção sintética de Estado, produto da união de idéias próprias do Estado liberal e do Estado social. Mas, a prevalência de tal conceito – Estado Democrático de Direito – não se fez sem que antes se enfrentassem severas críticas daqueles que afirmavam ser a fórmula redundante ou tautológica. Poderia existir um Estado democrático que não fosse de direito, ou um Estado de direito não democrático?

O Estado de direito, cujo conceito se formula nos fins do século XVIII e início do XIX, permanece, hoje, como uma projeção de intenção doutrinária de que o Estado contemporâneo seja assim: limitado e adstrito ao direito.

A outra vertente do Estado democrático de direito é o componente democrático. Sobretudo, ela obriga a entender o Estado de direito dentro do princípio apontado na Constituição brasileira de democracia material, consubstanciada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Na erradicação e na redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). Se o Estado de direito, fruto do pensamento liberal, pretendia assegurar garantias jurídicas meramente formais, o Estado democrático de direito orienta-se para uma democracia real, com a consolidação de bens materiais a todos os cidadãos. Assim, não bastam a soberania popular, o sufrágio universal, enfim, a democracia participativa. Requer-se, fundamentalmente, a redução das desigualdades.

Dessa forma, há de se entender a tentativa de submeter a atuação do Estado democrático aos limites legais e formais do Estado de direito. Tal Estado deverá criar condições reais que possibilitem a maximização das individualidades, garantindo também o acesso às liberdades formais. O caráter democrático desse Estado é, pois, elemento básico para assegurar o que nossa Constituição denomina de Estado democrático de direito.

Decorre daí que o estudo das formas de Estado é elemento fulcral para a definição das relações existentes no plano infraconstitucional, em particular para a definição do sistema punitivo. Princípios definidores da forma de Estado serão, pois, aqueles caracterizadores de uma decisão política que, invariavelmente às circunstâncias fáticas ou materiais de apresentação do Estado, residem como cláusula de reserva do cumprimento de preceitos relativos a aspectos essenciais da superestrutura ou das finalidades do Estado.

Os direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, pela própria natureza desse Estado, formam o núcleo essencial do Estado democrático de direito, dessa forma, não só condicionam o trabalho do legislador penal, mas também daqueles que, em suas distintas fases, aplicam esse ordenamento.

Vale dizer que os direitos fundamentais, hoje cristalizados na Constituição Federal em inúmeros dispositivos, são fonte permanente para a elaboração e aplicação do conteúdo da norma penal, pois são instrumentos de liberdade individual contra as agressões provenientes do Estado ou de particulares; é um limite constitucional garantidor, de forma a evitar que a política criminal permanente e orientada dentro de certos padrões (mitigação das penas, busca de alternativos à

privação das liberdades, descriminalização etc) não seja alterada em face de respostas imediatistas e circunstanciais, decorrentes de situações esporádicas de tensão social.

Luigi FERRAJOLI, em seu livro Direito e Razão, elenca dez axiomas do que denomina garantismo penal; aquele conjunto de garantias penais e processuais do sistema punitivo, a que dão fundamento, decorrente da Constituição. Menciona, no que concerne ao direito punitivo, os princípios da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade e da culpabilidade. Estes princípios, estudados ordenada e articuladamente dão o modelo garantidor da responsabilidade penal, isto é, a regra do jogo de um direito penal democrático.[17]

Dentro dessa visão, a ideologia que norteia o próprio poder, na Constituição do país, oferece as linhas definidoras para a sistematização do direito penal, informando as condutas delitivas passíveis de punição, com suas respectivas penas, quando causarem danos efetivos.

Assim, nossa Constituição encontra-se em perfeita harmonia com este direito penal democrático, visto que diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5°, caput), e põem como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1°, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis à sua realização social.

Portanto, a Carta de 1988, indubitavelmente, alinhou o Brasil aos países democráticos e que têm por base o Estado de direito, de forma que se estabeleçam certas proposições básicas: o direito penal deve assegurar proteção a todos os cidadãos, prevenindo delitos, assim considerados aqueles que causem lesão a um bem jurídico tutelado pelo Estado; O direito penal há de ser a última instância de controle social, e a pena deve obedecer aos princípios da culpabilidade e proporcionalidade, com o exclusivo objetivo de ser aplicada para a proteção de bens jurídicos; o Estado democrático de direito deve servir à maioria, respeitando a minoria, preservando, assim, a dignidade de todos os cidadãos, mesmo daquele que é agente

---

[17] *FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 74 - 75.*

de um delito; o direito penal democrático deve ater-se aos estreitos limites do princípio da legalidade, não somente para a incriminação de determinadas ações, mas também para a cominação de penas.

Assim, o direito penal não pode abrir mão das conquistas arduamente conquistadas no âmbito das garantias fundamentais (princípios fundantes do Estado democrático de direito), mesmo que esteja correspondendo aos anseios sociais de controle da criminalidade.

> O Estado de Direito requer o respeito irrestrito da supremacia da Constituição e, conseqüentemente, a limitação clara do poder punitivo do Estado. Lutar pelos direitos e pela dignidade de todos os cidadãos é lutar pela democracia.
> É por essa razão que não podemos nos calar diante da tentativa da supressão de direitos constitucionais, devemos ter consciência da violência que está escondida nos discursos de justiça e fim de impunidade. Não estamos abrindo mão de direitos 'deles', estamos abrindo mão de direitos de todos nós, de parte de nossa dignidade e de nossa cidadania. Assim ficaremos todos iguais diante da falta de justiça, todos nós sujeitos ao desrespeito de nossos direitos e garantias constitucionais. E incrivelmente manipulados, nos tornaremos vítimas de nossa própria ignorância.
> Disso devemos ter ampla consciência quando engrossamos o couro do abrandamento e até da perda das garantias individuais, o couro dos 'direitos humanos são direitos de bandidos'.
> Violência social não é apenas a violência do crime. É também a violência cometida contra acusados, a violência da ausência e da negação do Direito. Aquela que hoje permite justificar a supressão de direitos fundamentais e amanhã traz de volta a tortura, os julgamentos sumários, as execuções em praça pública. Totalitarismo não é apenas uma ditadura declarada. Pior do que regimes ditatoriais instituídos são os regimes democráticos de fachada, nos quais as práticas e os discursos políticos violam e negam as instituições e os princípios constitucionalmente protegidos.[18]

Assim, é evidente que mudanças são necessárias, porém, tendo-se como norte os direitos fundamentais do cidadão, visto que o sistema penal só se justifica quando a soma da violência causada pelas penas por ele prevenidas for maior à soma da violência das penas por ele cominadas, vez que o direito penal, ou melhor, o sistema penal "representa um custo que deve ser justificado, vez que pesa não apenas sobre os culpados, mas também sobre os inocentes".[19]

2.2. A Missão da Pena no Estado Democrático de Direito

O direito penal tem por missão ser um possibilitador das liberdades sociais, no que tange o convívio entre os cidadãos. Ele optou cumprir tal tarefa através da

---

[18] CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo *et alli*. Ninguém é cidadão **Boletim IBCCRIM,** São Paulo. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano* X, *n.° 113. Abril de 2002. p.* 2 - 3.

[19] FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 168.

aplicação das penas pelo poder público, respeitando-se em sua ação as garantias fundamentais dispostas constitucionalmente.

Desse modo, nas palavras de FERRAJOLI:

> No tratamento penal manifesta-se – em estado puro e na maneira mais direta e conflitual – a relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio.[20]

É por isso que "na atualidade, o estudo das *funções* atribuídas às penas criminais mostra o grau de esquizofrenia dos programas de política criminal, em geral, porque discurso penal e a realidade da pena caminham em direções contrárias".[21]

Assim, com efeito, a função da pena, ou o fim colimado com a imposição da sanção penal deve se constituir em objeto de constante crítica e reavaliação, emergindo como questão primacial de política criminal em um verdadeiro Estado democrático de direito, pois, a ela (função da pena), é inerente a questão da legitimidade do Estado, enquanto monopólio organizado da força, para exercer seu *ius puniendi.*

Pode-se dizer que, em síntese, as muitas respostas dadas aos questionamentos acerca da função e, por conseqüência, da legitimidade das penas resumem-se em três teorias, as quais são representadas conforme as máximas: ***punitur quia peccatum est*** (pune-se porque pecou – Teorias Absolutas ou Retributivas), ***punitur ut ne peccetur*** (pune-se para que não peque – Teorias Relativas ou Preventivas) e ***punitur quia peccatum est et ne peccetur*** (pune-se porque pecou e para que não peque – Teoria Mista ou Unificadora).

Outrossim, há quem compartilhe de diferentes visões sobre este assunto. Sob a rubrica de **'teorias deslegitimadoras'**, são tratados o **abolicionismo penal** e o modelo de **direito penal mínimo**[22].

---

[20] FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 168.

[21] *SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal: realidade e ilusões do discurso penal.* **Instituto de Criminologia e Política Criminal.** http://www.cirino.com.br/artigos_politicacriminal.htm, 23 de março de 2003.

[22] Para Ferrajoli, doutrinas abolicionistas são aquelas "doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de

Cumpridas essas considerações introdutórias, passa-se, portanto, à análise das teorias da pena.

2.3. Teorias Legitimadoras

Apesar de terem fundamentos diversos, as teorias legitimadoras do sistema penal têm seu ponto em comum ao reconhecer a necessidade do Direito Penal para o controle da criminalidade.

> Vale dizer, são teorias que reconhecem legitimação ao Estado para definir comportamentos como delituosos e submeter seus infratores a um castigo especialmente enérgico. Mais ainda: reconhecem idoneidade ao direito penal para a realização das funções que lhe são assinaladas. São, assim, essencialmente teorias legitimadoras (justificadoras), ou relegitimadoras, do direito de punir. [23]

2.3.1. Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena

As teorias absolutas ou retributivas da pena têm seu nascedouro no Estado Absolutista, no qual o poder investido ao soberano partia diretamente do divino. Nas mãos do rei estava 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".[24] Fundam-se, portanto, na expressão de que é justo transformar 'mal em mal'. Trata-se de um princípio com origens seculares, e que está à base daquele arcaico instituto, comum a todos os ordenamentos primitivos, que é a vingança de sangue.

As teorias absolutas atribuem à pena uma finalidade retribucionista, ou seja, a sanção penal deve visar a restauração da ordem atingida. Essa restauração dar-se-ia com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma. Com efeito, as teorias absolutas encontram na retribuição justa, não só a justificativa para a pena, mas também a garantia de sua existência e o

---

controle de tipo informal e imediatamente social... Considera 'reformadoras' as doutrinas penais que preceituam a redução da esfera de intervenção penal, ou, ainda, a abolição da específica pena moderna que constitui a reclusão carcerária em favor de sanções penais menos aflitivas." (FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 200).

[23] QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 89.

[24] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 67.

esgotamento de seu conteúdo. Assim, todos os demais efeitos (intimidação, correção, supressão do meio social) nada teriam a ver com a natureza da pena.

Segundo Nilo BATISTA, "a pena que se detém na simples retributividade, e portanto converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança".[25]

Assim, segundo a linha do retribucionismo, à pena é atribuída a realização da justiça e nada mais, pelo mero preenchimento das sanções previstas na norma penal. A culpa do autor, portanto, é compensada com a imposição de um mal (pena), ou seja, há um certo nexo entre a culpa e a punição.

Desta forma, a pena-retribuição possui um valor intrínseco enquanto fim em si própria (como castigo, reação, reparação ou retribuição do crime), possuindo em si mesma seu fundamento. Como dito anteriormente, pune-se porque pecou (*quia peccatur est)*.

Assim, "na cominação das penas", afirma Hobbes, polemizando com este retributivismo vingativo, "não é necessário preocupar-se com o mal enfim passado, mas sim com o bem futuro, ou seja, não é lícito infligir penas senão com o objetivo de corrigir o pecador ou de melhorar os outros valendo-se da advertência da pena imposta (...) A vingança, em não se referindo ao futuro e sendo fruto de glória vã, é um ato contrário à razão."[26]

As doutrinas absolutas ou retributivas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal.

Neste diapasão, tem-se que as teses absolutistas ou retribucionistas da pena têm como seus principais representantes **Immanuel KANT** e **Georg Wilhelm Friedrich HEGEL**, sendo que o primeiro se fundamenta a partir de uma ordem ética, enquanto o segundo a partir de uma ordem jurídica.

De acordo com a tese kantiana, a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto.

Assim, KANT fulcra seu raciocínio retributivo da pena no conceito de que a lei é um 'imperativo categórico',[27] ou seja, um dogma que tem fim em si mesmo, "... que

---

[25] BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: *Revan, 1996. p. 100.*

[26] FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 209.

[27] *Para José Ferrater MORA, 'imperativos categóricos' são " ... los imperativos* incondicionados, los que valen por si mismos de un modo absoluto, como cuando se dice 'sé justo'.

nenhum propósito persegue, rejeita, assim, toda pretensão de emprestar à pena fins utilitários ou de conveniência política ..."[28]. Ele representa o dever-ser, uma relação objetiva da razão com uma verdade, que cuja configuração subjetiva, não é determinada forçosamente por tal lei.

Segundo José Maria Rodriguez PANIAGUA, para KANT, "o direito é o conjunto de condições através das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outro, seguindo uma lei universal ou geral".[29] Continua seu ensinamento afirmando: "essa lei universal ou geral a que se refere o imperativo categórico não é nenhuma lei determinada; nem sequer é uma lei que tenha um conteúdo determinado: é a própria lei na relação universal ou geral, a universalidade ou generalidade dos motivos das ações é a legalidade sem mais nem menos".[30]

A *poena forensis*, portanto, nesta linha filosófica, é aplicada ao acusado pelo simples fato deste ter delinqüido, não se questionando a utilidade da pena para ele e para os demais integrantes da sociedade, visto que para KANT, a medida da pena não pode ser outra além do mal imerecido infligido à vítima, isto é, a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada.

Em HEGEL, por sua vez, a idéia de retribuição jurídica, vez que concebe o Estado como "espírito ético" ou "substância ética", funda-se, em última análise, no valor moral atribuído ao ordenamento jurídico lesado. Para ele a pena se justifica pela necessidade de se estabelecer a vigência da ordem jurídica, a qual é a vontade geral. Caso a vontade geral seja negada pela vontade do delinqüente, está será negada pela reprimenda penal, afirmando-se a vontade geral novamente. Outrossim, o *quantum* desta negação será conforme a intensidade daquela.

Ademais, para HEGEL, através da aplicação da pena, o delinqüente é tratado como um ser racional e livre, pois estar-se-á dando a ele o que é justo, bem como o seu direito.

... *imperativo és para Kant el único que puede formularse con plena independencia de cualquier fin* ajeno a él, en perfecto acuerdo con la modalidad y no simplesmente con la legalidad". (MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofia**. 3ª ed. SUDAMERICANA: Buenos Aires, 1951. p. 466).

[28] QUEIROZ, Paulo de Souza. op cit., p. 19.

[29] RODRIGUEZ PANIAGUA, José Maria *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 109.

[30] Idem.

> ... Segundo o pensamento de HEGEL, o direito vem a ser a expressão da vontade racional – vontade geral -, uma vez que, sendo uma organização racional, significa uma liberação da necessidade. A racionalidade e a liberdade, são, pois, para Hegel, a base do direito. O delito entendido como a negação do direito, é a manifestação de uma vontade irracional – vontade particular -, configurando assim, essa comum contradição entre duas vontades.[31]

Surgindo a vontade particular do deliquente, "... o crime é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado."[32]

Diz Luigi FERRAJOLI acerca das doutrinas retributivistas:

> ... só podem ser explicadas enquanto fruto, relativamente consciente, de uma total confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, entre legitimação interna e justificação externa. A confusão é explícita nas concepções da pena enquanto 'retribuição ética', que lhe atribuem diretamente um valor moral correspondente ao desvalor moral ontologicamente associado ao delito. Entretanto, é implícita também nas doutrinas que consideram a pena uma 'retribuição jurídica', as quais, conferindo valor ético, antes mesmo que às penas, à ordem jurídica que as mesmas deveriam reintegrar, equivalem a uma legitimação moral ainda mais apriorística e incondicionada daquelas. (...) Com efeito, tanto para as doutrinas da retribuição moral como para aquelas da retribuição jurídica, as proibições penais, ladeadas pelas penas, possuem fundamento em si próprias, vale dizer, no desvalor ético ou quando menos metajurídico conferido por aquelas ao delito em si (*prohibitum quia peccatum)* e por estas à violação do dever geral e metalegal de obediência às leis (*peccatum quia prohibitum*).[33]

Ademais, a linha teórica em tela não explica o porquê de se adotar a reprimenda penal como a melhor forma de controle social, quanto menos "... quando se tem de punir, mas apenas se refere: 'Se impuserdes – sejam quais forem os critérios – uma pena, com ela tereis de retribuir um crime'. Fica por resolver a questão decisiva de saber sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar ...".[34]

Assim, pode-se dizer que as teorias retributivistas respondem à questão do *quando* punir (possível ou lícito punir), mas não a do *porquê* punir (justificado, necessário, oportuno punir).

Todavia, importante contribuição foi deixada pela teoria retribucionista. Somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal, ou seja, a pena-retributiva é proporcionalmente considerada como a retribuição de um mal ou de um comportamento delituoso.

---

[31] *RODRIGUEZ PANIAGUA, José Maria apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 112.

[32] *ROXIN, Claus. op cit.*, p. 17.

[33] FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 208.

[34] *ROXIN, Claus. op cit.*, p. 17.

2.3.2. Teorias Relativas ou Preventivas da Pena

As teorias relativas preconizam a pena como uma medida prática a fim de impedir a prática delituosa. Não visa retribuir o fato delitivo cometido pelo autor somente porque este delinqüiu, como na teoria anteriormente vista, mas sim para que não volte a delinqüir. A necessidade da pena não advém da realização da justiça, mas sim da inibição da prática de novos crimes. Destarte, pode-se dividir essa teoria em duas, cada qual considerando um dos aspectos da prevenção do crime. A teoria da prevenção geral estabelece que o principal efeito, assim, como o principal fim da pena, é a inibição que esta causa sobre a generalidade dos cidadãos, no caráter de desencorajamento da sociedade na prática do ilícito. A pena, então, deve intimidar e incutir o medo nas pessoas. Para que esta finalidade seja alcançada, duas providências devem ser tomadas, quais sejam, o agravamento das cominações legais e a execução exemplar das sanções penais. No entanto, tal fundamento carece de fundamentação, face à inexistência de um ser exclusivamente racional.

Nesse sentido, nos ensina FERRAJOLI que:

> As doutrinas relativistas da prevenção geral, por mais idôneas que sejam em assegurar limitações garantistas internas à função penal, não asseguram à mesma nem critérios de justiça nem limitações externas que lhe contenham a tendência ao direito penal máximo. Com efeito, o objetivo da eficácia das proibições penais não condiciona, de nenhuma forma, a quantidade e a qualidade das penas. Ao contrário, sugere a máxima crueldade punitiva. (...) Em resumo, a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal, devendo servir como 'contraforça', 'contramotivo' ou 'coação psicológica', é tão mais eficaz quanto mais forem as penas cominadas."[35]

Continua, FERRAJOLI, com seus ensinamentos afirmando que a ameaça legal, como finalidade da prevenção geral, tendo-se em vista a justificação da pena, não é suficiente como critério de limitação das penas em se falando de um modelo de direito penal mínimo e garantista[36], pois não se sabe até onde o alcance da punição deve ir para que se atinjam os fins intimidatórios. Desta forma, o Estado poderá se valer de toda sorte de terrorismo para buscar o que lhe convir politicamente no âmbito penal. Para Paulo de Souza QUEIROZ, a teoria da prevenção geral "... não oferece limites ao poder punitivo do Estado, admissíveis num Estado democrático, isto é,

---

[35] *FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 226.*
[36] Idem.

critica-se a prevenção geral porque conduz a prevenção demasiadamente longe, porém não se demonstra que a prevenção geral, dentro de certos limites, não constitua uma das possíveis bases da justificação da pena".[37]

Outrossim, pode-se dizer que a teoria da prevenção geral não demonstrou empiricamente o que proclama, visto que pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede com criminosos habituais e profissionais ou até com aqueles delitos menores cuja reprimenda penal é simbólica, isto porque, tal intimidação tem muito mais relação com efetividade concreta da sanção cominada do que com sua previsão abstrata.

ROXIN afirma ainda, sobre esta teoria, que a crítica mais importante diz respeito à instrumentalização do indivíduo.

> ... Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal. (...) E efetivamente, para um ordenamento jurídico que não considere o indivíduo como um objeto à mercê do poder do Estado nem como material humano que possa ser utilizado, mas sim como portador, plenamente equiparado a todos os outros, de um valor como pessoa, valor esse que é prévio ao Estado e que deve ser protegido por estes, tem de ser inadmissível tal instrumentalização do homem.[38]

Outro aspecto da teoria relativa, é a prevenção especial através da pena. A despeito do que foi dito em relação à prevenção geral, aquela (prevenção especial) visa a impedir a ação criminosa mediante uma atuação dirigida ao apenado. Tal escopo é perseguido pela intimidação do delinqüente ocasional, reeducação do criminoso habitual corrigível, ou tornado inofensivo aquele que demonstra ser incorrigível. Conforme Paulo de Souza QUEIROZ[39], muitos são os que se filiam a esta teoria, dentre os quais pode-se citar: Pedro Dorado MONTERO (correcionalismo espanhol), Enrico FERRI e LOMBROSO (positivismo italiano) e, mais recentemente, Filippo GRAMATICA e Marc ANCEL (movimento de defesa social). Porém, a linha mestra desta teoria vem de VON LISZT (moderna escola alemã).

---

[37] *QUEIROZ, Paulo de Souza. op cit., p. 39.*
[38] ROXIN, Claus. op cit., p. 24 - 25.
[39] *QUEIROZ, Paulo de Souza. op cit., p. 57.*

A tese de VON LISZT vê como função da pena o direito penal como forma de proteção de bens jurídicos através da incidência da pena no indivíduo delinqüente, com a finalidade de se evitar futuros delitos.

> Para os teóricos desta corrente, a intervenção penal serve à neutralização dos impulsos criminosos de quem já incidiu na prática de crime, o delinqüente, impedindo-o de praticar novos delitos. Dito mais claramente: fim da pena é evitar a reincidência. A prevenção de novos delitos já não se dirige, portanto, à generalidade das pessoas, mas ao infrator da norma em particular. O direito penal pretende, assim, (...) a conversão do criminoso em homem de bem.[40]

Em síntese, esta linha teórica, em suas diversas vertentes, vislumbra a pena como forma de neutralizar o deliqüente, seja através de sua eliminação, seja pela segregação, seja através da aplicação de métodos curativos ou educativos. Por mais diversas que possam ser as matrizes ideológicas das teorias da prevenção especial, verifica-se que todas as orientações dizem respeito não tanto ao crime, mas ao réu, não aos fatos, mas aos seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas. Ademais, valem-se do direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar as personalidades desviantes mediante técnicas de reeducação do réu, sua eliminação ou neutralização.

> O Estado espera que a função de prevenção especial atribuída à pena criminal realize o objetivo de evitar crimes futuros, mediante a ação positiva de correção do autor através da execução da pena, que aprenderia a conduzir uma vida futura em responsabilidade social e sem fatos puníveis, e mediante a ação negativa de proteção da comunidade pela neutralização do autor através da prisão, que poderia praticar novos fatos puníveis contra a coletividade social – segundo outra fórmula antiga: *punitur, ne peccetur.*
> O discurso da prevenção especial como correção do criminoso pressupõe a capacidade da psicologia, da sociologia, da assistência social etc., de transformar a personalidade do preso mediante trabalhos técnico-corretivos realizados no interior da prisão, segundo previsão legal: a pena deve ser aplicada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (CP, art. 59) e deve ser executada para permitir harmônica integração social do condenado (LEP, art. 1º).[41]

São vários os avanços desta teoria. Primeiramente, pode-se dizer que ao fixar o indivíduo como centro da atuação jurídico-penal, foram trazidas aspirações humanistas e pragmáticas.

---

[40] QUEIROZ, Paulo de Souza. op cit., p. 57.
[41] SANTOS, *Juarez Cirino dos. op cit., p. 03*

Outro mérito da teoria da prevenção especial diz respeito à medição da pena ao trazer conceitos como as agravantes e atenuantes presentes no fato criminoso. Outrossim, atentou-se à personalidade do agente, podendo-se saber com mais clareza qual a melhor reprimenda penal para o caso concreto, ou seja, aplicar um substitutivo penal ao invés de uma pena privativa de liberdade.[42]

Por outro viés, há muito que se criticar.

Primeiramente, nos casos em que o indivíduo não necessita de nenhuma forma de ressocialização, reeducação ou intimidação, este permaneceria impune.

Ademais, esta teoria não trata da limitação do poder estatal, deixando a sociedade à mercê do arbítrio punitivo do Estado.

> Nada diz essa teoria enfim, sobre os limites da atuação estatal ou sobre os critérios e razões político-criminais que hão de orientar intervenção do Estado nesse campo, omitindo-se, assim, sobre o conteúdo do poder punitivo. Respondendo à só indagação sobre o destino a ser dado aos que já tenham delinqüido. E só. Por isso não é propriamente uma teoria do direito penal, mas, mais exatamente, uma teoria da execução penal.[43]

Outrossim, o Estado carece de legitimidade para moralizar coercitivamente os indivíduos através da pena. Comentando Luigi FERRAJOLI, afirma Paulo de Souza QUEIROZ a respeito da ação do Estado nesta seara teórica:

> ... não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão só impedir que se danem entre si, tampouco tem o direito de alterar, reeducar, ressocializar ou outras idéias semelhantes – a personalidade dos réus. E o cidadão, que tem o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é. As penas, por conseguinte, não devem perseguir fins pedagógicos ou correcionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas e não agraváveis com tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico.[44]

Outro grande obstáculo da idéia ressocializadora é a sua aplicação na prática, visto que não há como se reeducar para a liberdade aqueles que estão em estado de não-liberdade. Ademais, há absoluta incongruência entre a lógica ressocializadora e as condições de vida que o interior prisional oferece atualmente, que se materializam como instrumentos de desmoralização, corrupção e embrutecimento do indivíduo infrator. Assim, modelos estatais de ressocialização são rechaçados.

---

[42] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena**..., p. 133.
[43] *QUEIROZ, Paulo de Souza. op cit., p. 24.*
[44] Ibidem, p. 63.

2.3.3. Teorias Mistas, Unitárias ou Unificadoras

Das diversas críticas formuladas contra essas teorias, resultaram algumas soluções baseadas na fusão entre elas, ou seja, tentou-se justapor os conceitos preventivos e retributivos. São denominadas teorias mistas ou ecléticas.

Estas teorias procuram unir em uma única idéia todos os aspectos mais importantes das teorias tratadas até agora. Sua justificativa é que uma visão holística é capaz de abranger todos os fenômenos sociais necessários a uma acurada visão do direito penal, preservando desta forma os direitos fundamentais do homem.[45]

Porém, a união das teorias não soluciona suas lacunas, mas sim, as evidencia. Ensina Claus ROXIN que "... a mera adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte num meio de reação apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem antes se multiplicam, o que não é só teoricamente inaceitável, como muito grave ponto de vista do Estado de Direito".[46]

Nesse mesmo sentido, Francesco Palazzo afirma que:

> Certamente, o que se vê do exame crítico das três teorias é que elas, em um ou outro aspecto, merecem ressalvas. Trata-se, pois, de buscar alternativas que possibilitem uma melhor justificação para as penas. Solução encontrada foi a simples combinação das teorias, fazendo surgir teorias mista ou ecléticas. Desde logo deve-se mencionar que a tentativa de sanar tais defeitos, justapondo três concepções, tem forçosamente que fracassar, já que a mera adição destrói a lógica imanente a cada concepção.[47]

Segundo ROXIN, no que denominou de Teoria Dialética Unificadora, a análise da função da pena deve ocorrer em três momentos: na ameaça (cominação), na imposição (aplicação) e na execução da pena.

Num primeiro momento, ele define que é papel do direito penal criar um ambiente que satisfaça as necessidades humanas. Porém, só deverá o sistema penal intervir em caráter de *ultima ratio.*

Já na aplicação, a pena deve buscar a prevenção geral através da confirmação da ameaça da pena.

---

[45] *BITENCOURT, Cezar Roberto.* ***Falência da Pena****..., p. 142.*
[46] ROXIN, Claus. op cit., p. 26.
[47] *PALAZZO. Francesco C. op cit., p. 179 - 180.*

> ... não se pode desconhecer que, na maioria dos casos de aplicação de uma pena, se inclui também um elemento da prevenção especial que intimidará o delinqüente face a uma possível reincidência (...). Porém, com um olhar mais atento, verificar-se-á que a componente da prevenção especial da sentença penal tem um fim último de prevenção geral.[48]

Porém, a prevenção geral estaria limitada à culpabilidade do apenado.

"Concluirá, pois, ROXIN, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, por meio de um processo que salvaguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa."[49]

Já a execução da pena deve visar a ressocialização do apenado, reintegrando-o ao convívio social.

Com efeito, partindo-se das considerações das teorias acima analisadas, pode-se dizer que um direito penal que se quer democrático deve utilizar-se da pena aferindo no caso concreto a sua real necessidade e eficácia, tanto para o agente do delito, quanto para a sociedade que sofreu o prejuízo com a infração. Para tanto, o legislador e o juiz devem estar atentos aos princípios norteadores da sanção penal em um Estado democrático de direito, máxime na imposição da pena privativa de liberdade que, não obstante seja a de maior utilização, é a que menos tem auferido resultados no sentido de satisfazer as aspirações de um moderno direito penal democrático.

Enfim, os limites punitivos do Estado devem ser materializados através de princípios fundamentais, tais como, a intervenção mínima, a necessidade, a lesividade, a proporcionalidade, a culpabilidade etc. Desta forma, os fundamentos constitucionais serão legitimados, visto que atentarão às suas limitações.

2.4. Teorias Deslegitimadoras

Todas as teorias até aqui tratadas convergem no sentido de que o Direito Penal é necessário para o controle da criminalidade. Em outras palavras, para elas, o Estado é investido de legitimidade quando tipifica comportamentos como delituosos e, quando materializados, aplica sanções aos seus agentes. Além disso, concordam no

---

[48] ROXIN, Claus. op cit., p. 35.
[49] *QUEIROZ, Paulo de Souza. op cit.*, p. 71.

sentido de que o Direito Penal alcança os fins a que se destina. No entanto, neste *ponto o entendimento não é pacífico e, parte dos doutrinadores contemporâneos*, como que se insurgindo contra as posições dessas teorias, entendem e preconizam que o exercício do *ius puniendi* do Estado carece de legitimidade e eficácia. Questionam o sistema penal enquanto forma de controle social, enquanto organismo funcional colocado a serviço dos diversos tipos de Estado e das diversas realidades sociais: suas fórmulas normativas e seus princípios, a legitimidade da intervenção penal, os mecanismos e estruturas sociais, a cultura, a mídia, os ritos processuais e até mesmo os mecanismos "normativos" que conduzem à conduta criminal.

A partir das décadas de 60 e 70 do século passado, na Europa e nos EUA, surgiu uma nova vertente doutrinária chamada *nova criminologia* ou *criminologia radical,* rompendo com a criminologia tradicional, sob a influência de várias linhas de pensamento.

> Na Europa e nos EUA, a partir da década de 60, as teorias radicais germinaram nas lutas políticas por direitos civis (ativistas negros americanos), nos movimentos contra a guerra (generalizados durante o genocídio do Vietnã), dos estudantes (em 1968), nas revoltas em prisões e nas lutas de libertação (e anti-imperialistas) dos povos e nações do terceiro mundo. Esse vínculo prático com as lutas políticas e movimentos sociais da segunda metade do século desenvolve-se, progressivamente, em uma crítica vertical à criminologia convencional-liberal, que hegemoniza a teoria e a pesquisa sobre crime, desvio e controle social, com a literatura mais influente, técnicos e consultores governamentais, o predomínio em comissões para o estudo do comportamento anti-social e a elaboração de programas de prevenção geral e especial. [50]

Assim, a criminologia crítica, superando o modelo etiológico no estudo da criminalidade, visível nos métodos da escola positivista, ofereceu enorme contribuição, dando nascimento aos movimentos políticos-criminais mais discutidos de nosso tempo. Representou um avanço e consolidou novas bases para a discussão do direito penal e da política criminal.

Neste ensaio analisar-se-á duas linhas desta vertente teórica: o **Abolicionismo Penal** e o **Minimalismo.** A primeira prega a quebra com todas as teorias tradicionais que legitimam o *ius puniendi* estatal, procurando com isso a abolição imediata de todo o sistema penal e sua substituição por outras formas de controle social. Dentre os defensores desta teoria pode-se citar: Louk HULSMAN, Nils

---

[50] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 7.

CHRISTIE, Thomas MATHIESEN, Herman BIANCHI, entre outros. A segunda busca um direito penal mínimo. A proposta deste movimento de política criminal pode ser sintetizada da seguinte forma: "Mínima intervenção com o máximo de garantias", ou seja, um conjunto de princípios e regras que reserve a pena criminal para as mais graves lesões aos bens jurídicos.

Estas teorias demonstram a deslegitimação do Estado argumentando que ele não consegue cumprir aquilo que lhe é incumbido. Noutras palavras, afirmam ser "... o sistema penal como um subsistema funcional de reprodução material e ideológica (legitimação) do sistema social global: é dizer, das relações de poder e da propriedade existentes. Consideram em conclusão, o sistema penal um sistema estruturalmente seletivo, criminógeno e ineficaz às funções que lhe são assinaladas.[51]

Passemos, então, à análise de tais teorias.

2.4.1. Abolicionismo Penal

Os movimentos abolicionistas constituem, de forma geral, antigas e importantes manifestações humanas contra situações ou instituições de natureza social, política, econômica ou religiosa que, em um determinado momento, são consideradas injustas, corruptas ou mesmo ilegítimas.

Eles comportam inúmeras leituras, que vão desde o seu processo histórico de desenvolvimento e maturação até a diferenciação entre as inúmeras formas de manifestação. Expressam-se, pois, diversas variantes neste movimento plural.

Portanto, vale ressaltar, conforme adverte ZAFFARONI[52] que os autores abolicionistas não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticas para alcançar os objetivos, uma vez que provêm de diferentes vertentes de pensamento. O que existe na prática é uma reunião de pensamentos filosóficos utilizados em particular por cada pensador, objetivando a mesma finalidade dentro de suas peculiaridades. Neste sentido, deve ser assinalada a preferência marxista de Thomas MATHIESEN, a fenomenológica de Louk HULSMAN, a estruturalista de Michel FOUCAULT e, poderia ainda ser acrescentada, a fenomenológica-historicista de Nils CHRISTIE.

---

[51] QUEIROZ, Paulo de Souza. op cit., p. 91.
[52] *ZAFFARONI, Eugenio Raul. op cit., p. 98.*

(i) FOUCAULT, "embora não possa ser considerado um abolicionista no sentido dos demais autores"[53], é a primeira referência teórica contemporânea constitutiva deste saber. A análise das estruturas do poder proporcionadas por ele, principalmente a relativa aos estabelecimentos carcerários, confere enormes subsídios ao movimento.

A análise foucaultiana acerca da questão carcerária desenvolvida a partir da obra *"Vigiar e Punir"* possibilitou a construção de um saber crítico que potencializa o discurso abolicionista.

Para ele, a abolição do sistema penal e penitenciário representa uma parte marginal de um abolicionismo geral, sendo, no entanto, reconhecida sua grande importância, uma vez que nos cárceres o poder se apresenta em seu estado mais evidente, em sua forma mais extrema. Para o pensador francês, este fenômeno dever ser antes de tudo examinado em nível micro, uma vez que o abolicionismo deve atuar nas diversas redes de poder.[54]

(ii) MATHIESEN funda sua concepção abolicionista no estudo esquemático do marxismo. Numa concepção marxista, vincula a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista, sua proposta aspira não somente a abolição do sistema penal, como também a abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade. Assim, diferentemente de Foucault, que trabalha na perspectiva invisível e imperceptível do poder, Mathiesen elabora seu modelo desde a concepção de estruturas sociais, visualizando na estrutura produtiva capitalista o poder repressivo.

Segundo Mathiesen "um movimento abolicionista deve reunir determinadas condições para manter sua vitalidade, tais como: sua permanente relação de oposição e sua relação de competição com o sistema. A oposição requer uma considerável diferença de pontos de vista sobre as bases teóricas do sistema, e a competição requer uma ação política prática fora do próprio sistema."[55]

Para Thomas Mathiesen, o abolicionismo tem por finalidade a supressão dos sistemas de controle não justificados.

(iii) Nils CHRISTIE, com sua concepção abolicionista fenomenológica-historicista, enxerga na verticalização do poder uma maneira destrutiva das relações

---

[53] *ZAFFARONI, Eugenio Raul. op cit., p. 101.*

[54] COSTA, Sidney Alves. **Abolicionismo Penal**. Ciência Penal: Coletânea de Estudos. Rio *de Janeiro: Valença, 1995. p. 347.*

[55] ZAFFARONI, Eugenio Raul. op. cit., p. 100.

coletivas entre os entes do ambiente social. Para tanto, parte da máxima na qual o sistema penal, e principalmente a pena, são estruturas de controle social encarregadas de produzir sofrimento e impor dor.

A estratégia do autor é baseada em formas de redução ou de imposição mínima de sofrimento, buscando opções aos castigos e não castigos opcionais como são as sanções penais alternativas e/ou substitutivas. Uma outra forma para se alcançar este objetivo é a descentralização do poder. O controle social não-oficial necessita que o poder esteja mais próximo do ser humano, com suas unidades autônomas atuando na base do controle.

Portanto, para ele, a solução para a problemática do sistema penal estaria na composição de estruturas de justiça participativa e comunitária, mais próximas dos sistemas privatistas do que do modelo processual e sancionatório criminal. Nesses sistemas, as formas de instrumentalizar e sancionar abdicariam da privação e/ou restrição da liberdade e assumiriam a reparação ou indenização como ideal para resposta ao conflito.

(iv) Louk HULSMAN entende ser ontológico o problema do sistema criminal[56].

A abolição de Hulsman não é somente um desejo, é um objetivo realista e uma necessidade lógica.

Para o mestre holandês, o direito penal está baseado na Inquisição, sobre conceitos maniqueísticos do bem e do mal. A forma de pensar do sistema penal é repressiva, pois estabelece confusão entre a realidade e as de suas classificações e definições.

Assim, para Hulsman há três motivos fundamentais a favor da abolição do sistema penal: (a) é extremamente incontrolável; (b) distribuidor de sofrimento desnecessário; e (c) não apresenta efeitos positivos sobre as pessoas envolvidas nos conflitos.

Nas palavras de Louk HULSMAN:

> É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de

---

[56] A lei cria o delito. Não se trata de algo que tenha valor absoluto, mas relativo. O que é crime aqui pode não ser crime alhures. O que é hoje considerado crime, poderá deixar de sê-lo amanhã. (Gevan Almeida. op. cit., p. 14).

> outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril.
> Um sistema desta natureza é um mal social. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira.[57]

Assim, a proposta de Hulsman dirige-se para a substituição direta do sistema penal não por um macronível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas. Desta forma, a estratégia não seria somente a gradual e constante abolição da coerção criminal, mas do sistema de justiça penal, substituindo-o pela estrutura informal e flexível da justiça civil e administrativa. Ademais, propõe a supressão das terminologias utilizadas no ambiente criminal, de forma a realizar uma eliminação dos termos *crime* e *criminalidade*, assim como do seu significado. No mérito sua intenção não é a eliminação do crime, mas sim a sua reestruturação em forma de *problemas sociais.* A intenção última é a resolução dos conflitos buscada pelas partes num ambiente diferente do que vige nos dias atuais.

Do exposto, pode-se afirmar que o abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.

Segundo os defensores desse movimento de política criminal, ressalvadas as tendências individuais de seus representantes, o sistema penal, se extinto imediatamente, não faria a menor falta. Nem mesmo os empregos dos diversos funcionários (juízes, promotores, policiais etc) estariam comprometidos, pois, sempre teriam tarefas mais importantes a exercer fora desse sistema. Tal posicionamento tem como alicerce a idéia de que o sistema penal é em si mesmo um problema social o qual gera outros problemas sociais.

Entretanto, é preciso deixar claro que a abolição da pena não significa, ao menos para Louk Hulsman, a rejeição de qualquer medida coercitiva, nem a supressão da noção de responsabilidade pessoal. "É preciso pesquisar em que condições determinados constrangimentos – como a internação, a residência

---

[57] HULSMAN, Louk *et alii*. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão,** trad. Maria Lúcia Karam. *Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 91.*

obrigatória, a obrigação de reparar e restituir etc. – não têm alguma possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social, fora do que constituem uma intolerável violência na vida das pessoas."[58]

Em resumo, na visão dos abolicionistas, o sistema penal deve ser abolido porque: (i) a pena (de prisão) é inútil, desnecessária, estigmatizante e desumana; (ii) a maioria das ocorrências tidas como crimes já encontraram sua solução fora do sistema penal ou este simplesmente não as alcança.

Vale ressaltar que para o Abolicionismo Penal, a prevenção geral é incipiente por não levar em conta uma série de questões que envolvem o delito (psicológicas, sociais, culturais etc.), as quais o mero temor da pena não resolve, haja vista a reincidência de crimes. Destarte, a prevenção geral é uma mera roupagem para a legitimação do sistema.

Da mesma forma, a prevenção especial, buscada na pena de prisão, passa ao largo de uma possível ressocialização do infrator. Na verdade, segundo Alessandro BARATTA, ela representa a "coroa" de um processo de seleção e discriminação social, a qual começa desde a fase escolar e fecham com "chave de ouro" no sistema carcerário.[59]

"Em outras palavras, o sistema penal atinge somente miseráveis, reproduzindo as desigualdades sociais. Afirma-se, assim, que o direito, e o direito penal, em particular, reflete contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos".[60] A função do direito penal é manter a realidade social da maneira em que ela se encontra: desigual e com zonas de marginalização.

Desta forma, age o direito penal à margem dos direitos fundamentais do cidadão, principalmente por exercer um poder simbólico – sua realidade operativa do sistema difere totalmente da programação efetiva.[61]

Outrossim, o sistema penal criminaliza um sem-número de condutas, sobrecarregando o órgão punitivo estatal, o qual opera de forma capenga. Tal situação gera fatos como: atos de tortura, execuções sem processo, processos penais

---

[58] HULSMAN, Louk. op cit., p. 86.

[59] *BARATTA, Alessandro.* ***Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia de direito penal****. 2ª ed. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 175.*

[60] QUEIROZ, Paulo de Souza. op cit., p. 95.

[61] *Ibidem, p. 98.*

com duração interminável, prisões provisórias que se convertem em definitivas pela demora processual etc. Desta forma, por funcionar fora à que foi originalmente estruturada, a ação punitiva estatal deixa de ser repressiva (a qual ocorre dentro da forma legal) e se torna arbitrariamente disciplinadora.

Em conclusão, de acordo com a crítica abolicionista, "o sistema penal é um subsistema de reprodução de desigualdades, cujo sofrimento, materializado por meio das penas legais ou não, é seletivamente e inutilmente imposto a certa categoria de pessoas. São penas perdidas."[62]

2.4.2. Minimalismo Penal

É o que se convencionou chamar de GARANTISMO PENAL. Este movimento de política criminal iniciou-se com o Iluminismo e, "desde então, vem travando uma luta sem trégua no sentido de convencer os legisladores e os executores da lei que o Direito Penal não é um remédio para todos os males da sociedade, devendo, por conseguinte, ser reservado para aqueles casos mais graves que não possam encontrar uma solução satisfatória recorrendo-se a outros ramos do direito".[63]

Interessante salientar, portanto, que a formação do paradigma do Direito Penal Mínimo ou Garantismo Penal ocorreu sob ampla assunção da filosofia ilustrada, elevando a razão como instrumento de resistência à barbárie.

A doutrina do iluminismo criticava o Estado absolutista, anunciava novos valores, novas instituições, condizentes com o progresso econômico, cultural e científico que começava a irradiar suas luzes pelo mundo civilizado da época.

Os filósofos dessa época procuravam explicar a origem do governo e da sociedade civil tomando como ponto de partida um "hipotético" contrato social. Defender o contrato social significava contestar o poder divino dos soberanos, o que era visto como uma atitude subversiva da ordem estabelecida.

Beccaria foi um grande representante dessa base de pensamento e, coerentemente com a sua fonte de inspiração, assenta, no contrato social, a legitimidade e o fundamento do direito de punir.

---

[62] QUEIROZ, Paulo de Souza. p. 105.
[63] *ALMEIDA, Gevan. op cit., p. 76.*

> Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo ...
> Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.
> A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.[64]

Assim, o modelo garantista clássico, como se depreende acima, é fruto da concepção ilustrada e liberal, apresentada em matéria penal pela metáfora contratualista assumida enquanto paradigma de racionalidade do sistema jurídico e de maturidade da humanidade na construção do processo civilizatório. Trata-se fundamentalmente de esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo as pessoas contra qualquer tipo de violência arbitrária.

Nesse passo, é inquestionável que o principal legado desse movimento penal ilustrado corresponde à imposição de vínculos externos de legitimidade à lei penal, estabelecendo, assim, um programa de intervenção mínima, que visa delimitar o desiderato legislativo, evitando o arbítrio do legislador e, conseqüentemente, a feitura de normas penais injustas e mesmo inócuas para o alcance de seus fins.

Assim, pode-se conceber o programa político–criminal minimalista como estratégia para maximizar os direitos e reduzir o impacto penal/carcerário na sociedade, diminuindo o volume de pessoas no cárcere por meio de processos de descriminalização e despenalização[65].

---

[64] BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, trad. Paulo M. Oliveira, Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965, p. 19.

[65] Descriminalização, segundo Raúl Cervini, "é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas". Continua, dizendo que por despenalização entende "o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato caráter de ilícito penal. Segundo o Comitê do Conselho Europeu, este conceito inclui toda a gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais: prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, semidetenção, sistema de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação, diminuição do salário e todas as medidas reeducativas dos sistemas penais (Informe del Comite Europeu sobre problemas de la criminalidad, 1980). (CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. trad. Eliana Granja *et alli*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995)

Vale ressaltar, no entanto, que não há homogeneidade entre as posições minimalistas, ainda que entre seus adeptos existam elementos importantes em comum.[66]

Entre esses elementos, o mais expressivo é a defesa do *princípio da intervenção penal mínima,* que identifica o chamado Direito Penal Mínimo, o qual constitui uma das expressões mais vigorosas do movimento crítico que se propõe a discutir e avaliar a crise do sistema positivo, depurando-o da insegurança jurídica e da ineficiência a que conduz o fenômeno da hipercriminalização.

A origem deste importantíssimo postulado, data da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que em seu art. 8º determina que "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias". Punha-se com essa norma um princípio orientador e, sobretudo, limitador ao poder de criar delitos e penas. A legitimação da criminalização de um fato, como decorrência do dispositivo mencionado decorre da mesma constituir o meio inalterável e necessário para a adequada proteção de um bem jurídico.

Nas legislações constitucionais e penais contemporâneas o princípio em causa, em geral, não se encontra explicitado. Mas, é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de direito se impõem ao legislador e ao hermeneuta.

Todavia, apesar do princípio da intervenção mínima ter sido consagrado no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada na Revolução Francesa, e, pois, ser um princípio vinculado ao pensamento iluminista que pretendeu reduzir a legislação em geral, e especialmente a penal, a "poucas, claras e simples leis", a verdade é que a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente.

Inúmeras têm sido as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como conseqüência da criação excessiva e descriteriosa de delitos, comprometendo, assim, a seriedade da nossa legislação penal.

Vale ressaltar, que para que se possa elaborar um tipo é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja valores fundamentais, valores básicos do

---

[66] Pode-se dizer que os principais representantes desse movimento são o italiano Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta, Winfried Hassemer e Raúl Cervini.

convívio social, e que a ofensa a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva e real gravidade. E por outro lado, é indispensável que não haja outro meio no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal, ou seja: é preciso que haja a necessidade inquestionável e inalterável de tutela penal.

Assim o requisito do merecimento da pena se mede pela relevância do bem agredido e pela gravidade da ofensa, que legitima o uso da sanção penal pelo Estado.

Desse modo, pode-se afirmar que do princípio em análise decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem com sua natureza subsidiária, visto que o direito penal não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por este ser o meio indispensável de tutela jurídica.

O princípio da intervenção mínima se converte, assim, num princípio político-criminal limitador do poder punitivo do Estado, ou, ainda, num pressuposto político do Estado de Direito Democrático.

Desta forma, nas palavras de Luis LUISI, o princípio da intervenção mínima:

> ... pode significar tanto a abstenção do direito penal de intervir em certas situações (seja em função do bem jurídico atingido, seja pela maneira com que veio a ser atacado) – o que lhe dá o traço fragmentário – como também a sua utilização em termos de último argumento. Neste caso, o sistema punitivo é chamado a interceder de forma subsidiária. Somente quando não haja outros instrumentos de controle social (que vão do direito administrativo à família) eficazes.[67]

Assim, o direito penal que deveria promover a proteção de bens fundamentais, passa a ser usado, em decorrência dessa tendência ampliadora, como norma de segundo nível, não mais para proteger esses bens essenciais à sociedade, mas como guardião secundário de bens de menor hierarquia.

Exemplo disso, entre muitos outros, é a existência de normas incriminadoras que ameaçam, com sanções penais, simples inadimplentes de tributos, transformando o poder judicial em "agente cobrador de impostos". Não falta muito para que se

---

[67] LUISI, Luiz. O Princípio Constitucional Penal da Intervenção Mínima. *In*: MOREIRA, Juraci (Org.). ***Ciência Penal – Coletânea de Estudos.*** *Curitiba: JM Editora, 1999. p. 269.*

condene o desempregado, que já vive num estado de culpa, pelo delito de incompetência.

Disso tudo, decorre a inelutável conclusão de que, sendo as normas penais as mais drásticas sanções criadas pela ordem legal, somente deve-se recorrer a elas quando tenham sido atingidos ou ameaçados os mais altos valores da sociedade, pois do contrário, estaremos enterrando a fragmentariedade e a subsidiariedade do direito penal para agir arbitrária, autoritária e desnecessariamente, desfigurando, assim, o verdadeiro direito penal.

Portanto, conforme ensinamentos de Luigi FERRAJOLI:

> ... poderíamos dizer que um sistema penal somente se justifica se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que este é capaz de prevenir for superior àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas. Naturalmente, um cálculo deste gênero é impossível. Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como *mal menor* – ou seja, somente se menor, menos aflitiva e menos arbitrária – se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da *anarquia punitiva*.[68]

---

[68] *FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 271.*

3. DIREITO PENAL MÍNIMO. PRINCÍPIOS E VALORES QUE LIMITAM O *IUS PUNIENDI*

O direito penal dos ordenamentos jurídicos contemporâneos é produto, em grande parte, dos princípios oriundos da tradição do iluminismo e do liberalismo. Deste modelo de pensamento surgiu a tese de que a pena deve ser necessária e a mínima entre as possíveis, tese desenvolvida para funcionar como freio às penas inutilmente excessivas e, muitas vezes, humanamente insuportáveis.

> As idéias de igualdade e liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses 'princípios limitadores' passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.[69]

Dessa forma, pode-se dizer que os princípios possuem um papel de importância ímpar, visto que, além de definir a lógica e a racionalidade do sistema, garantem sua validade e norteiam a hermenêutica a ser retirada de suas normas.

Os princípios, portanto, norteiam, fundamentam, limitam, harmonizam e unificam as escolhas que alicerçam, identificam e garantem os atos de uma instituição. Sendo assim, as regras jurídicas devem ser o reflexo dos princípios preconizados pelo Estado e consagrados na Constituição. Assim, se os princípios são premissas básicas de qualquer ato praticado no âmbito do Direito, o legislador não pode olvidar-se, ao executar sua obra legislativa, daquilo que deveria ser o ponto de partida de qualquer intervenção legislativa.

Assim, como já mencionado neste ensaio, o elemento mais expressivo desse modelo de Direito Penal Mínimo e Garantista, é o princípio da intervenção mínima, que embora não explicitado em nossa Carta Magna, deve ser um princípio orientador e, sobretudo, limitador do poder de criar delitos e penas.

Muitos outros princípios, alguns implícitos também, outros explícitos, possuem íntima relação com o princípio em tela, como por exemplo, o da necessidade, da

---

[69] *BITENCOURT, Cezar Roberto, PRADO, Luiz Régis. Princípios Fundamentais do Direito* Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.° 15, p. 81/88, jul./set., 1996. p. 81.

humanidade, da ofensividade, da lesividade, da insignificância, entre outros, todos eles imprescindíveis para a adequada proteção ao bem juridicamente tutelado.

Agora, alguns deles serão objeto de análise, a fim de se responder à pergunta: Como punir?

3.1. O Princípio da Pena Mínima Necessária e o de Respeito à Pessoa Humana

O direito penal constitui um sistema descontínuo, sendo assim, ele não outorga proteção à totalidade dos bens jurídicos, ou seja, somente àqueles bens que por sua relevância social, ganham dignidade, que justificam, portanto, a adjetivação de jurídicos.

> Daí dizer-se *fragmentária* essa proteção (*caráter fragmentário*), pois se concentra o direito penal não sobre o todo de uma dada realidade, mas sobre o todo de uma realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável.[70]

Desta forma, não são objeto do direito penal todos os fatos ilícitos. Na lição de Jorge de Figueiredo Dias, "mesmo quando uma conduta viole um bem jurídico, ainda os instrumentos jurídico-penais devem ficar fora de questão sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por meios não criminais de política social: a *necessidade social* torna-se um critério decisivo de intervenção do direito penal, assim arvorado, em *ultima* ou *extrema ratio* da política social."[71]

Assim, o Estado somente está autorizado a se utilizar do arsenal punitivo quando, para a obtenção de determinados fins, inexistir qualquer outro meio menos oneroso para o cidadão. Isto porque o direito penal atua na restrição de direitos, liberdades e garantias do indivíduo, no intento de colocar a salvo, também, direitos, liberdades e garantias individuais e coletivas.

> Ele é a arma mais terrível nas mãos do Estado, não só por conter as sanções que, em princípio, mais interferem com valores fundamentais da pessoa, como pelos efeitos sociais

---

[70] *QUEIROZ, Paulo de Souza. Do Caráter Subsidiário do Direito Penal. Belo Horizonte: Del* Rey, 1998. p. 119.

[71] *DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português. Parte Geral II. As Conseqüências* Jurídicas do Crime. Lisboa: Aequitas, 1993. p. 66.

> que inevitavelmente desencadeia, e precisa, assim, de ser legitimado e limitado na sua atuação, oferecendo garantias de imparcialidade e certeza jurídica, mas também quanto ao próprio conteúdo.[72]

Portanto, toda a preocupação acerca da criminalização desmedida e inadequada decorre do fato de que resultará em ato atentatório à dignidade da pessoa humana, visto que o Estado não está legitimado a causar mal desnecessário aos jurisdicionados, pelo contrário, seu fim precípuo materializa-se na máxima promoção e proteção dos valores humanos fundamentais para a convivência em sociedade. Isto porque, como bem colocou o Desembargador Marco Aurélio Moreira de OLIVEIRA, "não devemos reverências permanentes a ninguém, nem mesmo aos donos do poder. Tanto é assim que as regras e a ordem jurídica (e isso os grandes filósofos do Direito estabelecem) se destinam fundamentalmente à proteção do mínimo ético. (...) Só quando o homem começa a infringir esse mínimo ético é que as regras jurídicas passam a se aplicar."[73]

Segundo FERRAJOLI, a afirmação de que "a pena deve ser 'necessária' e a 'mínima dentre as possíveis', embora revolucionária, define o *limite mínimo* da pena, mas, por outro lado, não lhe dá o *limite máximo.* Dessa forma, não impede a legitimação da necessidade de penas excessivas, como por exemplo, a pena de morte em algum caso extremo e excepcional".[74]

Continua FERRAJOLI, afirmando que "argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado como um 'meio' ou 'coisa', senão sempre como 'fim' ou 'pessoa'."[75]

Nesse mesmo sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI assinalam que "a república pode ter homens submetidos à pena, 'pagando suas culpas', mas não pode ter 'cidadãos de segunda', sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida."[76] Isto porque a pena de morte, as penas corporais e infamantes, a

---

[72] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. Constituição e Crime: uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização *apud* BIANCHINI, Alice. op cit., p. 88- 89.

[73] OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção Mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n° 17, p. 145-152, jan./mar., 1997. p. 145.

[74] FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 318 - 319.

[75] Ibidem. p 318.

[76] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 177 - 178.

prisão perpétua, bem como as penas privativas de liberdade excessivamente extensas, contrariam o senso de humanidade. E, a pena, para ser um produto da razão, não pode assumir contornos meramente retributivos, pois dessa forma, deixará de ser racional e legítima, para se tornar vingança.

Assim, pode-se dizer, com o respaldo doutrinário de FERRAJOLI, que os princípios da necessidade e da dignidade da pessoa são critérios que se complementam para fazer frente àquele direito penal sem medidas e, na maioria das vezes ilegítimo e ineficaz, justificando, por sua vez, o programa de minimização das penas, vez que funcionam como limites materiais intransponíveis a serem respeitados por um Estado verdadeiramente democrático.

3.2. Os Princípios da Necessidade e da Lesividade

A preocupação com a lesividade da conduta decorre do caráter fragmentário[77] do direito penal. Isto porque o direito penal só é legitimado a intervir quando aqueles bens juridicamente tutelados sejam violados, visto que esta violação deve representar uma invasão na liberdade, direito ou interesse de outrem, deve ir de encontro à liberdade de outrem. Ademais, essa violação deve apresentar um certo grau de intolerabilidade que legitime o *ius puniendi* estatal.

> É por isso que uma conduta somente deve ser proibida sob condição de pena quando atinge a estrutura da vida em comum civilizada. Se o que há de ser contido é a agressão, só é aceitável a penalização, por absoluta necessidade, das proibições mínimas necessárias para desautorizar a ação e reação privada à margem do razoável, que possam gerar mais violência do que a intromissão estatal. Não é qualquer materialização da ofensa que irá legitimar a intervenção penal ....[78]

Em suma, o objeto de proteção deve ser um bem para que esteja justificada sua tutela penal e, mais ainda, que o valor, ao menos associado, deve ser superior ao do que se atribui aos bens de cuja ofensa não decorra nenhuma pena.

---

[77] Este caráter fragmentário do direito penal significa que ele só deve ser chamado para atuar em condições extraordinárias, quando outros meios menos danosos não sejam suficientes para contornar a situação.

[78] BIANCHINI, Alice. op cit., p. 56.

Desse modo, o direito penal não está legitimado a intervir quando diante de uma atitude tão-somente de ordem moral, isto é, puramente interna e individual, ética ou divina.

Nesse sentido, Nilo BATISITA afirma que o princípio da lesividade "põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, 'revelando' e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima."[79]

É por tudo que foi dito até aqui que se pode afirmar que o legado iluminista, mais uma vez, deixou indicações fecundas para a consagração do princípio em tela. Precisamente, devido à separação entre direito e moral.

> A 'separação entre o direito e moral' (...) veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive perigosos. E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda a atitude ou conduta não lesiva a terceiros. De fato, a confusão entre direito e moral não favorece o primeiro – do qual solicita a invasão totalitária, a prevaricação inquisitória e a arbitrariedade decisionista – e, tampouco, auxilia a segunda, que é tanto mais autêntica – segundo proclamam Pufendorf, Thomasius, Feuerbach, Bentham e Humboldt – quanto menos fica confiada a medidas coercitivas e mais constitui-se em expressão de opções autônomas e incondicionadas.[80]

Assim, pode-se afirmar que após a superação definitiva do período histórico no qual o direito penal estava mesclado com a ética e com a teologia em seu conteúdo e traços essenciais, a característica comum às constituições – de cunho democrático - passou a ser o não albergar disposições que versem sobre crimes políticos, bem como sobre questões de ordem religiosa ou moral. Nessa trilha, nossa Carta Magna vem harmoniosamente em seu art. 5º, inc. VI, preceituar que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias". Ademais, no mesmo art. 5º, inc. VIII, reza que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

---

[79] BATISTA, Nilo. op cit., p. 95.
[80] *FERRAJOLI, Luigi. op cit.*, p. 372.

Desta forma, propagar doutrinas contrárias a uma determinada religião, ou mesmo contra a concepção de Estado, por exemplo, é conduta que não pode, legitimamente, ser criminalizada, salvo se os meios forem ilícitos.

De acordo com esta concepção moderna, reiteramos que os fatos situados exclusivamente na ordem moral devem ficar fora do sistema penal, posto que a intervenção punitiva somente se legitima na medida em que assegura uma ordem externa, que consista em um fazer ou omitir, procurando salvaguardar bens jurídicos. A preservação da norma moral, como tal, não é missão do direito penal, principalmente, devido ao fato de que uma tal concepção não se amolda ao pluralismo ético-social das sociedades contemporâneas.

FERRAJOLI, ao argumentar acerca da separação entre direito e moral, fala da importância da exteriorização da ação como meio de se limitar as proibições penais. Para ele, essa exteriorização traz conseqüências de ordem negativa e positiva.

> Observado em *sentido negativo*, como limite à intervenção penal do Estado, este princípio marca o nascimento da moderna figura do *cidadão*, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, mas imune, em seu ser, a limites e controles; e equivale, em razão disso, à tutela da sua *liberdade interior* como pressuposto não somente da sua vida moral mas, também, da sua *liberdade exterior* para realizar tudo o que não esteja proibido. Observado *em sentido positivo*, traduz-se no respeito à *pessoa humana* enquanto tal e na tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constritivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violenta-la ou, o que é pior, a transforma-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência e, inclusive, da hostilidade diante do Estado; à tolerância para com o diferente, ao qual se reconhece sua *dignidade pessoal;* à *igualdade* dos cidadãos, diferenciáveis apenas por seus atos, não por suas idéias, por suas opiniões ou por sua específica diversidade pessoal.[81]

Um Estado de direito pressupõe a soberania popular, respeitando as opções de vida de cada pessoa, sem se prestar a perseguir construções ideológicas, pregações divinas ou objetivos transcendentes. Não seria legítimo nem mesmo sua atuação no sentido de aplicar corretivos morais por meio da autoridade estatal, mesmo porque o papel do direito e, particularmente do direito penal não é o de ser um tutor ético-social, ou seja, ele não é um instrumento de moralização ou aperfeiçoamento espiritual do homem, pois agindo assim estará correndo o risco de punir alguém que não lesionou bem jurídico algum. Ele deve, portanto, reprovar o ato, não o ser, ou seja, reprova-se o que fez, não o que é.

---

[81] FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 385.

A tendência atual, portanto, é de descriminalizar aqueles comportamentos que somente aparecem como imorais, como por exemplo, o adultério, a homossexualidade, entre outros, visto que são condutas meramente morais, que não constituem objetos de tutela penal. Desta forma, contribuindo para a formação de um direito penal mínimo, com fundamentação não teológica nem ética, senão laica e jurídica.

Assim, pode-se dizer que o princípio da lesividade serve como reserva de limitação do *ius puniendi*, no sentido de que sua aplicação tem o condão de estabelecer garantias ou limites para o exercício do direito de punir do Estado, orientando-o para a função da tutela de direitos e interesses considerados necessários ou fundamentais.

Para concluir este capítulo, passo a transcrever a ementa de um acórdão do TRF 2ª Região, que, espero, represente o início de uma nova tendência dos nossos tribunais no sentido de adotar, não só no plano teórico e dogmático, mas principalmente na prática cotidiana, um Direito Penal Mínimo:

> Direito penal e processual penal. Estelionato qualificado. Princípio da insignificância. Denúncia. Rejeição. Atipicidade material.
> O acusado continuou a receber, na qualidade de neto e procurador da pensionista, mensalmente, mesmo após a sua morte, parcelas depositadas pela autarquia previdenciária, que perfizeram o total de R$ 1.995,66, atualizado até fevereiro de 1996.
> O INSS afirma nos autos que esta ação penal é indispensável para a reparação dos danos que sofreu. Entretanto, modernamente, concebe-se a necessidade de um DIREITO PENAL MÍNIMO como aquele que somente é utilizado como *ULTIMA RATIO*, isto é, quando outras áreas do direito não conseguirem solução para a lesão à ordem jurídica, e não o contrário, como quer a autarquia.
> Prefere-se um DIREITO PENAL MÍNIMO como único meio de se alcançar o direito penal máximo, efetivo, humano, que não é cruel (CR, art.5º, inc, XLVII), nem condescendente.
> No caso, pelo período descrito, a vantagem que teria sido obtida durou quase dois anos, pelo que o valor recebido por mês foi de R$ 86,77, inferior, portanto, ao salário mínimo.
> Conforme acentuou o Juiz Marcelo Granado, se, no crime continuado, para efeito de prescrição, deve ser analisado cada fato de *per se,* na forma do CP, art. 119, com maior razão neste caso, para efeito de verificação da siginificância das quantias que teriam sido desviadas.
> É preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade, considerando-se as circunstâncias sociais que rodeiam o fato e a pessoa que o teria praticado.
> Pelo improvimento do recurso do MPF. (TRF 2ª Região, 5ª T. Rec. Cr. 97.02.38527-0/RJ. Rel. Dês. Raldênio Costa, j. 22/06/99, m. v. DJU 11/11/99, p. 272).

4. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL. EFICÁCIA E LEGITIMIDADE DA TUTELA PENAL

A legitimidade e a eficácia do sistema penal em um Estado social e democrático de direito encontra-se condicionada à sua capacidade de alcançar funções protetoras de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da sociedade como um todo, no sentido de diminuir a violência que medra nessa comunidade social, ao mesmo tempo em que cumpre fins de garantia formal e material a ele assinalados, sem que, para isto, extrapole os limites estabelecidos por este tipo de Estado.

Neste contexto, a criminalização de condutas é dependente de um complexo processo que se guia pelos fins atribuídos ao direito penal no contexto do Estado em que ele se desenvolve, a fim de que esse direito penal, de proteção do cidadão, não se transforme em sua ameaça. Dessa forma, convertendo sua atuação para o mínimo necessário e indispensável, garantindo a pacífica convivência entre os homens.

Entretanto, não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se traduzem na criação de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia ou das regras de imputação.

Nesse sentido, Alberto Silva FRANCO, com percuciente observação, pondera que:

> Criam-se novos delitos, em especial, na área socioeconômica e ambiental, e quase todos eles com a característica de crimes de perigo abstrato. Amplia-se o conteúdo de tipos já existentes. Alargam-se, sem nenhum critério idôneo e com total desrespeito ao princípio da proporcionalidade, as margens punitivas. Dissolvem-se diferenças conceituais já consagradas entre autoria e participação, entre atos de execução e atos preparatórios. Se tudo isto já não bastasse, a função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função puramente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas

> apenas produzir um impacto tranqüilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo de insegurança.[82]

Portanto, essa tendência de expansão do direito penal, conjuntamente com suas técnicas, amplamente aceitas pela sociedade que, mais do que nunca, demanda mais proteção, não resolve o problema, apenas desloca ao plano simbólico o que deveria ser objeto de respostas efetivas e reais.

Assim, a atual tendência expansiva, ao invés de dar respostas para as necessidades reais do homem, oculta sistematicamente os conflitos valendo-se do sistema penal. E, em decorrência disso, passa a ser usado como norma de segundo nível, não mais para proteger os bens essências à sociedade.

De acordo com FERRAJOLI, acerca dessa expansão do direito penal:

> O resultado de tal inflação, (...) é, simplesmente, a dissolução do conceito de "bem penal" como critério axiológico de orientação e delimitação das opções penais. A multiplicidade, a causalidade, a contingência e, às vezes, a inconsistência dos bens equivalem, de fato, à desvalorização da idéia mesma de "bem" e indicam a sobrecarga de funções impróprias que lastreiam nossa justiça penal.[83]

Daí decorre a ineficácia e a conseqüente ilegitimidade de nosso sistema, visto que inchado e irracional, nunca conseguirá realizar e garantir inteiramente os direitos e interesses que "tutela".

Portanto, essa tendência de proliferação desordenada torna-se responsável pela quebra da harmonia normativa e doutrinária, vulgarizando o ordenamento jurídico. E, a conseqüência dessa vulgarização é o descrédito do próprio direito punitivo, visto que incapaz de cumprir suas próprias leis, retira do ordenamento toda a confiança que a população nele depositou.

> Consciente de sua debilidade em fazer cumprir as próprias leis, o Estado mastodôntico recorre a outras leis, de cunho sancionatório-punitivo, mas que, na realidade, em vez de se destinarem a proteger os bens fundamentais da sociedade, funcionam como normas meramente instrumentais. Isto é, quando o Estado edita normas penais, destinadas a punir quem desobedece outras normas, está praticando verdadeiro abuso legislativo, pois as normas penais deveriam e devem destinar-se apenas a punir condutas que atentem diretamente contra os bens essenciais ao homem e à vida societária.[84]

---

[82] *FRANCO, Alberto Silva, Prefácio à 1ª edição. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl;* PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3ª ed. rev. e atual. *São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 9 – 10.*

[83] FERRAJOLI, Luigi. op cit., p. 380.

[84] *OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. op cit., p. 147.*

Com isso, o Estado mostra-se desrespeitoso não apenas aos princípios que lhe dão forma e que o consagram, mas, acima de tudo, aos seus cidadãos.

4.1. Eficácia da Tutela Penal

A eficácia, segundo Luís Roberto Barroso, "significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social".[85]

Nesse mesmo sentido, afirma ZAFFARONI que "a *efetividade* do direito penal é a sua capacidade para desempenhar a função que lhe incube no atual estágio de nossa cultura".[86]

Um direito penal que não tenha esta capacidade não será eficaz, tampouco legítimo. Ainda, segundo os ensinamentos do mestre argentino, um direito carente desta capacidade estará reduzido a um mero exercício de poder.[87]

Assim, a eficácia do direito penal é verificada conforme sua aptidão para servir ao fim a que foi instituído e, se este não se realiza, deixa de existir justificativa para a intervenção penal. Mas não é só. A obtenção da finalidade perseguida, para ser legítima, condiciona-se, ainda, a outro fator: a legitimidade dos meios. Se para se atingir o grau de eficácia desejado, a medida extrapola, ainda que minimamente, os limites do benefício instituído, ela não é lícita, visto que não pode impor-se a qualquer custo. O limite, evidentemente, há que ser constituído por meio dos princípios tais como o da dignidade da pessoa humana e o da humanidade das penas.

Logo, pode-se dizer que a eficácia da pena depende de sua efetiva aplicação e, mais do que isso, que tal aplicação se dê de forma proporcional entre os meios adotados e os fins buscados. Sem isto, ter-se-á mero exercício de poder, que não é direito penal, embora revista a forma de lei penal.

Neste caso, o direito penal, ou melhor, a missão do direito penal, torna-se frustrada, visto que não garante efetivamente os bens jurídicos, mas tão-somente formalmente. Desse modo, este direito penal fica sem utilidade, sem um "para quê".

---

[85] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. *Limites e possibilidades da Constituição Brasileira***. *2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 79.*

[86] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito**... p. 365.

[87] *Ibidem, p. 366.*

A eficácia da norma penal, outrossim, está fulcrada no grau de interação que guarda com o bem jurídico que garante. Quanto mais próximo da sociedade estiver o valor que o bem jurídico encarna, mais facilmente o destinatário da norma poderá respeitá-la. Isto porque a lei penal regula ações do homem, ele existe para o homem, portanto, deve estar antropologicamente fundada, o que nos leva a concluir que não basta à norma eficácia jurídica se ela não possui eficácia social. Mais uma vez, será direito penal, no entanto, não eficaz.

Assim, para que qualquer norma obtenha um mínimo de eficácia, é preciso que tenha como referencial a realidade para a qual se dirige, do contrário, certo será a inoperância dos instrumentos legais face à uma realidade distante daquela que foi objeto das regulamentações legais.

Isto significa que as normas penais, ainda que vigentes, podem ser ineficazes por não atenderem às condições substanciais de sua produção, isto é, juridicamente legítimas no plano formal, mas não no material.

Por fim, um direito penal verdadeiramente eficaz seria aquele que, de acordo com os valores sociais, limitaria a atividade sancionadora do Estado, refletindo adequadamente a proteção buscada pela norma penal. Assim, a eficácia da norma e, por conseguinte, do sistema penal, não se refere apenas ao resultado da aplicação de referida norma, mas, antes disso, no campo de sua criação, visto que pode solucionar um conflito, entretanto, de forma inadequada ou desproporcional, ser, portanto, vigente, "eficaz", mas ilegítima.

4.2. Da Busca por Legitimidade

De acordo com Eugenio Raúl ZAFFARONI, para que um sistema seja legítimo, ele precisa ser, antes de tudo, racional e, posteriormente, atuar em conformidade com o sistema estabelecido, racionalmente.

"A quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais."[88]

---

[88] *ZAFFARONI, Eugenio Raúl.* ***Em Busca das*** *..., p. 17.*

Assim, quanto mais um ordenamento expande os direitos e garantias com a incorporação de deveres públicos, tanto maior pode ser a diversificação entre normatividade e efetividade, entre validade e vigor entre dever ser e ser do direito. Nesse sentido, como bem afirma ZAFFARONI, "o discurso jurídico-penal não pode desentender-se do "ser" e refugiar-se ou isolar-se no "dever-ser" porque para que esse "dever-ser" seja um "ser que ainda não é" deve considerar o *vir-a-ser possível do ser*, pois do contrário, converte-se em um ser que jamais será, isto é, num *embuste.*"[89]

Agindo dessa forma, portanto (expandindo-se), torna-se impossível ao sistema penal provar sua racionalidade[90], pois, ele próprio não atua em conformidade com aquele planejamento proposto. O sistema penal desdiz o próprio sistema penal, pregando e negando, ao mesmo tempo, o próprio planejamento, o que faz com que, exponha a sua própria ilegitimidade.

Dessa forma, para se justificar e legitimar a potestade punitiva do Estado é necessário que se parta da premissa de que o Direito Penal é resultado de processo de criação racional da sociedade.

Assim, partindo-se do pressuposto de que o Direito Penal é um instrumento de controle social de um determinado modelo de sociedade, a fonte primária de legitimação deste direito reside na capacidade que este venha a dispor de reduzir ao mínimo possível o grau de violência que se gera em uma sociedade. Entretanto, vale salientar que este controle social deve ser realizado sempre à luz dos princípios informadores do modelo de Estado adotado.

Desse modo, pode-se afirmar que no que concerne ao nosso modelo, os requisitos legitimadores são: (i) que o prejuízo que se procura evitar seja maior do que o mal que causa, vale dizer, que haja um saldo positivo em favor da pena criminal na balança dos pesos dos bens jurídicos postos em confronto; (ii) que a pena seja um instrumento efetivo e eficaz para evitar esses prejuízos; e (iii) que seja necessário no sentido que não haja uma medida mais econômica em termos de dano social que seja igualmente efetiva.

---

[89] *ZAFFARONI, Eugenio Raúl.* ***Em Busca das*** *..., p. 19.*

[90] A racionalidade do sistema, segundo Zaffaroni, se apresentaria se ele fosse coerente e verdadeiro. Há de se proclamar o entendimento de que a coerência interna do discurso jurídico-penal identificada por Zaffaroni, não tem seu momento de esgotamento em sua própria complexidade lógica, mas, precisa de uma análise antropológica, que de maneira fundamental, exige uma permanente situação de não-contrariedade, para usar uma expressão do pensador latino-americano *o direito serve ao homem, e não o contrário.* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das** ..., p. 17).

Por tudo o que foi dito é que se põe em xeque a legitimidade desse *ius puniendi* que extrapola os requisitos acima delineados e, sobretudo, os princípios de um Estado democrático, conquistados, por meio de muitas lutas, ao longo da história. Refugiando-se no dever-ser e divorciando-se do ser.

Procurando legitimar-se, esse direito penal, que não consegue cumprir os fins a que se propõe – por isso um "dever ser" que nunca será -, através de um discurso falso, faz de conta que algo está sendo feito a fim de produzir a ilusão de segurança no seio da sociedade e, ao invés de funcionar como um mecanismo de alteração de um *status quo* degradado, opera como um mecanismo de manutenção desse *status quo*. Infelizmente, para tanto, acaba não operando para todos de forma igualitária.

Assim, torna-se um sistema seletivo, com destinatários previamente escolhidos, isto é, monta-se um direito penal com a intenção nítida e real do exercício de poder fundado numa arbitrariedade voltada para a *clientela do direito penal*.

É a partir dessa seleção e da necessidade de fazer de conta que opera para todos os indivíduos de forma igualitária (direito penal simbólico), que surgem as excrescências do sistema, visto que passa a atuar de forma pontual e através de uma legislação de conjuntura, boicotando dessa forma, a real missão do direito penal, a fim de atender as necessidades de alguns e iludir outros menos afortunados.

CONCLUSÃO

É evidente que nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato operam.

Esses são questionamentos que nos preocupam e nos obrigam a refletir acerca da legitimidade do poder manifestado por meio de nossas instituições oficiais e, conseqüentemente, acerca da eficácia dos meios de que se utilizam (idoneidade e alcance dos fins a que se propõe).

Portanto, quando, em nossa introdução, partimos do pressuposto que estamos enfrentando uma crise de nosso sistema penal e que, porém, surge a necessidade de redimensionamento desse sistema, de forma racional. Queríamos dizer que o que precisamos é reconstruir esse sistema à luz das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, isto é, o que precisamos é de uma teoria controlada empiricamente – por meio da verificação da efetividade e da eficácia dos meios utilizados – e de uma prática balizada por princípios.

> O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal dos Estados de direito é ser coerente com seus próprios princípios "garantistas": princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios ...[91]

Toda essa análise, no entanto, decorre do descompasso que não raras vezes se assiste entre Direito Penal e o mundo exterior à dogmática jurídica, o que tem conduzido à inconsistência, à fragilidade e, pior ainda, a inutilidade do sistema penal como regulador da vida social.

Partilha desse entendimento, Gevan ALMEIDA, ao afirmar que "lamentavelmente, há um descompasso enorme entre a teoria e a prática. No plano constitucional, temos um direito penal mínimo e garantista. (...) Mas o que vemos na realidade? Condições subumanas, superlotação, rebeliões, massacres."[92]

---

[91] BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n° 5, p. 5-24, jan./mar., 1994. p. 24.

[92] ALMEIDA, Gevan. op cit., p 86.

É isso que leva Eugenio Raúl ZAFFARONI a afirmar que "a programação normativa baseia-se em uma 'realidade' que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente".[93] Assim, "o discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso ...".[94]

Exemplo desse discurso falso é esse direito penal simbólico, promocional, excessivamente intervencionista e preventivo, que se sugere capaz de garantir a tranqüilidade social, no entanto, apenas produz a ilusão de que algo foi feito.

Essa nova fisionomia da legislação penal brasileira produz efeitos negativos. Promocional, simbólico e preventivo, as normas, num primeiro momento, atendem ao clamor social, porém, "aglutinadas" ao sistema, essas normas elásticas e genéricas, relacionadas a um sem número de setores da atividade humana, enfraquecem a base de sustentação desse sistema, qual seja, a sua base principiológica, rompendo-se, assim, com sua coerência e harmonia.

Outrossim, torna-se lento e ineficaz, visto que passa a cuidar de assuntos que já deixaram de reclamar a sua tutela, o que implica na sua ausência em áreas onde não poderia faltar, advindo de tal omissão a inevitável violência, retratada na impunidade, na falta de crédito das instituições jurídicas e, sobretudo, na ocupação (por grupos criminosos) de espaços que antes eram reservados pela sociedade para a atuação do Estado. Daí o estado de anomia em que se refletem as frustrações da justiça penal incapaz de resguardar os valores fundamentais da coletividade.

Não obstante esse contexto de crise, assiste-se rica elaboração criminológica que questiona o sistema penal enquanto forma de controle social, enquanto organismo funcional colocado a serviço dos diversos tipos de Estado e das diversas realidades sociais: suas fórmulas normativas e seus princípios, a legitimidade da intervenção penal, os mecanismos e estruturas sociais, a cultura, a mídia, os ritos processuais e até mesmo os mecanismos "normativos" que conduzem à conduta criminal.

Essa elaboração, ao mesmo tempo que possui o caráter de denúncia, apresenta alternativas, de inegável valor.

---

[93] *ZAFFARONI, Eugenio Raúl.* ***Em Busca das*** *..., p. 12.*

[94] Idem.

Nesse diapasão, foi que, com a humildade de um conhecimento longe do necessário, optou-se pelo modelo de direito penal mínimo e garantista que – em expressão simples – apregoa que o sistema repressivo, por, intrinsecamente, produzir violência, deve ficar reservado aos episódios em que sua atuação torna-se indispensável. Portanto, viu-se nas idéias minimalistas, um modelo capaz de apresentar soluções para os problemas que afligem a todos e, dessa forma, resguardar-nos do poder arbitrário.

Portanto, nesse momento em que "a retórica beira o histriônico e lança mão das armas tradicionais do populismo eleitoreiro, do 'prendo e arrebento' sem meias palavras"[95], ou seja, da popularidade da tolerância zero é que os postulados do minimalismo passam a fazer sentido.

A doutrina do Direito Penal Mínimo, com seu discurso minimalista faz ressurgir questões importantes inerentes ao sistema penal, procurando amolda-lo aos pressupostos mínimos que justifiquem esta via de tutela estatal. Desse modo, limita-se o poder punitivo do Estado, principalmente no que concerne àquelas elaborações legislativas decorrentes de situações de crises político-institucionais e de comoções de natureza sócio-econômica.

Ademais, não obstante a limitação dada ao *ius puniendi* pela simples aplicação do princípio da intervenção mínima, temos que ter em mente que antes dele ou antes de qualquer outro princípio, há limites, prévios e gerais, que provêm do simples reconhecimento de todo ser humano como *pessoa* e, este sim, é que deve ser o balizador precípuo de qualquer ingerência estatal.

Como já dizia Erasmo de ROTERDÃ em *A educação de um príncipe*, "um número muito pequeno de leis será suficiente em um Estado bem ordenado, com um príncipe e magistrados honestos, e se as coisas forem diferentes, nenhuma quantidade de leis será suficiente".[96]

Com estas palavras, passo à conclusão deste ensaio afirmando que a unidade de um sistema depende, antes de tudo, do grau de racionalidade e confiabilidade que os cidadãos podem nele depositar. E, como demonstrado ao longo

---

[95] BELLI, Benoni. Violência, Polícia e Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, *São Paulo, ano 10, p. 231–240, jul./set. 2002, p.235.*

[96] ROTERDÃ, Erasmo de. A Educação de um Príncipe. In: Conselho aos Governantes, Coleção Clássicos da Política. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 387 *apud* MACIEL, Adhemar Ferreira. Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário. **Revista de Processo**, n. 97, p. 23-24, jan./mar. 2000.)

deste trabalho, este modelo foi delineado por outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, principalmente, pelo legado jurídico-iluminista, que concebeu a pena como a mínima aflição necessária. Portanto, "as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos".[97] (grifo nosso).

[97] *BECCARIA, Cesare. op cit.,. p. 20.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos Movimentos de Política Criminal e Seus Reflexos na Legislação Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1992.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**, trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n° 5, p. 5 – 24, jan./mar. 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. Os Sistemas Penais Brasileiros. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**, Rio de Janeiro, n.° 1, p. 163 – 178, dez., 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas,** trad. Paulo M. Oliveira, Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965.

BELLI, Benoni. Violência, Polícia e Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, ano 10, p. 231 – 240, jul./set. 2002.

BERISTAIN, Antonio; NEUMAN, Elías. **Criminología Y Dignidad Humana (diálogos)**. 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal** - Vol. II, trad. Paulo José Costa Júnior *et alli*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, PRADO, Luiz Régis. Princípios Fundamentais do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.° 15, p. 81 – 88, jul./set. 1996.

CARVALHO, Ivan Lira de. O Direito Penal como Instrumento Inibidor da Violência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.° 5, p. 69 – 75, abr./jun. 1997.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo *et alli*. Ninguém é cidadão **Boletim IBCCRIM,** São Paulo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.° 113, p. 2 – 3, abril, 2002.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**, trad. Eliana Granja *et al.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Sidney Alves. **Abolicionismo Penal**. Ciência Penal: Coletânea de Estudos. Rio de Janeiro: Valença, 1995.

COULANGE, Fustel de. **A Cidade Antiga**, trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12ª ed., São Paulo: Hemus, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português. Parte Geral II. As Conseqüências Jurídicas do Crime**. Lisboa: Aequitas, 1993.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2ª ed., São Paulo: *Editora Revista dos Tribunais, 1998.*

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____ *et al.* **Penas restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas: lei 9714, de 25.11.1998**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, trad. Ana Paula Zomer *et al.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **A inconstitucionalidade do Direito Penal do terror.** Curitiba: Juruá, 1991.

HULSMAN, Louk *et alii.* **Penas Perdidas: o sistema penal em questão.** Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Rio de Janeiro: Luan, 1991.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2ª ed., *revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.*

LUISI, Luiz. O Princípio Constitucional Penal da Intervenção Mínima. *In*: MOREIRA, Juraci (Org.). **Ciência Penal – Coletânea de Estudos.** Curitiba: JM Editora, 1999. p. 267 – 280.

MACIEL, A. F. Considerações sobre as causas de emperramento do Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 17-26, jan./mar. 2000.

NETO, Cândido Furtado Maia. Bases Humanitárias e Democráticas para Reforma do Direito Penal Brasileiro. *In*: MOREIRA, Juraci (Org.). **Ciência Penal – Coletânea de Estudos.** Curitiba: JM Editora, 1999. p. 37 – 51.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O Direito Penal e a Intervenção Mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n° 17, p. 145 – 152, jan./mar. 1997.

PALAZZO, Francisco C. **Valores constitucionais e direito penal**, trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns Movimentos Político-Criminais da Atualidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n° 11, p. 295 – 306, jan./mar. 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal em el Estado social e democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A, 1994.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **Funções do Direito Penal: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE JR, Miguel. Avanços e Retrocessos. In: **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992).

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal.** Tradução de Ana Paula dos Santos *et alli*. Lisboa: Vegas, 1981.

SALLES, Carlos Alberto de. Reforma Penal e Nova Criminalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n° 3, p. 101 – 117, out./dez. 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. Política Criminal: realidade e ilusões do discurso penal. **Instituto de Criminologia e Política Criminal.** http://www.cirino.com.br/artigos_politicacriminal.htm, 23 de março de 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, São Paulo: *Revista dos Tribunais, 2002.*

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e Crime. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos Criminais em Homenagem à Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001.

_____; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista *dos Tribunais, 2002.*

_____. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: o mito da repressão pena: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca da Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

_____, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Manual de Derecho Penal: parte general.** 6ª ed., Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial Y Financiera, 1998.