



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS 1  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
CURSO DE DIREITO**

**MOISÉS PEREIRA DOS SANTOS NETO**

**O ESTADO E O *JUS PUNIENDI* : UMA ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA DO  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**CAMPINA GRANDE-PB  
2018**

**MOISÉS PEREIRA DOS SANTOS NETO**

**O ESTADO E O *JUS PUNIENDI* : UMA ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA DO  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada ao Departamento do  
Curso de Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

**Orientadora:** Prof<sup>ª</sup>. Dra. Rosimeire Ventura  
leite

**CAMPINA GRANDE-PB  
2018**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S237e Santos Neto, Moises Pereira dos.  
O estado e o *Jus Puniendi* [manuscrito] : uma abordagem sob a perspectiva do estado democrático de direito / Moises Pereira dos Santos Neto. - 2018.  
53 p. : il. colorido.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

"Orientação : Prof. Dr. Rosimeire Ventura Leite , Departamento de Direito Público - CCJ."

1. Jus Puniendi. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Poder Punitivo Estatal.

21. ed. CDD 345.077

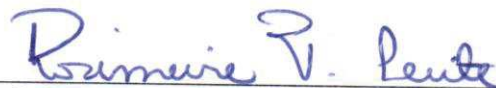
MOISÉS PEREIRA DOS SANTOS NETO

O ESTADO E O *JUS PUNIENDI* : UMA ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA DO  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia apresentada ao Departamento do  
Curso de Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 15/06/2018.


BANCA EXAMINADORA



Prof.<sup>a</sup>. Dra. Rosimeire Ventura Leite (**Orientadora**)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof.<sup>a</sup>. Dra. Aurci Gonzaga Farias  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
Prof. Esp. Laplace Guedes Alcoforado  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

## AGRADECIMENTOS

A Deus, o Autor da vida, por sua infinita graça e misericórdia.

Aos meus pais Severina Pereira Santos e Antônio Pereira dos Santos (*in memoriam*) aos quais devo todo sucesso de minha vida.

A minha esposa Albertina Dantas Pereira por sua companhia e amizade.

Aos meus irmãos indistintamente.

À professora Rosimeire Ventura Leite pela orientação.

Aos professores Laplace Guedes Alcoforado e Aureci Gonzaga Farias por terem aceito fazer parte da banca.

A todos meus professores do Curso de Direito desta universidade, que contribuíram ao longo do curso, por meio das disciplinas e debates, para o meu desenvolvimento intelectual.

Aos funcionários da Universidade Estadual da Paraíba, em particular aos servidores do Centro de Ciências Jurídicas, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo realizar estudo sobre os fundamentos do poder punitivo estatal e seus limites no contexto de um Estado democrático de direito. O Direito surge como meio de resolução dos conflitos sociais, pressupondo-se que tais conflitos tenham alguma solução. O Estado deve, em razão do seu papel no controle social e por meio do Direito Penal, fazer valer sua efetiva atuação, punindo as infrações penais. A questão que se coloca é: como limitar este poder punitivo, evitando arbitrariedades e excessos, notadamente à luz dos parâmetros legais e principiológicos do Estado democrático de direito? Justifica-se o tema pelo fato de que os limites entre a liberdade individual e o poder estatal serem um marco sempre presente ao longo do desenvolvimento das sociedades, sem nunca perder sua atualidade. Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa teórico-bibliográfica, de natureza dedutiva. Ao final, conclui-se que as pessoas, enquanto cidadãos, só se realizam plenamente no espaço político-social do Estado e que o Estado democrático de direito oferece as ferramentas necessárias à limitação do jus puniendi, coibindo os excessos.

**Palavras-Chave:** Jus puniendi. Estado democrático de direito. Poder Punitivo Estatal

## **ABSTRACT**

This monograph aims to study the foundations of state punitive power and its limits in the context of a democratic State of law. Law emerges as a means of resolving social conflicts, assuming that such conflicts have some solution. Due to its role in social control and through criminal law, the State must enforce its effective action, punishing criminal offenses. The question is: how to limit this punitive power, avoiding arbitrariness and excesses, especially in light of the legal and principles of the democratic State of law? The theme is justified by the fact that the boundaries between individual freedom and state power are an ever-present milestone throughout the development of societies without ever losing their relevance. As for the methodology, it is a theoretical-bibliographic research, of a deductive nature. In the end, it is concluded that people, as citizens, are only fully realized in the political-social space of the State and that the democratic State of law offers the necessary tools to limit *jus puniendi*, curbing excesses.

**Keywords:** *Jus puniendi*. Democratic state of law. State Punitive Power.

## SUMÁRIO

\_Toc499725598

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DAS SOCIEDADES À ATUAL .....</b>	<b>12</b>
<b>FORMAÇÃO POLÍTICO -SOCIAL DO ESTADO .....</b>	<b>12</b>
<b>3 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES AO.....</b>	<b>20</b>
<b>ESTADO.....</b>	<b>17</b>
<b>4 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO CONTROLE PENAL.....</b>	<b>22</b>
<b>5 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>29</b>
<b>6 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL NO ESTADO BRASILEIRO.....</b>	<b>32</b>
<b>7 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FINALIDADE DA PENA.....</b>	<b>41</b>
<b>8 MINIMALISMO E ABOLICIONISMO PENAL.....</b>	<b>47</b>
<b>9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>55</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo geral realizar estudo sobre os fundamentos do poder punitivo estatal e seus limites no contexto de um Estado democrático de direito.

Compete única e exclusivamente ao Estado o monopólio do poder punitivo, embora deve ressaltar-se que a pena não é, em si mesma, o fim do exercício do poder punitivo do Estado, e sim do Direito Penal.

O processo de racionalização do direito se revela numa grande conquista da humanidade em que se concretiza o monopólio do uso da violência pelo poder público. Portanto, a questão que se levanta se volta à fundamentação e limites do efetivo exercício deste poder/dever punitivo estatal.

A escolha deste tema se justifica em razão de se tratar de uma questão de suma importância para toda a sociedade, uma vez que a atuação punitiva do Estado se faz indispensável por não se dispor de outra forma de se controlar os indivíduos e a sociedade como um todo e em razão da própria natureza humana, e mesmo porque é atribuição do Estado assegurar a liberdade e as garantias individuais, cabendo a ele promover a convivência pacífica e o controle social.

Busca-se, a partir de uma breve explanação sobre a formação das sociedades, delinear-se a importância e necessidade da presença e atuação do Estado nas sociedades como detentor do *jus puniendi*, em razão de sua atribuição em promover e assegurar o bem-estar social, fazendo valer seu controle social.

Far-se-á ver que o Estado pressupõe uma ordem jurídica a qual deve garantir importantes instrumentos para a defesa dos particulares em face do Poder do Estado, assegurando os direitos e garantias individuais como a maior defesa dos cidadãos em relação ao Estado.

O poder punitivo estatal se efetiva por meio do Direito Penal e deve ter por fundamentação os preceitos constitucionais, sendo assim, demonstrar-se-á que o Estado detém o *jus puniendi*, contudo, ele faz valer seu poder punitivo por meio do Direito Penal, este confinado em limites constitucionais que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

No Estado Democrático de Direito, para assim ser considerado, um crime deve passar por exigências de ordem formal (somente as leis podem descrevê-los e cominar-lhes penas) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito).

Tem-se que o Brasil é um Estado que politicamente falando adotou a formação de organização social sob a concepção de Estado Democrático de Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil instituiu, em seu art. 1º, o Estado Democrático de Direito e, a pena, por ser uma manifestação do direito de punir estatal, deve observar os seus fundamentos e princípios decorrentes.

Falar do poder punitivo estatal é falar de alguma maneira sobre a finalidade da pena. Assim, ainda que brevemente, aborda-se aqui a finalidade da pena, vista nesta finalidade um dos aspectos da imposição da pena.

Ocorre que teorias se insurgiram contra este poder punitivo estatal ao recusarem sua legitimação ao punir. Seus defensores propunham a deslegitimação (minimalismo e abolucionismo) conferida ao Estado para tal fim, em razão de suas insatisfações com o sistema penal, apontando-se para um Direito Penal Mínimo. Sendo assim, traz-se, ainda que brevemente, algumas posições abolucionistas e minimalistas que consideram o Direito Penal um direito seletivo e que o sistema penal não consegue prevenir, nem em caráter geral, nem em caráter especial, a prática de novos delitos através da cominação ou aplicação de penas.

Este trabalho trata de uma pesquisa na qual parte-se de uma realidade político-social que diz respeito diretamente aos interesses da sociedade, numa relação na qual o Estado detém para si a responsabilidade em promover e assegurar o bem-estar social, tendo sob seu controle a sociedade como um todo.

Para se chegar à fundamentação teórica, fez-se necessário a devida pesquisa em diversas obras voltadas à temática, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica em que se pudesse amparar o presente estudo. Utilizou-se, portanto, do método dedutivo.

Considera-se que o presente estudo contribuiu para o enriquecimento pessoal deste aluno e esperasse que contribua também para a comunidade acadêmica bem como para com a sociedade em geral pelo fato que este tema indiscutivelmente alcança os indivíduos, a sociedade e o próprio Estado já que é nele que as pessoas se realizam plenamente em todos os sentidos de sua existência.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DAS SOCIEDADES À ATUAL FORMAÇÃO POLÍTICO-SOCIAL DO ESTADO

Falar sobre a formação das sociedades é falar sobre a história das civilizações ao Estado dos dias atuais. É falar sobre conflitos e interesses individuais dos mais diversos vividos pelos homens desde os tempos mais primitivos.

No decorrer de todas as épocas e culturas pode ser observado que houve uma necessidade de aplicação de punições, decorrendo daí a origem da pena e por conseguinte do Direito Penal. Tem-se, então, que cada civilização se utilizou de suas peculiaridades, variando conforme o grau de evolução, quanto à maneira de punir.

Bitencourt (2014) coloca que quanto à evolução da pena, a doutrina mais aceita é a da tríplice divisão representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Mirabete (2014, p. 15) aduz que “a pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça”.

Com o surgimento da sociedade urbana, já sob um certo viés político, surge também um novo direito, tendo suas primeiras evidências em manifestações verificadas na região da Mesopotâmia e no Egito. Não se tratava, à época, de um direito escrito mas de um conjunto disperso de usos, práticas e costumes, reiterados por um longo período de tempo e publicamente aceitos. É o tempo do direito consuetudinário, em que não se conhecia a invenção da escrita, em que uma casta ou aristocracia investida do poder judicial era o único meio que poderia conservar, com algum rigor, os costumes da raça ou tribo. Nas aquelas primeiras sociedades a lei era considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressava a presença de um direito calcado na tradição e nas práticas costumeiras que mantinham a coesão social. Nesta visão afirma Wolkmer (2006, p.17)

O direito arcaico pode ser interpretado a partir da compreensão do tipo de sociedade que o gerou. Se a sociedade da pré-história fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais considerar que a base geradora do jurídico encontra-se, primeiramente, nos laços de consangüinidade, nas práticas do convívio familiar de um mesmo grupo social por crenças e tradições.

Naquelas sociedades primitivas, os costumes eram transmitidos oralmente, de geração para geração; cada uma possuía um direito único, vivendo com autonomia e não havia uma diferenciação efetiva entre o que era jurídico do que não era jurídico. Àquele tempo, a transmissão oral foi uma prática de uma tradição marcada por revelações sagradas e de cunho divino.

Num primeiro momento, as sociedades primitivas atribuíam à pena um sentimento de vingança visto como expressão natural e ao mesmo tempo instintiva em resposta a qualquer perturbação sofrida. Tem-se que a Antiguidade é marcada como um período de vingança privada, uma vez que a punição era sempre imposta como vingança e prevalecia a lei do mais forte.

Em um segundo momento, a pena passa a ter ligação direta aos aspectos religiosos dos clãs e das tribos, guardando-se assim uma estreita ligação entre as crenças e as punições. O crime agora se revestia de um caráter religioso e era tido como um mal praticado contra os próprios deuses. Os membros dos clãs e das tribos entendiam que as consequências de um mal praticado recairia de forma danosa sobre todos do grupo, então aos ofensores era aplicada determinada pena como forma de reparação às divindades. Acreditavam eles que uma vez sendo aplicada uma punição ao ofensor a comunidade e os demais membros da comunidade estariam livres da ira dos deuses.

Da formação destes agrupamentos resulta o que se tem como noção de sociedade que, mais do que um produto ideal, uma ficção hipotética se constitui ser real, por compreender uma relação sólida entre a pluralidade de homens que a integra. Logo, a sociedade só sobrevive pela organização, que supõe a autoridade e a liberdade como elementos essenciais.

Em linhas gerais, a evolução da pena dá-se a partir das penas de perda da paz até o chamado período humanitário. Mas ao longo das formações das sociedades, a pena sofre complexas influências entre as quais pode-se frisar as influências místicas, religiosas, políticas e etc.

A sanção criminal passa por diversas etapas em sua evolução desde a vingança privada, a vingança pública e a composição que foram formas de sanções aplicadas até se chegar às penas públicas, momento em que o Estado passa a deter o monopólio sobre a sociedade no tocante à sanção criminal.

Uma vez que os homens passaram a viver em sociedade viram-se na necessidade de se sujeitarem às relações sociais, abrindo eles mão da própria liberdade, mas não por bondade e

sim por necessidade de sobrevivência. Abrir mão da própria liberdade é o mesmo que renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, inclusive aos seus deveres. É de se entender que este homem não estaria ligado ao conjunto de normas reguladoras da sociedade apenas por nobreza de espírito.

Ratificando este pensamento e reportando-se ao individualismo e necessidade de sobrevivência do homem, Beccaria sugere que:

Façamos uma consulta portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir. Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. (BECCARIA, 2014, p. 16).

Ao passo que aquelas primeiras sociedades surgiam, deu-se a necessidade de se proclamar o soberano do povo, o qual era encarregado das leis, o depositário das liberdades. Contudo, não era suficiente a formação desse depósito. Então, em razão da chamada usurpação do particular sobre o interesse geral, surgia a necessidade de se punir. Daí surgirem as penas como meio de punição. Surgia assim o direito de punir, o qual nada mais traduz o direito que tem o Estado de aplicar uma sanção penal contra quem praticou uma ação ou omissão conforme legislação penal. Assim, o surgimento daquelas sociedades decorriam com elas problemas diversos o que impunha novos desafios e medos aos homens.

Em razão daquelas novas relações, agora não mais só entre aqueles homens, mas entre as sociedades, surgiram as leis como condição mínima da possibilidade de agrupar os homens. E neste sentido, Beccaria observa que:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos por toda parte, cansados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma de todas dessas partes de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, constituiu a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário das liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo (BECCARIA, 2014, p. 17).

Para Beccaria (2014, p.17-18), os homens ainda que livres, por um aspecto, estão presos, por outro aspecto, em razão do bem comum, exercido pelo poder atribuído ao Estado. Contudo, frisava o autor que “todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo”.

É senso comum considerar que o homem é em essência um ser social. É fato que o homem não sobreviveria fora da sociedade, e uma vez vivendo em sociedade, ele necessariamente cria a autoridade e o Estado.

Mesmo nas sociedades atuais, como todos os tipos de inovações, não se encontrou ainda outra forma dos cidadãos se realizarem plenamente fora deste vínculo denominado de Estado. É consenso também que o fim geral do Estado é o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Por vezes, este bem comum consiste no desenvolvimento integral desse povo, conforme peculiaridades de cada Estado e de cada época, através da criação de condições sociais que permitam a cada homem e a cada grupo social conseguir seus respectivos fins particulares. É neste espaço, portanto, onde deve ser assegurada a realização plena de todos os indivíduos em todos os seus aspectos enquanto pessoas detentoras de direitos e deveres.

Sendo o homem um ser social, é aceitável a ideia de que ele sempre tenha buscado viver em grupo, desde os povos primitivos, tendo como finalidade suprir suas necessidades mais básicas e intrínsecas possíveis.

A sociedade uma vez atingindo determinado grau de evolução, passa a constituir um Estado. É no Estado, que todos os indivíduos se realizam plenamente em todos os seus aspectos enquanto pessoa humana, enquanto cidadãos. Todos os indivíduos, sem distinção alguma, se encontram sob esta ordem jurídica sendo obrigados, ainda que coercitivamente ao cumprimento de normas. Se por um lado os indivíduos se obrigam, por outro lado, o Estado se auto-obriga numa mesma intensidade para com os indivíduos, em impor-lhes normas e ao mesmo tempo assegurar-lhes direitos.

Beccaria (2014) via na natureza do poder de coerção do Estado um dos elementos básicos do conceito de sociedade, verdadeira (pré)condição da vida em comunidade, sendo em realidade, o ato fundante do Estado, estruturando e justificando o poder. Assim, aquele autor estabelecia o processo consensual de sacrifício das parcelas de liberdades individuais, legitimador do Estado de Direito, já que o Estado representava a “institucionalização” do consenso das vontades concorrentes na nação, devendo portanto, criar mecanismos de manutenção da mesma.

A formação do Estado a partir da união de liberdades é expressão resultante do contratualismo, especificamente na ideia de contrato social (ROUSSEAU, p. 20-21). A

sociedade possui fins e necessidades diversas, já os indivíduos são distintos, inclinados a si próprios, logo surge a necessidade da constituição de uma autoridade.

Na evolução das sociedades da qual nasce a noção de autoridade social surgiu a construção do conceito de Estado, ente este, que passou a desempenhar funções políticas, sociais, econômicas e jurídicas. Kelsen concebia o Estado como ordem jurídica. Então, afirmava ele:

É natural caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isto, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento “político” específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e regulada por esta ordem, nos atos de coação que essa ordem estatui. São no precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado (KELSEN, 2014, p. 316-317).

Kelsen não via outra maneira dos homens se realizarem fora do Estado, portanto, ele defendia sua posição afirmando:

Todas as tentativas para encontrar um outro vínculo que reúna, transforme numa unidade, indivíduos de línguas, raças, religiões e concepções de vida possivelmente diferentes, separados por opções e números outros conflitos de interesses, falham necessariamente. (KELSEN, 2014, p. 318).

Visualizando o Estado da condição de estado natural ao estado civil, pode-se observar que se deu no homem uma mudança considerável, uma vez que substituiu o instinto pela justiça, e incluiu nas suas ações, a moralidade que anteriormente lhes faltava. Então, tem-se que desta passagem do homem do estado natural ao civil que:

Foi só então que a voz do dever fez com que o homem se visse forçado a agir pelos princípios da justiça e consultar a razão antes de ouvir seus pensadores, pois até então só tinha olhado para si mesmo, estava acostumado a agir pelo impulso físico, e pelo direito ao apetite. (ROUSSEAU, 2015, p. 25).

Filósofos e teóricos como Hobbes defendiam que somente o direito de amparar-se a si mesmo era irrenunciável, sendo todos os outros direitos decorrentes deste. Por Locke, três direitos naturais básicos foram destacados: a liberdade, a propriedade e a vida. Rousseau, já nos fins do século XVIII defendia que todos os homens nascem livres, e esta liberdade é parte indissociável da natureza do homem. Para ele o homem tinha direitos inalienáveis como a garantia equilibrada da igualdade e da liberdade. Defendia ele também a ideia de que a

organização social deve basear-se em um contrato social firmado entre todos os cidadãos que compõem a sociedade, contrato este do qual surgiu a vontade geral que é soberana e que objetiva a realização do bem geral.

A derrocada do Absolutismo expressou um passo em direção à construção de uma civilização democrática e liberal. Das ideias de Montesquieu, o poder estatal foi separado em três esferas, sendo o executivo, legislativo e judiciário. Daí, após a queda da Bastilha e as independências das colônias americanas, algumas repúblicas passaram a seguir este modelo.

A Revolução Francesa se norteou por princípios ideológicos quais sejam a liberdade, a igualdade e a fraternidade, e anunciou o advento dos direitos fundamentais, os quais a História recente se encarregou de dividir em gerações, ou dimensões. Em um primeiro momento, logo após a passagem do Estado autoritário para o Estado de Direito, as constituições que passaram a ser escritas consagraram as liberdades individuais, acentuando as liberdades públicas e os direitos políticos.

Verifica-se que alterações se deram na sociedade internacional e tais alterações consagraram a necessidade do advento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, em decorrência dos novos e “modernos” problemas e preocupações que norteiam a humanidade. Portanto, pode ressaltar a preocupação pela preservação do meio ambiente e a busca pela paz como necessidades de interesse de toda a comunidade global, decorrendo, portanto, o princípio da fraternidade acentuado nas Constituições modernas.

O Estado de Direito significou um expressivo avanço, pois representou o afastamento do autoritarismo estatal, a limitação do poder, a estruturação do Estado e a catalogação das leis, que passaram a ser passíveis de ser observadas por todos, cidadãos e governantes. Assim, o chefe de Estado passou a se submeter às normas legais, não cabendo a ele criá-las, tampouco julgar aqueles que a elas infringem. As leis escritas estabeleceram de forma clara os comportamentos que se espera que todos devam seguir, e aqueles atos que todos devem se abster de cometer, definindo-os como crimes.

Ocorre que mesmo o Estado de Direito representando importante progresso no combate ao absolutismo monárquico, ainda carecia de conteúdo social, já que apenas esboçava uma igualdade entre os homens por uma questão pura e simplesmente formal, em que se afirmava que todos são iguais perante a lei simplesmente só pelo fato de assim estar escrito, e nada mais (BONAVIDES, 2015, p. 42- 49).



Ao final do século XIX é que se consolidam as grandes bases do Estado de Direito.

Segundo Capez (2014) a concepção jurídico-positivista do século XIX, por exemplo, considerava direito apenas aquilo que se encontrava formalmente disposto no ordenamento legal, não havendo necessidade de se fazer qualquer juízo de valor sobre seu conteúdo. Para essa corrente não importava que na prática a sociedade era injusta e desigual, porquanto a busca da igualdade se contentava com a generalidade e impessoalidade das normas, que garantia a todos um tratamento igualitário, ainda que apenas teórico. Capez assim caracteriza o Estado Formal de Direito:

(...) a) a submissão de todos ao império da lei; b) a divisão formal do exercício das funções derivadas do poder, entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, como forma de evitar a concentração da força e combater o arbítrio, c) o estabelecimento formal de garantias individuais; d) o povo como origem formal de todo e qualquer poder; e) a igualdade de todos perante a lei, na medida em que estão submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais; f) a igualdade meramente formal, sem atuação afetiva e interventiva do poder público, no sentido de impedir distorções sociais de ordem material (CAPEZ, 2014, p. 21).

O Estado Democrático de Direito visa garantir o respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e às garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Não há a submissão de todos ao império da lei, mas um Estado em que as leis possuem adequação social. Dele, advém um dos principais princípios da nossa Constituição, que é o da dignidade da pessoa humana. De acordo com este, não há a possibilidade de se normatizar atos que não representam nenhum valor de interesse social. E mesmo o operador do Direito deve atentar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e todos os demais subprincípios regradores que dele partem, quando da aplicação da lei.

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela igualdade entre os homens, visa promover e garantir uma sociedade livre e justa, mediante a aplicação de normas que visem o pleno desenvolvimento de toda a sociedade. Caracteriza-se, ainda, pela prioridade social, proporcionando os necessários meios e as oportunidades para o desenvolvimento de todos os indivíduos não apenas por conta da mera formalidade das leis, mas sim pela adequação destas às necessidades individuais.

Capez (2014) coloca que o Estado Democrático de Direito se verifica não apenas pela proclamação formal da igualdade entre os homens, mas:

(...) pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pela garantia do desenvolvimento nacional; pela

erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das ideias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana (CAPEZ, 2014, p. 22).

O Estado Democrático de Direito visa à justiça tendo-se como valor-síntese a dignidade humana. Contudo, há indagações pertinentes as quais necessitam de respostas na aplicação do Direito e na busca pela justiça em que a liberdade e a igualdade se façam sentir efetivamente.

Cabe a liberdade dentro de um Estado de Direito se for uma liberdade responsável de seus fins e estará plenamente justificada por uma sociedade justa.

A concepção de Estado Democrático de Direito hoje vivenciada decorre de um longo processo de evolução da forma como as sociedades foram se organizando ao longo dos séculos. Portanto, o Estado Democrático de Direito sendo um *status quo*, numa concepção de sistema político democrático adotado por um Estado Soberano, é resultante dessas transformações nas quais as sociedades foram sendo submetidas.

### **3 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES AO ESTADO**

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já em seu preâmbulo trazia o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um valor inerente a todo ser humano. Tem-se também expressamente a exigência no sentido de que fosse observada a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada. *In verbis*, (art. 15): “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.”

Já no século XX, acentua-se o reconhecimento ao princípio da dignidade da pessoa humana vistos nas formulações de Constituições, em especial as democráticas. Por ocasião daquele século tem-se a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (GRECO, 2015, p. 69).

O Estado é uma ordem jurídica. Nesta organização jurídica o governo democrático deve ser a fórmula suprema de organização política, logo, o Estado Democrático de Direito atua como limite e como garantia dos homens em liberdade, no âmbito deste Estado.

O processo de racionalização do direito se revela numa grande conquista da humanidade em que se concretiza o monopólio do uso da violência pelo poder público. Contudo, surgia a indagação qual o fundamento que justificaria o efetivo exercício deste poder de violência pelo Estado? A racionalidade contratualista funda-se na ideia de construção da sociedade a partir de um pacto onde a humanidade cede algo em favor do Estado, tendo como contrapartida a garantia de proteção de seus direitos. E este algo, limita-se a uma pequena parcela da liberdade individual, inerente à própria condição humana.

As sociedades atuais têm insistido nos direitos do Homem e mais do que nunca elas vêm percebendo que as providências tradicionais tornaram-se inteiramente insuficientes no lidar dos problemas inerentes aos homens, sendo assim, elas têm buscado um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família o bem-estar social.

A liberdade humana é sempre a liberdade social, é o modo de expressar que a dignidade da vida depende de cada um de nós. Dizia Kelsen (2014) que “a liberdade do indivíduo, que fundamentalmente é impossível, perde pouco a pouco a importância diante da comunidade social”. Funda-se a liberdade nas prerrogativas da natureza humana: disposição

de si mesmo, escolha de atos e responsabilidades. O ponto vivo das variações democráticas contemporâneas está nos reajustes da liberdade com a necessidade de liberdade.

A luta pelo direito é válida e útil e, dadas as condições do mundo contemporâneo, a sua aceitação só pode existir dentro do Direito. O fundamento político-jurídico está na garantia dos direitos individuais e das liberdades públicas, asseguradas na ação de um Judiciário que detenha uma atuação livre de limitações para com isto poder alcançar a imparcialidade dos julgamentos.

A noção de justiça é de dimensão axiológica, centrada nos problemas jurídicos, sem aceitar uma radicação ética; identifica-se como componente normativo da conduta social; vincula-se à ideia de igualdade, permitindo identificar os fenômenos jurídicos e observá-los sob o método da ciência social, estando seu conteúdo concreto submetido à ação de elementos constantes da estrutura do homem e, para a realização em cada nação, requer um desenvolvimento simultâneo da educação moral, da democracia institucional, da organização administrativa e da expressão de cultura em grau suficiente de homogeneidade e espiritualidade.

Nada mais natural afirmar que Direito se refere ao bem comum. Um bem comum correlato ao ordenamento jurídico em que sua persecução é a organização de condições sociais visando a liberdade do homem contraposta a uma responsabilidade pessoal dirigida à solidariedade do coletivo.

Direito e Justiça são tidos como coisas dissociáveis e até inconciliáveis. O Direito objetivo, como conjunto de mandatos do Estado, adquire predominância sobre o Direito subjetivo, considerado como reconhecimento da liberdade individual, ao ritmo que a iniciativa política, social e econômica se haja centralizado e acumulado no organismo estatal. O homem busca sua projeção no exercício de sua liberdade social.

O Direito resulta do processo profundamente exato e eficaz e voltado ao bem comum. Ele medita entre a função individual e específica do ser humano. As relações referentes a interesses mútuos se desenvolvem conforme critérios de igualdade, e as relações relativas à organização coletiva, por meio de critério de participação. O bem comum correlativo ao ordenamento jurídico é a organização de condições sociais para o acréscimo da liberdade do homem dentro de uma responsabilidade pessoal dirigida à solidariedade coletiva.

O lugar da justiça por sua vez deve estar entre o Direito e a dignidade humana. As desigualdades naturais existentes entre os homens. Cada homem tem sua maneira de ser, quer

nas atividades laborativas, quer nas intelectuais ou nas mais diversas situações e funções sociais. Quando há a quebra destas regras básicas ocorre o que se denomina de “transgressão, violação”, delito.”. Segundo a concepção de Durkheim, “o delito não só é um fenômeno social normal” ele vai mais além ao considerar que o delito “cumpre outra função importante a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.” Para ele “o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano.” (*apud* BITENCOURT, 2014, p.35).

Cabe às autoridades públicas tomarem medidas que ordenem, com base nas leis, e ordenar conjuntamente certas relações da vida social, não só por expressarem certo standard de conduta, mas também por conterem motivos que fazem adequar a conduta aos procedimentos. O aspecto público das normas jurídicas é uma condição essencial da racionalidade, através dos propósitos do poder.

Há de se convir que o homem sempre viveu, se moveu e se relacionou impulsionado por interesses dos mais diversos tipos, quer materiais ou espirituais, quer egoístas ou espiritualistas, de momentos ou mesmo permanentes, contudo sempre levado por algum tipo de interesse. Estes conflitos de interesses são sempre comuns na vida social e naturalmente eles advêm das mais variadas naturezas e se manifestam na existência dos homens em discórdia, cujas posições se tornam por vezes incompatíveis.

Na ideia de “interesse” é que surge a causa dos conflitos humanos, tendo-se por um lado a detenção do poder e por parte de outros a limitação dos bens materiais. Logo, o Direito, como meio de resolução dos conflitos sociais, pressupõe que tais conflitos tenham alguma solução, caso contrário a convivência degenera em agressão constante e essa solução necessária é a que proporciona o Direito. Contudo, é óbvio entender que o Direito não poria nem colocará fim aos conflitos humanos, e, mais, é possível que um conflito não exista, precisamente porque existe uma regra de Direito que limita de antemão a conduta de cada uma das partes.

Numa democracia todos devem estar sujeitos ao império da lei e que ninguém existe unicamente para o Estado, tão pouco um Estado existirá somente para uma pessoa. Toda a persecução de nossa pretensão deve se projetar para o fim comum. Sendo assim, é a maior segurança que se busca para desta forma assegurar o bem-estar de todos os cidadãos, não sendo dado a um ou outro cidadão o direito de atuar de maneira anti-democrática, antissolidária. Portanto, os direitos são correlatos para que todos possam contribuir para um

fim social comum. Tem-se a ideia de que o Direito deve ser um instrumento de aplicação da justiça e que tem de temperar-se a outros fins distintos, entre os quais, a segurança e o desenvolvimento para a ordem e o progresso da nação. Nossos direitos não são independentes da sociedade, mas inerentes a ela; quando se proporciona o benefício da educação, supõe-se que usaremos nossas vantagens para contribuir para o bem-estar social da comunidade.

A liberdade de cada um indivíduo é assegurada na igualdade das relações mútuas, e a liberdade coletiva está garantida na organização democrática do poder. Liberdade é a proteção e a defesa vigilante do meio onde os homens encontram a oportunidade de aperfeiçoar seus destinos. É produto de direitos e todo o Estado se funda em bases de confiança essenciais para o desenvolvimento. Não há liberdade sem direito, se não os homens seriam obrigados a obedecer à normas e leis totalmente divorciadas de suas próprias necessidades. Constituem aquelas oportunidades que a história proporciona como necessárias ao desenvolvimento e, portanto, inseparáveis do Direito.

No mundo moderno, ver-se a igualdade como a exclusão de privilégios especiais, colocando os homens em idênticas condições ante as disputas da vida, que não supõem identidade de oportunidades adequadas desde a sua origem. É por meio da política, uma faculdade da administração estatal, que se planeja e vincula os dirigentes a um ideal, aperfeiçoando as instituições, buscando atingir o bem comum em toda a sua plenitude. Uma sociedade só se realiza plenamente a partir de uma efetiva consciência de liberdade. Logo, acredita-se que uma efetiva democracia só se constrói calcada nas ideias de liberdade, segurança, igualdade e justiça.

O Estado através das garantias deve assegurar instrumentos criados pelo ordenamento jurídico para assim eliminar ou até mesmo reduzir a distância entre o direito previsto na norma e sua eficácia que só pode ser alcançada por meio de garantias.

É do próprio homem que nasce a ideia de liberdade e possivelmente só na efetivação da democracia, com virtudes ou defeitos, no entanto, acredita-se residir nela a única solução para o desenvolvimento e o bem-estar de toda a sociedade.

Portanto, tem-se atualmente que a concepção de Estado Democrático de Direito, como *status quo*, é a melhor forma de concepção democrática de Estado para o atendimento ao interesse comum.

E neste contexto de Estado, o Brasil é uma organização político-constitucional formado a partir da concepção de um Estado Democrático de Direito e sua Constituição

Federal consagra, em seu artigo 1º, a saber: “Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Portanto, no Brasil a Lei Maior visa garantir o respeito às liberdades civis, aos direitos humanos e às garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Dele, advém um dos principais princípios da nossa Constituição, que é o da dignidade da pessoa humana.

#### 4 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO CONTROLE PENAL

É por meio do Direito que se busca garantir condições mínimas e indispensáveis para o convívio dos homens socialmente.

O delito é um fato social e que tem fatalmente consequências jurídicas. O Estado não pode acolher demandas irracionais sem qualquer reflexão, ao invés de introduzir elementos de racionalização, bem como alimentar ações em termos populistas.

Países fundamentados em princípios democráticos passaram no decorrer do tempo a integrar muitos dos princípios limitadores aos seus Códigos Penais, os quais receberam assento constitucional assegurando-se o respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

O poder punitivo estatal se efetiva por meio do Direito Penal e deve ter por fundamentação os preceitos constitucionais de uma atividade precipuamente legislativa e jamais ilimitada e discricionária, devendo ser observados princípios gerais e garantias individuais, tendo por base os valores de natureza pluralista que visam possibilitar maior bem-estar pela maior mobilidade nas relações intra e intergrupos.

No Estado Democrático de Direito, a atividade estatal está sujeita a vários controles com raízes na ideia da divisão de poderes no patamar constitucional e nos princípios de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico, conjunto que lhe dão estrutura, fundamento e legitimidade.

Não se objetiva aqui trazer-se a análise de todos os princípios reguladores do controle penal. Dentre os escolhidos começa-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana em razão de sua maior importância em orientação aos demais princípios.

Este princípio é o princípio central e orientador de todos os demais princípios. Destaca-se entre os demais pelo fato de que a dignidade da natureza humana deve ser o centro das atenções do Estado. Todos os princípios convergem para o que se pode chamar de princípio-síntese do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade humana sem sombra de dúvidas. Ele é a base de todos os demais princípios constitucionais penais. O princípio de humanidade ou respeito à dignidade pessoal reúne várias facetas, como salvaguarda da humanidade diante de toda intervenção punitiva geral, compreensiva das dimensões tanto valorativas (a própria natureza e conteúdo da pena) quanto teleológicas (fim perseguido pela



pena) como forma e execução (humanidade da execução). O caráter do princípio de humanidade abarca o princípio de intervenção penal em seu conjunto.

Toda intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito deve ser guiada pelo princípio de respeito à dignidade humana. A ideologia liberal trouxe a consciência da necessidade de respeito a pessoa do apenado repudiando o trato degradante a pessoa humana detida. Assim, ficam abolidas as penas corporais e simbólicas existentes em tempos históricos que impedem a reinserção social (de morte e perpétua).

Na perspectiva formal o respeito pela dignidade humana deve estar presente na execução das próprias penas, o que significa estabelecimentos penitenciários com estrutura e funcionamento adequados ao perfil do encarcerado para atingir seu objetivo finalístico. Não se admite na execução da pena a imposição de sofrimentos de especial intensidade ou que provoquem uma humilhação ou sensação de aviltamento.

Quanto à dignidade humana, Yacobucci coloca que:

a dignidade da pessoa humana, dentro da vida social e política, reclama o exercício ordenado da liberdade através da convocação primária dos valores e fins comuns, preservando em todo momento aquele espaço de 'interioridade' e realização própria que é reclamado pela singularidade de cada homem, com uma vida e um fim por realizar existencialmente (*apud* GRECO, 2015, p.31).

O princípio de humanidade se justifica na busca em favor e garantia dos direitos fundamentais impondo ao Estado a não aplicação de sanções que aflijam a dignidade da pessoa humana.

Visto também como de grande importância, traz-se o 'princípio da intervenção mínima', o qual se revela como marco limitativo do controle social. É um princípio que orienta e limita o poder incriminador do Estado. Assim, este Direito de punir responde ao desvalor de um resultado e de uma ação afeta a um bem jurídico importante. Contudo, ele faz-se necessário se outras formas de sanção ou meios de controle social revelarem-se insuficientes.

Outro princípio é o da legalidade, o qual limita de forma efetiva o poder punitivo estatal. Nele se revela o imperativo que não admite desvios nem exceções. Por este princípio a elaboração de normas incriminadoras é uma função única da lei, assim nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência do

fato exista uma lei que o defina como crime e ao mesmo tempo comine a sanção correspondente.

A Constituição brasileira de 1988 se orientou por este princípio quando em seu art. 5º, inc. XXXIX reza que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BITENCOURT, 2014, p. 50-51).

O Direito Penal se sustenta num caráter legal e juridicamente limitado a duas facetas, sujeito a garantias normativas e garantidor de direitos e liberdades. Seus limites normativos, de conformidade com os princípios constitucionais que fundamentam o direito de punir, apresentam várias índoles: a) limites jurídico-constitucionais em sentido estrito, que emanam de valores superiores do ordenamento positivo, transcendem ao âmbito do Direito Penal; b) limites objetivos funcionais, que derivam da própria natureza da coisa e própria finalidade do Direito Penal, pois em tal esfera se desenvolve toda a sua virtualidade; c) limites estruturais que são deduzidos de singulares princípios gerais informadores do ordenamento jurídico-penal.

Caso ocorra conflito normativo em que se exijam tratamento técnico, jurídico, conceitual e sistemático, tendo como base os princípios fundamentais, para se dirimir tais questões tem-se a via da primazia normativa da lei constitucional. Então, pode-se verificar esta necessidade desta normatização quando se verificar uma ocorrência em uma das seguintes situações: a) conflitos permanentes entre a norma penal e a fundamental, entre a proibição abstrata e a garantia fundamental; b) conflitos excepcionais entre a norma e a constituição que leva à análise de todas circunstâncias concorrentes para delimitar no caso concreto a prioridade material da norma constitucional na proporção de sua incompatibilidade com a disposição penal.

Pode-se observar os limites constitucionais em sentido estrito através dos seguintes princípios: a) princípio da legalidade; b) princípio da humanidade; e c) princípio da proporcionalidade, tanto na cominação (abstrata), na aplicação e na execução (concreta); d) princípio do *ne bis in idem* na análise da tríplice identidade (fato, fundamento e sujeito) como direito de defesa do cidadão junto ao Estado, para evitar duplicidade de sanções.

Já os limites constitucionais objetivos e funcionais estariam abarcados nos princípios: a) princípio da ação ou da conduta: o Direito Penal moderno é um Direito Penal do ato, não do autor, nem da vontade; b) princípio da culpabilidade normativa pessoal: culpabilidade como fundamento e limite da pena. Não há pena sem culpabilidade. A pena corresponde ao

grau de culpabilidade do autor; c) princípio da proteção dos bens jurídicos (ofensibilidade ou lesividade). O Estado é legitimado para intervir diante da exigibilidade social expressada pela vontade dos cidadãos na proteção de certos bens e valores que traduzem cuidados de função social para garantir a paz pública em razão da intolerabilidade do conflito. d) princípio da prevenção: conjuga-se com o princípio da tutela do bem jurídico, pois confluem para o mesmo efeito, visto que o Direito Penal tem uma tarefa seletiva, valorativa e protetora de bens e valores da pessoa humana e da macrosociedade.

Ao decorrer destas reflexões principiológicas, destacaria o princípio da ressocialização, pois a pena, não pode ser uma ferramenta de uso arbitrário e oportunista. No Estado de Direito a sua legitimação material é específica, constitui-se em uma função preventiva geral estando direcionada para o cumprimento da função preventiva especial por meio da reinserção social do apenado.

## 5 DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito surge das necessidades humanas em razão da convivência em sociedade. Aos que contrariam a norma de Direito, em que se ofenda ou se ponha em perigo um bem de outrem ou a própria sociedade, cabe a aplicação de sanções penais, caso se configure em um ilícito penalmente punível. E ocorrendo atos ilícitos jurídicos mais graves, que atinjam bens jurídicos relevantes, lesivas à vida social, entra aí o papel do Estado, o qual por meio do Direito Penal, “um conjunto de normas jurídicas”, aplica sanções penais.

Ao Direito Penal, atribui-se o *status* de ciência cultural e normativa, em que se constitui em um sistema de garantias, de modo a harmonizar a liberdade e o poder estatal. É tido como cultural pelo fato de que está voltado aos interesses sociais considerando a conduta dos homens, sob o aspecto do dever/ser e normativo por estar adstrito à Lei, à norma, ou seja o direito positivo.

Aduz Mirabete que não se pode deixar de reconhecer, que, ao menos “em caráter secundário, o Direito Penal tem uma aspiração ética”. Então, para ele “a tarefa imediata do Direito Penal é de natureza eminentemente jurídica e como tal, primordialmente destinada à proteção dos bens jurídicos”. (MIRABETE, 2014, p. 2- 4).

O Direito Penal desempenha uma tarefa valorativa, finalista e protecionista de bens jurídicos, enquanto bens e valores da pessoa e da coletividade. Diz valorativa pelo fato de tutelar os bens mais elevados da sociedade. Quanto mais grave o crime mais severa a sanção. Finalista por visar a proteção de bens e interesses jurídicos. É sancionadora porque protege a ordem jurídica cominando sanções, penas às condutas já tidas como antijurídicas. (MIRABETE, 2014, p. 2- 4).

Portanto, quando da ocorrência do crime será aplicada a pena correspondente, devendo ser observados os requisitos previstos decorrendo aí a devida aplicação da sanção penal. Reforçando o que se expõe, tem-se que Capez (2014) coloca que um crime, no Estado Democrático de Direito, para assim ser considerado, deve passar por exigências de ordem formal (somente as leis podem descrevê-los e cominar-lhes penas) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito).

Bitencourt (2014) coloca que o Direito Penal regula as relações dos indivíduos entre si mesmos e destes para com a sociedade e destaca que uma de suas principais características do que é considerado como moderno Direito Penal é o seu caráter fragmentário já que ele representa a “*ultima ratio* para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence.”

E ainda na visão do mesmo autor, dependendo do sistema político pelo qual um determinado Estado soberano se reja, o Direito Penal pode ser concebido sob diferentes perspectivas. Ele considera que o Direito Penal pode ser visto também sob duas concepções: concepção autoritária, se revelando como meio de persecução aos inimigos e na concepção democrática, como “instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade”. Tem-se assim, que este poder se dirige a todos os integrantes da sociedade através de normas que estabelecem regras a serem observadas no convívio social (BITENCOURT, 2014, p. 37-42 ).

Quanto às definições dadas ao Direito Penal, Noronha concebia-o como sendo “o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica” (NORONHA, 1978, p.12). E Luzón Peña, que define como sendo um “conjunto de normas jurídicas que preveem delitos e determinadas circunstâncias relacionadas ao delinquente, assinalando, como consequências jurídicas mais importantes, as penas ou as medidas de segurança” (*apud* ARAÚJO NETO; CARDENETE, 2014, p.19).

Para Morillas Cueva o Direito Penal se define da seguinte maneira:

[...] conjunto de normas jurídicas que regular o poder punitivo do Estado e que protegem bens jurídicos essenciais para a comunidade, ao conceber determinadas condutas como delitos ou estados perigosos, associando-lhes penas ou medidas de segurança, como consequências jurídicas de sua realização [...] (*apud* ARAÚJO NETO; CARDENETE, 2014, p.21).

Já Cardenete coloca que quanto ao conceito de Direito Penal o entendimento que deve ser seguido é aquele que exclui do “conceito de Direito Penal o seu aspecto subjetivo, ou seja, a referência aos *ius puniendi* como a faculdade que o Estado tem de impor penas ou medidas de segurança.” Ele tem esta posição pelo fato de que para ele “o *ius puniendi* não é o ‘Direito Penal’ e sim o ‘direito de apenar’ (ARAÚJO NETO; CARDENETE, 2014, p. 22).

Bitencourt (2014) se posiciona no sentido de que o Direito Penal deve estar a serviço dos interesses da sociedade, assegurando os bens jurídicos fundamentais, visando uma justiça equitativa. Ele expressa esta sua posição quando coloca: “levaremos sempre em consideração esse desiderato; ou seja, o propósito de defender um Direito Penal humano, legitimável por meio do respeito aos direitos e garantias individuais ...”. Ele considera que falar sobre Direito Penal é falar de bem jurídico, já que ele afirma defende que existe uma estreita relação deste para com aquele. Ele ainda faz ver que para uma melhor compreensão quanto aos limites do poder punitivo do Estado e o alcance dos princípios limitadores do *jus puniendi* num Estado Democrático de Direito, faz-se necessário uma exata compreensão sobre bem jurídico para o Direito Penal (BITENCOURT, 2014, p. 43).

O Estado pressupõe uma ordem jurídica em que se garantam importantes instrumentos para a proteção dos bens jurídicos. E é em princípios do século XIX que surge o conceito de bem jurídico. Tal conceito adveio da concepção dos Iluministas, a exemplo de Feuebach que defendia que em todo preceito penal existe um “direito subjetivo quer por parte do particular, quer do Estado, como objeto de proteção.” E de Binding que concebia o conceito de bem jurídico como sendo “estado valorado pelo legislador.” (*apud* BITENCOURT, 2014, p. 43).

Bitencourt coloca que o conceito de bem jurídico atualmente é visto a partir de uma concepção na qual, ele desempenha um função essencial de crítica do Direito Penal, logo tem-se que por um lado, funciona como fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais; por outro lado, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte especial, orientando a sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade. Hassemer (*apud* BITENCOURT, 2014, p. 44) em sua teoria pessoal sobre bem jurídico, dizia que “o bem jurídico deve ser concebido como um interesse humano concreto necessitando de proteção pelo Direito Penal.” Dentre estes bens jurídicos, ele destaca a vida, a liberdade, a saúde, ou a propriedade, estes tidos como bens indispensáveis à sobrevivência do homem, bens essenciais aos quais o Estado deveria proteger incidindo em sua defesa o seu poder de punir.

Naturalmente, o Direito Penal tem se expandido e por razão desta expansão tem-se verificado uma certa complexidade em deduzir-se conceito e conteúdo de bem jurídico na seara da proteção do Direito Penal, frente a problemas da convivência social, a exemplo de fatos como ataques ao meio ambiente, atos terroristas, relações de consumo, etc. apontando-se que o Direito Penal não estaria legitimado a atuar contra estes casos. Contudo, apesar de

certos questionamentos em torno do conceito de bem jurídico, este continua sendo determinante no processo de determinação da matéria proibida bem como da própria natureza do delito.

Bitencourt traz que, quanto ao conceito de bem jurídico, Roxin defendia que:

o Estado deve garantir penalmente não só as condições individuais necessárias para tal coexistência (como a proteção da vida e da integridade física, da liberdade de atuação, da propriedade et.), mas também das instituições estatais que sejam para tais imprescindíveis a tal fim (uma administração da justiça que funcione...) e ele conclui afirmando: Chamo 'bens jurídicos' a todos os objetos que são legitimamente protegidos pelas normas sob essas condições." (*apud* BITENCOURT, 2014, p. 45-46).

Para Welzel o Direito Penal "tem função ético-social e função preventiva. A função ético-social é exercida por meio da proteção dos valores fundamentais da vida social que deve configurar-se com a proteção de bens jurídicos" (*apud* BITENCOURT, 2014, p. 46). Bitencourt traz que a soma dos bens jurídicos constitui na ordem social e acrescenta que "o valor ético-social de um bem jurídico, no entanto, não é determinado de forma isolada ou abstratamente; ao contrário, sua configuração será avaliada em relação à totalidade do ordenamento social." E aduz ele ainda que "a função ético-social é inegavelmente a mais importante do Direito Penal, e, baseada nela, surge a sua segunda função, que é preventiva. (BITENCOURT, 2014, p. 46).

A formalização do Direito Penal se vincula com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado e tendo o Estado de atuar, deverá fazê-lo considerando primordialmente os direitos individuais do cidadão. O Estado para poder atuar precisa de uma situação real e concreta, contudo, e mesmo assim, limita-se a atuar punitivamente. Com isto, o Estado não pode invadir a esfera dos direitos individuais dos cidadãos.

A culpabilidade de um lado, como categoria dogmática integra o conceito de delito, afastando-se a posição que defende configurar o pressuposto da pena; de outro, é compreendida como elemento da medida do merecimento da pena, observados os princípios de oportunidade, necessidade e proporcionalidade na resposta penal ao grau de danosidade ao bem jurídico.

As sociedades de hoje fatalmente correm riscos de alguma maneira em razão do fenômeno da instituição da insegurança. Cada sociedade convive com um grau maior ou menor de complexidade da criminalidade.

Num mundo globalizado, sociedades em constantes reinvenções, vivencia-se um incremento essencial de valor diante da evolução sociocultural em que a defesa de bens coletivos e interesses difusos mostram um espaço razoável de expansão do Direito Penal. Surge assim o efetivo aparecimento de novos riscos. Vive-se uma sociedade de riscos como fenômeno de procedência humana socioestrutural. Este risco está para todos os cidadãos indistintamente quer como consumidores, quer como usuários do serviço público. Todos, indistintamente, se sujeitam aos riscos dos avanços de novas tecnologias, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, na comunicação, fontes de riscos pessoais e patronais. O que se tem vivenciado é que o próprio progresso científico e do desenvolvimento operam transnacionalmente e constituem novos riscos para o indivíduo e a coletividade.

Há uma tendência no sentido da introdução de novos tipos penais e o agravamento dos tipos já existentes através de uma reinterpretação das garantias clássicas do Direito Penal e do Processo Penal. A criação de novos bens-jurídicos penais amplia os espaços de riscos jurídico-penais relevantes e a flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia.

Embora o Direito Penal vise a proteção de bens jurídicos, nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são alcançados de forma proibitiva pelo Direito Penal, bem como ele também não protege todos os bens jurídicos simplesmente na esfera da moralidade ou irrelevantes.

O Direito Penal objetivando possibilitar a convivência social atua subsidiariamente às instâncias formais e informais de controle e prevenção, diante do tripé: cominação – aplicação – execução da pena, buscando garantir o mínimo tolerável de conflito, razão pela qual serve subsidiariamente à proteção dos bens jurídicos. A subsidiariedade é derivada do princípio de intervenção mínima, isto é, a intervenção estatal através do Direito Penal. Só deverá ocorrer quando da comprovada a ineficácia dos outros instrumentos de controle social.

Portanto, toda a abrangência do poder punitivo estatal deve, necessariamente, se submeter aos limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Agindo assim, o Estado estará fazendo valer um Direito Penal em conformidade com um Estado pluralista e democrático. Para Bitencourt (2014, p. 48) “A pena, sob este sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais há a negação de um Estado de Direito Social e democrático.”



Em se tratando de uma sociedade desenvolvida em um Estado Democrático de Direito, questiona-se o limite da pena, a sua intensidade na aplicação, o modelo a ser seguido, o que a sociedade deveria buscar. Até nos dias de hoje buscam respostas eficientes e não se tem.

Evitar que o crime aconteça seria uma boa solução para evitar ter que puni-lo. Por meio das teorias, quando de suas aplicações, se buscou atingir este estado, no entanto, a criminalidade é crescente, não tem se conseguido alcançar seu objetivo. E já que não se tem outra solução, resta buscar-se, ao menos, diminuir os males causados pelas penas.

## 6 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL NO ESTADO BRASILEIRO

O Brasil é um Estado Soberano e tem seu sistema político regido pela concepção de Estado Democrático de Direito, e sendo assim, os princípios básicos como a liberdade, igualdade e justiça estão logo no preâmbulo de sua Constituição, dando todo um escopo de diretrizes orientativas para a interpretação das normas infraconstitucionais em matéria penal.

A Constituição brasileira preconiza a fundamentação dos princípios limitadores constitucionais e os situa na condição de atividade legislativa, não numa atividade ilimitada e discricionária. Sendo assim, no Brasil não se admitem critérios absolutistas na definição dos tipos penais, nem no procedimento dos operadores do direito de adequar a conduta ao fato típico. É defeso ao legislador o livre arbítrio em criar tipos penais ao seu critério, a sua vontade puramente pessoal. Portanto, toda norma que se pretender criar sem a devida adequação social, mediante a aferição de que realmente necessita ser descrita em tipo penal incriminador por representar anseio popular de proteção a bem jurídico, deverá ser imediatamente descartada, caso fira o princípio da dignidade da pessoa humana.

Capez (2014) ressalta que um crime, no Estado Democrático de Direito, para assim ser considerado, deve passar por exigências de ordem formal (somente as leis podem descrevê-los e cominar-lhes penas) e material (o seu conteúdo deve ser questionado à luz dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito).

O Código Penal brasileiro é a legislação penal fundamental que tem seus postulados referenciados nas escolas Clássica e Positiva. Em razão da preocupação em se manter uma legislação penal atualizada, tem-se promovido modificações no referido diploma. Traz aqui que as alterações verificadas nas últimas décadas refletem certas tendências da cultura do povo brasileiro, destacando-se aqui de maneira geral as seguintes: a) evitar a aplicação de penas privativas de liberdade de curta duração nos delitos de menor gravidade quando atribuídos a réus primários; b) um maior rigor na punição dos crimes mais graves; c) mais severidade à repressão contra a criminalidade organizada; d) adaptação da legislação às mudanças sociais; e) adaptação da legislação pátria aos acordos internacionais. Nosso Código Penal preconiza em seu art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Por este princípio alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato praticado, existir uma lei que o considere como crime. A doutrina considera alguns outros

princípios a exemplo do princípio da humanidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da culpabilidade, entre outros.

O Brasil tem por princípios básicos limitadores do poder punitivo os seguintes princípios: a) Princípio da constitucionalidade: pressupõe uma constituição rígida, emanada da vontade popular, dotada de supremacia, vinculante a todos os poderes e seus atos; b) Princípio da democracia: democracia representativa e participativa, pluralista e que garanta a vigência e eficácia dos direitos fundamentais (CF, art. 1º); c) Sistema de direitos fundamentais: consagração e garantia de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos I, VII e VIII); d) Princípio da justiça social (CF, art. 170, “caput”, art. 193): consagração de princípios da ordem econômica e da ordem social, como ferramenta de busca da justiça social; e) Princípio da igualdade (CF, art. 5º, “caput”, I): pressupõe uma igualdade material e não simplesmente formal; f) Princípio da divisão de poderes (CF, art. 2º) e da independência do juiz (CF, art. 95); VII) Princípio da legalidade (CF, art. 5º, II); e VIII) Princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI a LXXIII).”

No art. 1º, III, da Constituição, encontra-se a declaração da dignidade da pessoa humana com fundamento sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito, o que representa claramente o reconhecimento de todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos próprios atos. Tem-se assim que toda pessoa tem a legítima pretensão de ser respeitada por todos os demais membros da sociedade bem como pelo próprio Estado. E no art. 3º, I, pode-se observar a nítida intenção de se construir uma sociedade livre e justa, quando se tem ali orientação à atividade jurisdicional em matéria penal (BITENCOURT, 2014, p. 50).

É precisamente no art 5º da Constituição brasileira que estão previstos os princípios constitucionais específicos em matéria penal, voltados estes princípios aos direitos humanos, com embasamento em um Direito Penal da culpabilidade, mínimo e garantista. É neste texto constitucional que esses princípios se revelam de forma expressa ou latente, ganhando força normativa e vinculante. Estes princípios, portanto, passam a caracterizar-se como pressupostos de validade e parâmetros de interpretação das demais normas que compõe o ordenamento jurídico, sendo os verdadeiros legitimadores da atuação dos poderes estatais e conformadores dos comportamentos individuais.

Na Constituição também pode se verificar dentre outros os seguintes princípios: o princípio da individualização da pena no inciso XLVI do art. 5º que diz: “A Lei regulará a

individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes providências: a) previsão ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direito. O princípio da responsabilidade pessoal, previsto no XLV do seu art. 5º: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executados, até o limite do valor do patrimônio transferido.” E também o princípio da limitação das penas, previsto no inciso XLVII do art. 5º, que diz: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.” (GRECO, 2015, p.33-34).

Inicialmente, nota-se que a constitucionalização do direito de punir é uma exigência essencial da democracia, a qual se manifesta no respeito aos princípios constitucionais penais. Dessa forma, torna-se um impedimento aos excessos que ocorrem na aplicação das sanções penais no contexto da atualidade.

As Constituições possuem normas que tutelam os bens de maior relevância da sociedade. Esses bens fundamentais também são tutelados pelo Direito Penal. De modo geral, os princípios constitucionais que impõem ao Estado limites ao seu *jus puniendi* estão presentes na Carta Magna Brasileira, visando-se possibilitar maiores garantias aos cidadãos ao mesmo tempo em que se têm também princípios que impõem limitações ao Poder Estatal e estabelecem que este apenas atue na sociedade em casos nos quais a tutela penal seja necessária. Por conseguinte, é imperativo o estabelecimento de um Estado Democrático onde o Direito Penal possa ser aplicado nos moldes traçados pela base principiológica contida na Constituição Federal.

Na Lei Maior estão expressos os princípios constitucionais penais, basilares para o Direito Penal, divididos em explícitos e implícitos e se destacam: princípio da legalidade, princípio da presunção de inocência, princípio da pessoalidade da pena, princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da isonomia, princípio do devido processo legal.

Dessa forma, analisando-se a aplicabilidade desses princípios constitucionais, tem-se inicialmente, o princípio da legalidade expresso no art. 5º, inciso XXXIX da CF. Nota-se que esse princípio estabelece que todos os atos estatais gravosos para o cidadão devem se apoiar em uma lei formal, portanto evitam-se atos autoritários que manipulem o poder punitivo como forma de poder.

No tocante ao princípio da presunção da inocência, o constituinte teve como escopo possibilitar ao réu o direito subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado. Portanto, é uma prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado que permite, em tese, um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana.

A aplicabilidade, contudo, é vulnerável a postulados que desrespeitam esse princípio. Porém, há correntes de teóricos que defendem que o réu aguarde em custódia cautelar especial o trânsito em julgado da decisão como forma de assegurar o resultado do processo e da aplicação da lei. Nesse viés, essas concepções se direcionam para uma ampla contradição ao princípio supracitado e configuram um quadro onde o *jus puniendi* se desprende da Constituição Federal.

Em relação ao princípio da pessoalidade da pena, expressa o objetivo de impedir a punição por fato alheio. Pode ocorrer em outros ramos do Direito como no civil, onde os pais respondem pelos atos dos filhos menores. Portanto, limita a ação penal apenas aos autores do delito, coautores e partícipes, não alcançando terceiros, sejam amigos ou parentes.

Entretanto, a criminologia crítica ao se posicionar contra os efeitos desumanos do cárcere no que tange à teoria da prevenção especial negativa da pena, aponta que a estigmatização do sistema penal provocada pela sanção causa o problema da transferência da pena, pois a família do presidiário é que acaba recebendo o mesmo estigma. Decorrente disso, advém o abandono da família, problemas financeiros, provocando sofrimento além da pessoa do condenado. Desse modo, há um desrespeito a esse princípio por parte do Direito Penal seletivo, estigmatizante e simbólico.

No que tange ao princípio do contraditório e da ampla defesa, respaldados na Constituição Federal, a doutrina constitucional aponta que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação do processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar é uma pretensão à tutela jurídica. Soma-se a isso o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador que corresponde ao dever do juiz a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de conhecimento, como também o de considerar as razões apresentadas.

Contudo, surgem questionamentos sobre a aplicabilidade desse princípio, haja vista que na fase pré-processual não se garantem esses postulados. Predomina o entendimento que por não pertencer à fase processual, o inquérito policial ou outro investigatório, não teriam o

condão de possuir esses princípios constitucionais tendo em vista que na fase judicial assim eles adentrariam. No entanto, nota-se a influência do material adquirido com essa investigação para o entendimento do juiz e que acarreta, muitas vezes, a condenação com base exclusiva no inquérito policial e o real desrespeito a esse princípio elencado.

O princípio da isonomia, consagrado no *caput* do art. 5º da CF, mostra-se como o pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito. Essa concepção de igualdade abrange o aspecto formal que se traduz na aplicação do texto da lei de forma isonômica e o aspecto material que está baseado em instrumentos reais e sólidos de concretização dos direitos conferidos nas normas programáticas insculpidas nos ordenamentos legais.

Portanto, a relevância dessa igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimos. Com isso, tira-se a concepção formal da letra fria da lei para viabilizá-lo no mundo prático.

No entanto, a roupagem do poder punitivo hodierno se configura como um “Direito Penal seletivo”, haja vista que as agências do sistema penal escolhem os delitos em que atuarão e a parcela respectiva da sociedade que sofrerá essa intervenção e, assim, as classes mais baixas são vigiadas, reprimidas e mantidas isoladas para que o poder possa perpetuar-se sem distúrbios expressivos e sem confronto com o discurso legitimador. Destarte, há uma oposição a esse princípio que prega a proibição aos privilégios e distinções desproporcionais, com o conseqüente desrespeito ao princípio elencado e que resulta na violência estrutural.

Por fim, analisa-se a aplicabilidade do princípio do devido processo legal. Este princípio se revela uma das mais amplas garantias do direito constitucional, pois assegura a todos o direito a um processo justo e com todas as regras previstas em lei, bem como todas as garantias constitucionais. Dessa forma, pressupõe a incidência da isonomia, do contraditório, do direito à prova, da igualdade de armas, da motivação das decisões administrativas e judiciais, do direito ao silêncio, do direito de não produzir prova contra si mesmo.

Verifica-se que é incompatível com esse princípio, especificamente no âmbito penal, a defesa de teóricos que entendem que alguém venha a cumprir pena privativa de liberdade sem ter sido precedida por esse devido processo legal. Dessa forma, essa corrente teórica se contradiz com a garantia constitucional apontada.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, não se admitem critérios absolutistas na definição dos tipos penais, nem no procedimento dos operadores do direito de adequar a conduta ao fato típico.

## 7 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FINALIDADE DA PENA

Há uma estreita ligação entre pena e Estado, considerando-se uma certa relação do desenvolvimento do Estado ao da pena, contudo, deve ser levado em conta cada momento socioeconômico e a forma de Estado em que a sanção penal está contextualizada.

As distinções dos fins da pena têm como marco histórico a Idade Moderna já que a partir dela é que se demonstram as primeiras preocupações.

Neste capítulo, a abordagem concentra-se nas teorias que atribuem ao Estado Democrático a legitimação do direito de punir. Para tanto, aborda-se as teorias absolutas (retribuição), as teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e as teorias unitárias. A cada exposição se segue a crítica, trazendo-se um vínculo com os principais teóricos e a aplicação das teorias no contexto atual.

É de se notar que há um entrelaçamento entre os fins da pena e os fins do Estado Democrático de Direito, ao entender-se que aqueles fins estão em uma aproximação axiológica desses.

A teoria absoluta advém da Escola Clássica e tendo por escopo a missão de fazer justiça. Sua característica essencial consiste em conceber a pena como um mal em retribuição ao mal proveniente de um delito. Esta teoria configura-se como absoluta, pois entende a pena como um fim em si mesma. Com isto, o que justifica a pena é sua relação com a sua justiça e não com algum fim utilitário. Sob o ponto de vista da prevenção geral esta se realiza mediante a retribuição como exemplo, dirigindo-se a todos os integrantes da comunidade jurídica. Tem-se que duas estratégias são utilizadas como prevenção de futuros comportamentos criminais: a prevenção geral e a prevenção especial.

Há, nessa primeira escola, a explanação de outra função, a expiação que tem liberação interior, enquanto que a retribuição é um mero juízo de valor. A primeira, busca melhoramento dos homens e a segunda, objetiva facilitar ou manter as relações sociais. Contudo, prevalece a concepção da retribuição que tem como seus principais defensores: Kant que formulou sua teoria em bases de ordem ética com base no valor moral da lei pela infringida e Hegel em bases de ordem jurídica, na necessidade de se reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada (*apud* BITENCUORT, 2014, p. 135).



Cabe ressaltar que em ambos os teóricos a justificação da pena é idealista, pois o direito que se trata não é o direito como ele é, histórica e praticamente, mas como deve ou deveria ser, a qual qualquer legislação deve se adequar para poder ser considerada justa. Entende-se, assim, que as possíveis funções da pena são irrelevantes para sua justificação porque não se relaciona com a sua natureza. Acontece que críticas decorrentes dessa teoria repousam na carência de cientificidade, pois se fundamenta em um ideário de justiça divina e está distante do momento em que se vivenciava a secularização do Estado de Direito. No que tange ainda ao ente estatal, pode ser apontada a indispensável aproximação ausente nessa função com determinados fins atrelados à democracia, à justiça e ao direito.

A concepção de Estados modernos democráticos que visa a convivência social de forma pacífica se contrapõe ao fato de que o Estado pune visando promover juridicidade na sociedade. Pensa-se assim pelo fato de que um outro ponto essencial está na função do Estado ser algo mais alcançável do que a justiça absoluta. Essa forma absoluta do direito de punir supõe uma forma absoluta de Estado. Expõe-se também que com essa concepção idealista ocorre uma desconsideração do pensamento criminológico que aponta para a realidade do sistema penal, o qual é um sistema injusto e desigual que seleciona sua clientela e onde se desenvolvem cifras ocultas da criminalidade, casos em que maior parte dos que cometem crimes ficam impunes. Por fim, nota-se que existe uma busca para resolver o conflito e não solucioná-lo, o que são coisas distintas.

Já as teorias preventivas são teorias de base finalista por verem a pena como um meio a serviço de um fim. Aqui, a pena despiu-se de sua roupagem retributiva, com fundamentos morais e éticos, afastando-se da concepção de um fim em si mesma. Verifica-se o advento da racionalidade em que as leis e os institutos existentes são submetidos ao crivo da razão humana.

Traz Araújo Neto (2014) que na doutrina três são as vertentes mais aceitas quanto às formulações sobre a finalidade da pena: o fim preventivo-geral; preventivo especial; e preventivo-general e especial.

Quanto à prevenção geral negativa diz que nela objetiva-se intimidar, ou seja, inibir a prática de novos delitos para os membros da sociedade. Dessa forma, delimita-se o âmbito da prevenção geral, pois se destinam a todos aqueles cujas propensões pudessem levar ou tenham levado à delinquência. Aduz Araújo Neto e Cardenete (2014) que na prevenção geral negativa “a pena funciona como mecanismo de intimidação coletiva.”. Então, busca-se neste

pensamento provocar um sentimento geral de intimidação, visando inibir a prática de novos delitos. Assim, o ‘sofrimento’ do delinquente em razão da pena serve com um inibidor ao cometimento de novas práticas ilícitas (ARAÚJO NETO; CARDENETE, 2014, p. 99). Contudo, há críticas quanto a prevenção geral negativa por seu ideal intimidatório no que poderia provocar posturas radicais quando de sua efetivação.

Defensores da Escola Positivista e da defesa social defendem que não se pode negar à sociedade o direito de se defender contra ataques de criminosos. A finalidade da pena seria, então, a prevenção geral por meio da coação psicológica exercida sobre toda a sociedade com o intuito de atemorizar os destinatários da norma penal. Portanto, se concretizaria no preceito secundário da norma penal e na efetiva aplicação e execução da pena na lei.

Araújo Neto lembra que tanto na prevenção geral negativa como na positiva, é “finalidade da pena evitar o cometimento de futuros delitos.” Contudo, para ele não se é percorrido o mesmo caminho para se alcançar a intimidação coletiva, porém por meio de uma atuação de efeitos de aprendizagem pedagógico-social, correspondendo a uma consciência coletiva a respeito da norma penal, reforçando-se a consciência coletiva, os valores éticos da convicção jurídica. Portanto, tem-se que na prevenção geral positiva não se postula a intimidação coletiva e ressocialização do condenado através da aplicação da pena (ARAÚJO NETO; CARDENETE, 2014, p.107).

Já a teoria da prevenção geral positiva que tem como finalidade pôr na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a lealdade ao direito e possibilitando a integração social. Por conseguinte, se caracteriza pelo valor simbólico concedido à pena que é refletido no efeito positivo que a pena gera sobre os não criminalizados. É vista sob dois ângulos, o primeiro teria a missão de proteger os valores elementares de consciência e buscar o fortalecimento do caráter ético-social e o segundo possui como objetivo sistêmico a perpetuação do sistema social vigente. Além de surgir defensores que atentam para a efetiva aplicação da pena como missão dessa função e se afastaria da severidade ínsita no preceito secundário. Desse modo, em primeiro plano, a função da pena se direciona ao restabelecimento da confiança e a reparação ou prevenção dos efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e para a integração social. Portanto, seria necessária uma harmonização para garantir a responsabilização penal dos atos individuais conforme a medida da culpa em atenção à comunidade.

As críticas são pertinentes ao demonstrarem que não parece aceitável supor que o direito penal seja capaz de fortalecer sentimentos jurídicos ou infundir na consciência dos seus destinatários valores ético-sociais, não podendo ser essa função comprovada empiricamente. Desse modo, o Estado ao querer ditar uma Ética, moralizando seus jurisdicionados, vai de encontro à ideia de democracia. Verifica-se também a incapacidade de estabelecer limites ao poder punitivo, pois causaria um terrorismo estatal com o conseqüente desrespeito à dignidade humana. Destarte, o indivíduo perde importância deixando de ser o centro e o fim da sociedade e do direito, sendo valorado apenas quando desempenhe um papel funcional em relação à estabilidade e à manutenção das normas postas pelo grupo hegemônico. Por fim, acrescenta-se que essa estabilização poderia ser alcançada por outros meios que não a pena como o direito civil, o direito do trabalho, o direito administrativo. Enfim, o Estado pode se valer de outros “equivalentes funcionais”, que não a pena, podendo inclusive renunciar à intervenção jurídico-penal por ser uma resposta funcional subsidiária.

Já a prevenção especial atribui à pena o fim de evitar delitos futuros. Analisando, então, a teoria da prevenção especial negativa nota-se em suas principais diretrizes, característica própria da prevenção especial, a visão do delinquente em particular seja para neutralizar ou corrigir. Em especial, essa teoria concede à sociedade o direito de eliminar aqueles cidadãos que se mostrem hostis às normas do sistema e que não possam ser reinseridos. Portanto, verifica-se o intuito de evitar a reincidência ao levar-se em consideração que a função preventiva geral, através da intimidação, já se mostrou falha e a finalidade do direito penal seria a conversão do criminoso em homem do bem. Em suma, a neutralização do infrator desloca de forma mais contundente o fundamento do passado para o futuro: pune-se para que não ocorram novos delitos, e não em razão da infração já praticada. Destarte, prega-se que em nome de uma pretensa defesa da sociedade como um todo, as pessoas poderiam ficar indefinidamente segregadas em cárceres. Não se busca a modificação moral do delinquente, tão somente segrega-se para que aquele indivíduo por determinado período não volte a delinquir. Acrescenta-se que os teóricos dessa corrente defendem a pena de morte ao afirmarem que seria a única que garante sem margem de erro o alcance pretendido. De tudo exposto, nota-se que as carências dessa teoria são visíveis. Expõe-se que o objetivo maior sendo evitar a reincidência contrastaria com os casos em que, pela natureza do sujeito criminoso, a pena seria desnecessária visto que a pessoa não iria mais delinquir, como exemplo: os assassinos do período dos campos de concentração.

Essa finalidade neutralizadora demonstra-se como a que mais expõe o problema crucial do Direito Penal, ou seja, defende-se que através de muros e da segregação que o Estado pretende resolver seus próprios problemas e conflitos. O cárcere apenas domina o problema da criminalidade temporariamente, pois o Direito Penal busca sempre o combate pelas consequências e não nas causas.

Outro fator relevante é a propensão que essa segregação causa no indivíduo de cometer novos delitos. Verifica-se que pelas condições que são neutralizadas ocorre a produção de efeitos na pessoa humana de inferiorização, pois existe um manifesto desprezo estatal em possibilitar condições aceitáveis de sobrevivência no cárcere. Decorrente disso, criam-se verdadeiras carreiras criminosas.

A prevenção positiva persegue a ressocialização do delinquente por meio da sua correção. Ela advoga por uma pena dirigida ao tratamento do próprio delinquente, com o propósito de incidir em sua personalidade para que o sujeito não volte a cometer delitos. Essa teoria está baseada, portanto, nas ideologias Re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização e reincorporação.

A ideia de ressocialização do delinquente ainda sofre uma enorme influência tanto no pensamento penal, com a chamada escola correcionista, como também na configuração legal do sistema de reação à criminalidade, através da pena privativa de liberdade.

Esse objetivo é útil tanto para a sociedade, que poderá reduzir as taxas de reincidência e, conseqüentemente, as de criminalidade, quanto para o detento, que poderá voltar a viver em sociedade em condições de igualdade com os demais cidadãos.

Analisa-se, ainda, a teoria da prevenção especial positiva e seus objetivos mais relevantes. Seu principal escopo está na substituição da concepção retributiva pela de tratamento, pois avança-se da repressão para a prevenção. Em sua versão mais radical, deveria haver essa transformação da justiça penal por uma “medicina social” que teria como função um saneamento social através de um tratamento ressocializador que anulasse as tendências criminosas.

Através de influências do movimento “Nova Defesa Social”, adotou-se a tese de que indivíduos incorrigíveis eram indivíduos não corrigidos. Destarte, a pena seria um bem para o condenado, quer no âmbito moral, quer no psicofísico, pois que a sanção seria um remédio benéfico contra o delito. Desse modo, visualiza-se que toda argumentação dessa teoria se volta contra as diretrizes da retribuição, a qual compensa o mal com o mal. Seus defensores

apontam que esses programas ressocializadores seriam falhos apenas por serem aplicados na forma como ocorre atualmente nos presídios ou por serem nesses presídios, bem como a falta de verbas para implementação dos mesmos.

Como já exposto, a melhor política penal é ainda uma boa política social. Por conseguinte, seguir insistindo com a prisão, em que as possibilidades de respeito à lei penal são utópicas, parece sem viabilidade. Logo, não cabe ao Estado essa ressocialização coercitiva. Haja vista que não é lícito forçar os cidadãos a serem ‘bons’, assim como reeducar, redimir, recuperar ou outras ideias semelhantes - a personalidade dos réus. Desse modo, não é de convir que o Estado atue como pedagogo ou terapeuta, pois tais doutrinas se mostram antiliberais e antigarantistas.

Por último, aborda-se as teorias unitárias ou mistas em que se destaca a teoria dialética unificadora de Claus Roxin como visto em Bitencourt (2014). Essas teorias buscam, numa visão geral, combinar ou unificar as teorias existentes. Buscam uma mediação entre as teorias absolutas e as relativas com o intuito de se alcançar uma relação equilibrada entre os fins da pena. Dividem-se, ainda, em conservadoras - priorizam a retribuição como fundamento – e as progressistas – veem a culpabilidade como limite da pena.

A teoria unificadora desse autor considera que as funções do Direito Penal se fundam em três momentos, embora distintos, os quais são: a ameaça (cominação), a imposição (aplicação) e a execução da pena. Destarte, a partir de aplicação da análise dessas fases distintas seria possível conseguir um equilíbrio entre os princípios conseguidos por essas restrições e alcançaria fins socialmente construtivos.

No entanto, ele, ao se ausentar em apresentar os limites da justa retribuição da culpa, nada traz de novo, não obstante sua teoria se mostrar mais preocupada com as garantias que devem envolver o Direito Penal. Desse modo, configura-se um imobilismo, parcialidade e redundância, pois tenta reconstruir o que está construído.

## 8 MINIMALISMO E ABOLICIONISMO PENAL

Várias são as teorias que versam sobre funções, fins e justificações da pena. A exemplo tem-se as teorias absolutas, em que fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado. A pena é retribuição do mal causado pelo crime; as preventivas que têm como fundamento da pena a necessidade de evitar a prática futura de delitos. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros. E as mistas que foi adotada pelo art. 59 do Código Penal brasileiro, em que se prevê uma pena proporcional ao injusto e à culpabilidade, justa e adequada, e que os critérios preventivos imponham limites à aplicação da pena justa.

A partir da constitucionalização do Direito Penal, ganha relevo o valor da dignidade da pessoa humana, alavancando debates acerca da intensidade, proporção e efetividade da intervenção estatal por meio das normas penais e de suas drásticas consequências nas vidas dos indivíduos. Das principais críticas ao sistema de justiça penal, destacam-se os movimentos abolicionista e minimalista, que, propondo a radical supressão do sistema penal por outras instâncias de controle social e a máxima redução deste sistema, respectivamente, mostram-se ambos como movimentos deslegitimadores do sistema penal vigente.

Estas teorias se insurgiram contra este poder punitivo do Estado ao recusarem sua legitimação ao punir. Seus defensores em razão de suas insatisfações com o sistema penal propunham a deslegitimação conferida ao Estado para tal fim. De um lado, propõe-se a restrição do Direito Penal a um campo mais reduzido, tutelando os bens jurídicos mais importantes de forma subsidiária, perspectiva minimalista. Por outro lado, acredita-se na pena como um sofrimento estéril e desnecessário, perspectiva abolicionista.

Em suas duas vertentes apontam para a deslegitimação do sistema penal.

Inicialmente, demonstra-se que o sistema penal é seletivo, pois recruta sua clientela entre os mais miseráveis e torna-se injusto e produtor das desigualdades sociais. Pontua-se também que o sistema penal não consegue prevenir, nem em caráter geral, nem em caráter especial, a prática de novos delitos através da cominação ou aplicação de penas. Argumenta-se que a pena não é o meio capaz de evitar o delinquente de praticar delitos, haja vista os

indivíduos cometerem os crimes por inúmeros motivos que não são impedidos pelo temor da pena.

Vale destacar a crítica que consiste em afirmar que o direito penal atua apenas excepcionalmente, o que proporciona as “cifras ocultas” da criminalidade.

Nesse viés, verifica-se que a criminalidade não registrada e praticada diariamente passa distante da intervenção penal, o que se constata é que a criminalidade registrada, investigada, processada e objeto de condenação é irrisória em relação à oculta. Pode notar-se, ainda, que o sistema penal intervém sobre pessoas e não nas situações, haja visto que despreza o ambiente e sistema social em que se inserem. Desse modo, a pessoa é considerada como uma variável independente e não como uma variável dependente das situações. Ratifica-se ainda a atuação do sistema penal sobre os efeitos e não nas causas da violência, pois intervém sobre certos comportamentos por meio dos quais se manifestam os conflitos propriamente ditos.

O minimalismo abordado pela Criminologia Crítica propõe a máxima contração do âmbito de atuação do sistema penal, preservando-o dessa forma até o abolicionismo penal, pois acredita na sua implantação em longo prazo. Portanto, visualiza o sistema penal como um reprodutor de desigualdades sociais, mas considera que devem ocorrer mudanças sociais estruturais antes de sua abolição. Essa contração ocorreria com a descriminalização de condutas, despenalização, diversificação, adoção do princípio da oportunidade, adoção de penas alternativas à prisão. Tudo isso vinculado ao pensamento de que não deve se punir uma bagatela, destarte prevaleceriam crimes aqueles que contivessem uma maior reprovabilidade social, caracterizando o direito penal como a última forma de socorro.

Os críticos do minimalismo argumentam que um direito penal mínimo jamais existiu e seria incompatível com a complexidade das sociedades hodiernas (sociedade de riscos), cujos riscos produzidos pelos mais variados avanços tecnológicos reclamam proteção penal. No entanto, com a crise do sistema penal é visível que essa corrente é a mais apropriada, pois se estabeleceria a minimização das desigualdades sociais. Logo, um Direito Penal mínimo e garantista em que a punição com a pena de prisão seja tida como último meio de controle social e que antes do direito de punir advenham todos os outros ramos do direito, como forma de solução dos litígios, faz-se impostergável no contexto hodierno e democrático.

No que tange ao abolicionismo penal, defende-se a imediata abolição de todo o sistema de justiça penal, haja vista que é um problema social que cria mais problema do que

resolve. Os princípios dos seus defensores são variados, convergindo apenas no que diz respeito a atual estrutura penal, já exposta nas bases críticas elencadas. Seus críticos alegam ser utópica a maneira de pensar ao afirmarem intenções libertárias e humanitárias, pois sob os pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom estaria se apresentando modelos em realidade desregulados ou autorregulados de vigilância.

Alega-se ainda que com o advento do abolicionismo, iria continuar a existir um direito sancionador com as falhas do atual, apenas com outra nomenclatura. Ainda se argumenta que o abolicionismo tem um extenso caminho a percorrer, pois precisariam ser pesquisados os equivalentes funcionais ao sistema penal, pois se especula que pudesse advir o “poder punitivo” privado. Desse modo, entende-se viável a defesa do direito penal que corresponde à defesa da liberdade física da transgressão, sendo assim, ainda é uma técnica necessária de controle social que garante a liberdade de todos.

O abolicionismo e o minimalismo radical apontam: a) o sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral ou especial, a produção de novos delitos, contestando a presunção geral e qualquer função de garantia; b) o verdadeiro poder do sistema penal não é repressivo, mas sim disciplinador, arbitrário e seletivo.

Greco (2015, p.5-9), um defensor do Direito Penal Mínimo, afirma que “o discurso penal agrada à sociedade, pois esta deposita nele as suas esperanças.” Ele afirma que não se pode negar que o Direito Penal é o mais importante de todos os ramos do ordenamento jurídico. Ele está abaixo apenas do Direito Constitucional uma vez ser este o tronco de todo o ordenamento jurídico. O Direito Penal, para ele, é o que mais necessita da atenção do Estado já que por meio de suas sanções, coloca-se em jogo o bem jurídico mais relevante depois da vida que é a liberdade.

Portanto, pelo abolicionismo penal ou minimalismo, lutam os movimentos de política criminal sediados na Criminologia crítica, que defendem a deslegitimidade do sistema de justiça penal como mecanismo formal de controle. O minimalismo por se advoga a máxima redução do sistema penal, preservando o abolicionismo, propondo a supressão por outras instâncias formais e informais de controle social, as intervenções comunitárias ou instituições alternativas.

Ainda em sua visão, Greco (2015) entende que há determinadas situações que o Direito Penal se mostra como o único remédio a ser utilizado como possível solução o que se



é levado a entender que não há qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de se abrir mão do sistema penal, mesmo se cogitando que outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver quaisquer tipos de conflitos e lesões a bem de importante relevo.

Tem-se que comportamentos bastante graves, às vezes de danos irreparáveis à própria sociedade, não podem ser desconsiderados em sua gravidade ao ponto de se abrir mão completamente do sistema penal atual. Ele vê no Direito Penal Mínimo uma saída aos problemas enfrentados pelo discurso penal. Em sua concepção se apregoa ser a finalidade do Direito Penal, e mais próxima da realidade social, a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. É o Direito Penal salvaguardando bens que não possam ser protegidos apenas pelos demais ramos do ordenamento jurídico (GRECO, 2015, p.10-11).

Nesta concepção de Direito Penal Mínimo, Greco (2015) traz sua visão em que ele denomina de “equilibrada” em que ele defende a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio social. Tem-se que segundo ele, o Direito Penal Mínimo, em seu raciocínio, traz em seu bojo princípios norteadores para a criação ou revogação dos tipos penais. Dentre eles destaca-se aqui o da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, legalidade, proporcionalidade e outros, tido como o de mais relevância o da dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal Mínimo atribui ao princípio da intervenção mínima uma certa importância. Por ele busca-se orientar o legislador na criação (a valoração do tipo penal deve-se levar em conta o bem de relevo) ou na revogação (a subsidiariedade) dos tipos penais. Neste aspecto, se considerarão os bens mais importantes na sociedade e a natureza subsidiária do Direito Penal. No caso da revogação dos tipos penais em que um bem antes tinha determinada importância e hoje já não tem mais, o princípio da intervenção mínima deve ser utilizado como fundamentação da revogação (GRECO, 2015, p.30-31).

Para Greco (2015), o Direito Penal Mínimo se encontra em uma posição equilibrada, sendo em sua opinião, “a única via de acesso razoável para que o Estado possa fazer valer o seu *ius puniendi* sem agir como tirano, ofendendo a dignidade de seus cidadãos.”

Assim, o minimalismo numa proposta de reforma penal designa um movimento que, orientado pelo princípio da intervenção mínima, do uso da prisão como última *ratio* e da busca de penas que lhes sejam alternativas, desenvolveu-se desde a década 80 do século XX e, no Brasil, a partir da reforma penal e penitenciária de 1984, com marcos como a introdução das penas alternativas (Leis 7.209 e 7.210/84), a edição da atual lei das penas alternativas (Lei

9.714/98) e a implantação dos juizados especiais criminais estaduais (Lei 9.099/95) na esfera dos crimes de menor potencial ofensivo.

Tais reformas têm operado no sentido de uma eficácia invertida, do ponto de vista do sistema penal, contribuindo, paradoxalmente, para ampliar o controle social e relegitimar o sistema penal.

Há quem sustente que o ponto vital da orientação minimizadora se radica na injustiça e inutilidade da pena, cuja função seria a reprodução das regras de domínio já existentes recaindo sobre os decaídos.

O minimalismo tem sido associado a posturas defendidas pela denominada Escola de Frankfurt do Direito Penal, prevendo sua restrição a um Direito Penal básico que tenha por objeto as condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, com manutenção das máximas garantias na lei, na imputação da responsabilidade e no processo.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se criou ainda outro meio onde o homem possa viver que não seja o Estado. O Estado desempenha um papel de fundamental importância sobre a sociedade em todos os seus possíveis aspectos sociais, cabendo única e exclusivamente a ele o controle social no que implica no exercício do poder/dever de punir.

A punição faz parte da vida em sociedade, desde os castigos impostos pelos pais aos filhos em razão de práticas erradas no que lhe são postos castigos como privação da liberdade, castigo físico, e outros. E o Estado, como ente maior, que impõe sua vontade através da força, amparado no ‘contrato social’ dirigido a todos indistintamente.

Por vezes, cabe ao Estado promover e assegurar todas as condições mínimas de sobrevivência das pessoas. Compete a ele promover a convivência pacífica entre as pessoas assegurando os direitos fundamentais e as garantias individuais de forma a atender a dignidade humana, ao mesmo tempo que faz valer o cumprimento das normas jurídicas que regem a referida organização política.

As sociedades de hoje, mesmo diante de todas as inovações em todas as áreas do conhecimento e do desenvolvimento humano, ainda assim vivem em meio a riscos como fenômeno de procedência humana socioestrutural.

Nós, brasileiros, temos convivido com um problema bastante sério que diz respeito à corrupção. Entram governos, saem governos, e uma variável parece persistir no cenário político brasileiro: a corrupção. São tantos mensalões pelo Brasil afora. Tal recorrência leva a um questionamento necessário: por que há tanta corrupção no Brasil?

Vale salientar que não se nasce corrupto e como o brasileiro não é diferente.. A corrupção no Brasil é fruto das nossas instituições, moldadas por séculos de tradição em que o público se confunde desde as entranhas com o privado. Somos a república das concessões e, sem surpresa, do jeitinho. Criam-se dificuldades para, logo em seguida, oferecerem-se facilidades.

Desenvolve-se no país um capitalismo de compadres. É cada vez mais rentável para uma empresa o investimento em “empreendedorismo político” e o atendimento às demandas de agentes públicos – em contraposição ao empreendedorismo de mercado, buscando a inovação e o atendimento às necessidades do consumidor. Some-se a isso a falta de uma

cultura de transparência e prestação de contas por parte dos poderes públicos e um sistema penal leniente e temos um ambiente perfeito para o florescimento da corrupção em suas diversas formas.

Obviamente a iniciativa para uma mudança de tal profundidade não partirá de nossa classe política, zelosa em manter seus poderes e privilégios. Mas políticos também são indivíduos racionais que respondem a incentivos. Cabe à sociedade dar-lhes o sinal: queremos mais liberdade e menos Estado em nossas vidas. Somente assim nos livraremos da chaga corrupção, que corrói diariamente nossas instituições (tanto políticas quanto sociais) e freia nosso desenvolvimento.

Quanto a colocações críticas apresentadas pelos movimentos abolicionista e minimalista (correntes deslegitimadoras do sistema penal vigente) que propõem supressão do sistema penal por outras instâncias de controle social e a máxima redução deste sistema, respectivamente, tem-se nelas uma certa pertinência.

Portanto, o dever de punir é uma obrigação, uma ação afirmativa do Estado, decorrente do pacto e justificado por princípios da Justiça, que podem ser traduzidos como uma resposta ao mal do crime com o mal da sanção, atentando para o caráter de universalidade dos princípios da Justiça, os quais não são objeto de negociação.

O Estado por meio do Direito Penal busca proteger os valores mais importantes de uma determinada sociedade, também chamados de bens jurídicos penais. Ele tem no preceito primário o exercício do direito de punir, *jus puniendi*, o infrator da norma mediante a aplicação do preceito secundária. Porém, defende-se que o Direito Penal deve atuar quando ocorrer o insucesso das primeiras instâncias de prevenção e controle social, escola, família, e de outras formas de intervenção civil, jurídica, administrativa, trabalhista.

Reconhece-se a necessidade de um Direito Penal Mínimo que é aquele conforme a Constituição. Faz-se necessário conjugar esses dois âmbitos do Direito para uma estrutura penal que busque um controle racional da criminalidade com o devido respeito aos postulados dos princípios dispostos na Carta Magna.

O poder/dever de punir do Estado se fundamenta e se justifica no dever atribuído ao Estado em promover e garantir as liberdades civis, os direitos humanos e os direitos fundamentais, no fim de se proporcionar uma sociedade harmônica que busca a paz social bem como proporcionar uma proteção jurídica. Com esse objetivo, almeja os meios legítimos para efetivar essa atuação e o faz através do Direito Penal, tendo-se na imposição da pena a

efetivação dessa atuação do *jus puniendi*, visando-se assim, atribuir funções a essas sanções penais, quais sejam: retributiva, preventiva ou mista, embora saliente-se que a pena não é, em si mesma, o fim do exercício do poder punitivo do Estado, e sim do Direito Penal.

Contudo, acreditamos que um ideal de racionalidade e certeza deve ser buscado, almejando-se um Direito Penal racional na proporção da previsibilidade da intervenção estatal, afastando-se a aspiração autoritária em que a certeza perseguida pelo Direito Penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. Sendo assim, o que deve ser perseguido é que não ocorra nem a incerteza do ato, nem a incerteza do Direito. A melhor solução seria evitar que o crime acontecesse para evitar ter que puni-lo.

Várias teorias são apresentadas para tentar atingir esse patamar, no entanto, como se pode notar pela criminalidade crescente, não conseguiram atingir seu objetivo.

No caso brasileiro, o que temos vivenciado é um Estado bastante inoperante, ineficaz decorrendo assim na prática um Direito em que muitos são desrespeitados em suas necessidades básicas, em seus direitos fundamentais e garantias, enquanto que um pequeno grupo continua sendo privilegiado por não ter por parte deste Estado a devida coação em punir, já que se trata de pessoas de posses. Sendo assim, vemos que nestes casos o poder/dever de punir estatal fica a desejar deixando um sentimento de impunidade o que gera desconfiança e descredito na sociedade como um todo.

Conclui-se portanto que as pessoas, enquanto indivíduos, enquanto cidadãos, só se realizam plenamente no espaço político-social do Estado e o Estado democrático de direito oferece as ferramentas necessárias à limitação do *jus puniendi*, coibindo os excessos.

Assim, neste estudo, entende-se que os objetivos foram atendidos tendo em vista que se ressaltou e se fundamentou de maneira objetiva a fundamentação do papel do Estado no controle social, além disto a hipótese foi confirmada pelo fato de que compete única e exclusivamente ao Estado promover e assegurar o bem-estar da sociedade, cabendo-lhe o monopólio do poder de punir, e deste modo pode-se afirmar que a pesquisa apontou como resposta os fundamentos que limitam a ação afirmativa do Estado, tendo-se na imposição da pena a efetivação dessa atuação do *jus puniendi*.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO, Félix; CARDENETE, Miguel Olmedo. **Introdução ao Direito Penal**. 1 ed. CL EDIJUR – Leme/SP, 2014.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 6 ed., Trad. Torrieri Guimarães - São Paulo: Martin Claret, Coleção a obra-prima de cada autor; 48, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20 ed. ver. ampl. atual., Editora Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 10 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral 1, 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

BRASIL, **Constituição Federal** de 1988 In: *Vade Mecum*. 5 ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7 ed. - Niterói, RJ: Impertus, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal.8 ed. ver. e atual. - Niterói, RJ: Impertus, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

MIRABETE, Julio Fabrini, FABBRINI Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral. v.1, 30. ed. ver. Atual. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

NORONHA, E.Magalhães. **Direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, v.1. 1978.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 5. Ed.,São Paulo: Saraiva, 2015.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. V. 1.8. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3 ed. tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.