



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**VANESSA ANASTÁCIO PEREIRA**

**O CRIME E A PUNIÇÃO: IMPACTO SOCIAL**

**Assis/SP**

**2014**

**VANESSA ANASTÁCIO PEREIRA**

**O CRIME E A PUNIÇÃO: IMPACTO SOCIAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal  
de Ensino Superior de Assis, como  
requisito do Curso de Graduação.**

**Orientadora: Ms. MARIA ANGÉLICA LACERDA MARIN**

**Área de Concentração: DIREITO PENAL**

**Assis/SP**

**2014**

## FICHA CATALOGRÁFICA

PEREIRA, Vanessa Anastácio.

O crime e a Punição: Impacto Social/ Vanessa Anastácio Pereira. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2014.

47 p.

Orientadora: Maria Angélica Lacerda Marin

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. A história de Crimes e Penas. 2. Direito Penal Mínimo e Máximo. 3. Direito de Punir e Legitimação da Violência

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

# **O CRIME E A PUNIÇÃO: IMPACTO SOCIAL**

**VANESSA ANASTÁCIO PEREIRA**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal  
de Ensino Superior de Assis, como  
requisito do Curso de Graduação  
analisado pela seguinte comissão  
examinadora:**

**Orientadora:** Ms. Maria Angélica Lacerda Marin

**Analisador (a):** \_\_\_\_\_

**Assis/SP**

**2014**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho ao meu esposo a quem tanto amo, Julio Cesar, pela paciência e carinho que sempre demonstrou ter comigo ao longo desta minha caminhada e as minhas amigas, que me ajudaram muito no decorrer destes anos de estudo. Obrigado pelo apoio de todos, com grande e eterno amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus por ter me fortalecido, me iluminado, e ter dado forças em todos os momentos dessa jornada que não foram fáceis.

Aos meus familiares e principalmente meu esposo pelo companheirismo, amizade, incentivo, e exemplo de luta pelos nossos objetivos.

E agradeço todos os meus amigos que me apoiaram, me incentivaram e, que sempre ficaram ao meu lado me ajudando de alguma forma.

Em especial a minha orientadora e professora Ms. Maria Angélica Lacerda Marin, pela total dedicação, apoio e confiança nessa fase de desenvolvimento do trabalho de monografia, dando-me forças com suas palavras e ensinamentos.

Obrigado pelo apoio, incentivo e dedicação de todos.

“Apesar dos nossos defeitos, precisamos enxergar que somos pérolas únicas no teatro da vida e entender que não existem pessoas de sucesso ou pessoas fracassadas. O que existe são pessoas que lutam pelos seus sonhos ou desistem deles”.

(Augusto Cury)

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>I - A HISTÓRIA DE CRIMES E PENAS</b> .....	14
1.1.O CÁRCERE.....	16
1.2 A FINALIDADE DO ENCARCERAMENTO.....	17
1.3 PRISÕES NO BRASIL.....	18
1.4 ESCOLAS POSITIVISTAS E INTERMEDIÁRIAS .....	21
<b>II - DIREITO PENAL MÍNIMO E MÁXIMO</b> .....	23
2.2 O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM .....	25
2.3 DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA .....	25
2.4 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	26
2.5 O ABOLICIONISMO.....	27
2.6 DIREITO PENAL MÍNIMO.....	28
2.7 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MÍNIMO.....	28
<b>2.2.7.1 Dignidade da Pessoa Humana</b> .....	<b>29</b>
<b>2.2.7.2 Intervenção Mínima</b> .....	<b>29</b>
<b>2.2.7.3 Adequação social</b> .....	<b>30</b>
<b>2.2.7.4 Lesividade</b> .....	<b>30</b>
<b>2.2.7.5 Insignificância</b> .....	<b>30</b>
<b>2.2.7.6 Individualização da pena</b> .....	<b>31</b>
<b>2.2.7.7 Proporcionalidade</b> .....	<b>31</b>
<b>2.2.7.8 Responsabilidade pessoal</b> .....	<b>32</b>

2.2.7.9 Limitação das penas.....	32
2.2.7.10 Legalidade.....	32
<b>III - DIREITO DE PUNIR E LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA.....</b>	<b>34</b>
3.3 DIREITO DE PUNIR <i>IN ABSTRACTO</i> E <i>IN CONCRETO</i> .....	34
3.3.4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	35
3.3.5 DIREITO DE PUNIR VINCULADO ÀS LEIS .....	37
3.3.6 DESIGUALDADE SOCIAL.....	39
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>47</b>

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar os estudos históricos sobre a ideia de delito e de punição, que indicam que há um processo de profunda transformação na percepção de sua realidade social. Pode-se dizer que, a ideia de crime e punição não produz os impactos sociais em relação a outros momentos históricos. Sabe-se que, num período histórico não muito distante, quando se falava de crime e punição, era algo forte, e de grande impacto social. Tudo indica que, hoje não temos mais esse tipo de impactação. Nosso trabalho pretende explorar as razões dessas transformações nas imagens e representações do delito e da pena.

**Palavras chaves:** Origem das penas – punição – crime – sociedade – legitimação da violência - Estado.

## ABSTRACT

This work aims to demonstrate the historical studies on the idea of crime and punishment, which indicate that there is a process of profound transformation in the perception of their social reality. It can be said that, the idea of crime and punishment does not produce the social impacts in relation to other historical moments. It is known that, in a historical period not very distant, when there was talk of crime and punishment, was something strong, and great social impact. Everything indicates that, today we have more this type of impact. Our work seeks to explore the reasons for these changes in the images and representations of the offense and the penalty.

**Keywords:** Origin of feathers - punishment - crime - society - legitimization of violence - State.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

**ART** Artigo

**CP** Código Penal

**CF** Constituição Federal

**EUA** Estados Unidos da América.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho analisará o delito e a punição historicamente, bem como o impacto social que promove ao longo do tempo. Para tanto, adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica de Cesare Beccaria, Michel Foucault, Luis Francisco Carvalho Filho entre outros.

No primeiro momento falaremos sobre a história de crimes e penas, que se modifica ao longo dos séculos, posto que o modo de atuar do governo também se modifica.

No segundo capítulo, ainda elencaremos o modelo de Direito Penal Máximo, o qual é pautado em uma aplicação de pena valorativa, ficando o acusado muitas vezes sobre sanções fundamentadas no substancialismo. E o Direito Penal Mínimo, o qual propõe o mínimo de intervenção punitiva sendo esta pautada de legalidade e razoabilidade.

No terceiro ponto do trabalho, falaremos sob a concepção de Fernando da Costa Tourinho Filho, sobre o direito de punir do Estado e a legitimação da violência, concluindo assim, o poder que o Estado tem em determinar a pena ao descumpridor, após a confirmação de sua responsabilidade em autoria e materialidade do delito.

A pena é uma das espécies de sanção penal, consistente em uma manifestação do direito de punir do Estado. Sendo assim, tem-se que a pena é uma consequência natural (e jurídica) do delito, imposta pelo Estado, quando do cometimento de um fato típico, antijurídico e culpável, após a devida persecução criminal, devendo esta, num Estado Democrático de Direito, se dar de acordo com os ditames da Constituição Federal. E, muitas vezes nos perguntamos qual a origem do crime? Por que, em uma mesma população, algumas pessoas resolvem romper as regras enquanto outras as obedecem?

Deste modo, há muitas teorias contendo as explicações sobre o porquê da criminalidade, mas nenhuma consegue explicar o nascedouro de todos os crimes. E,

realmente, essa é uma tarefa árdua de se aclarar. Nos tempos atuais, a criminalidade é encarada como algo “normal” ou será “banal”? A pesquisa busca, ainda, verificar qual sistema penal teria eficácia para o controle dessa criminalidade.

Portanto, este trabalho visa esclarecer que quanto mais forte for à lei, ou seja, a mensagem de que a punição está ali, menor será o cometimento de crimes. Esta é a essência de Cesare Beccaria, jurista italiano, que proferiu a frase: “O que inibe o crime não é o tamanho da pena, mas a certeza da punição”.

## **I – A HISTÓRIA DE CRIMES E PENAS**

Este trabalho tem por objetivo a investigação do impacto social que o conceito de delito e punição vem obtendo de acordo com os momentos históricos decorrentes da humanidade, pois, ocorre uma profunda transformação na realidade social atual, não produzindo os mesmos impactos sociais de acordo com momentos históricos anteriores.

Parte-se do pressuposto de que há uma profunda banalização do crime e punição atualmente. Para essa análise, essencial, faremos uma breve retomada à cerca da história dos crimes e suas penas.

De acordo com Michel Foucault, em sua obra “vigiar e punir”, leva-se em consideração que a punição dos criminosos se modifica em grande parte, posto que o modo de atuar no governo mudou. Nos séculos anteriores, os suplícios aconteciam de forma corriqueira e normal, pode-se dizer o destino que os súditos tinham era o mais exacerbado.

Da mesma maneira, como acontece na França, Monarquia Absoluta de 1789, o rei tinha tamanho controle sobre as leis, devendo ser obedecido de forma impecável, pois, se assim não fosse, haveria uma afronta contra ele. Portanto, em vez de apenas impedir que o criminoso volte a cometer o delito, as sentenças que hoje consideramos bárbaras deixavam claro como seria terrível a vingança do monarca contra quem fizesse coisas parecidas. As execuções eram uma grande cena, uma vez condenado, o criminoso tinha de caminhar pela cidade apregoando seu delito em voz alta, assim, fazendo uma confissão pública diante da igreja. E muitas vezes, matavam o sujeito no mesmo local e com as mesmas armas de seu crime. E, claro, esperava-se que o povo estivesse presente para que fossem “instruídos” pela punição física que sofreriam, caso cometessem algum crime. Desse modo, os sujeitos já ficavam cientes como seria sua punição caso cometessem algum delito, de modo que, seu medo ajudava para que pensasse em realizar ou não infrações.

De acordo com o que Cesare Beccaria diz:

Um delito já cometido, para o qual não há mais remédio, apenas pode ser punido pela sociedade política para obstar que os outros homens incidam em outros idênticos pela esperança de ficarem impunes. Se é certo que a maior parte dos homens respeita a lei pelo temor ou pela virtude, se é provável que um cidadão dê preferência a segui-las do que a violá-las, o juiz que ordena a tortura expõe-se constantemente a torturar inocentes. Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse a si mesmo, e procurar fazer nascer à verdade por meio dos tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz. (BECCARIA, 2009, p. 22).

Há consequências grandiosas em razão ao uso das torturas, ou seja, o inocente se encontra numa situação pior ao do acusado. O inocente submetido à tortura tem tudo contra si; ou será condenado por confessar algo que não cometeu, ou será absolvido, mas levará marcas em seu corpo e em sua vida que não mereceu.

Por outro lado, o culpado tem circunstâncias a seu favor. Poderá ser absolvido se suportar a tortura e não haverá suplícios sobre si, obtendo então uma pena mais leve. Logo, o inocente tem muito mais a perder e o culpado apenas a ganhar. Sendo então, desnecessários esses tipos de punição, lembrando que, tais penas eram exageradas e errôneas, mas que, nos tempos atuais, observa-se que deveria haver a certeza da punição, não severa, mas proporcional ao delito cometido. A intenção dos castigos não é com a finalidade de torturar um ser, mas sim, única e exclusiva, obstar o culpado de tornar-se perigoso e prejudicial à sociedade.

Portanto, faz-se a compreensão de que os castigos muito violentos e abusivos tornavam o sistema penal passageiro e pouco eficiente. Conforme a sociedade francesa foi admitindo características voltadas para a produtividade industrial, ao comércio e as transações financeiras, na virada do século 18 para o 19, a ineficácia ficou cada vez mais difícil de tolerar, principalmente na hora de punir os criminosos. Além disso, da preocupação com a eficiência, há de se pensar em agir com humanidade, porque o objetivo é resguardar a sociedade dos que exercem o poder, e não exatamente a de quem cometeu o crime. Por consequência, temos que

defender aqueles que fazem parte da nossa sociedade como um todo, punindo conseqüentemente, apenas aqueles que cometeram a infração penal.

No século XIX, a punição passa a ter um controle mais amplo, ou seja, Foucault chama de disciplina. É uma série de mecanismos em que visam separar cada indivíduo dos outros e até de si mesmo, sendo assim, eram qualificados como são ou loucos, normais ou anormais, sadios ou doentes, bom cidadãos ou delinquentes. Logo, passa-se a existir menos punição e mais vigilância, também se manifestando nas escolas, indústrias e forças armadas.

Com o iluminismo, há um começo de mudança no pensamento das pessoas e a relação do poder com as punições. Influenciado por este pensamento, surgem os grandes reformadores como Beccaria, Servan, que colocam esta suavidade à ostentação judicial.

Foucault trabalha com o raciocínio mais lógico que pode existir: a história. Portanto, o questionamento do sistema penal, afinal existe um modo que não torne a punição uma forma de suplício para o criminoso, mas que ao mesmo tempo ele seja punido e também possa mudar sua forma de vida. Ouve-se muito sobre a proporcionalidade da pena ao delito cometido, sendo assim, devem-se escolher os melhores meios para uma eficaz e durável punição e menos cruel ao culpado. (FOUCAULT, 1975, p. 213).

Por fim, Foucault nos mostra que é possível lutar contra a superioridade de certos pensamentos da humanidade, mas, no entanto, é impossível escapar de todas as relações de poder existentes. (FOUCAULT, 1975, p. 215).

## **1.1 O cárcere**

Já a obra de Luís Francisco Carvalho Filho, em “A prisão”, nos descreve que o cárcere sempre existiu como um meio de punir o infrator, e não como um fim e a sua

finalidade era a de guardar os escravos e prisioneiros de guerra. Os réus não eram condenados especificamente há dias, meses ou anos de penas.

Mas, eram punidos com morte, suplício, degredo, açoite, amputação de membros, galés, trabalhos forçados, confisco de bens. (CARVALHO FILHO, 2002, p.20)

Hoje, há uma grande banalização das penas pela sociedade, todos acreditando que não há lei no nosso País, isso acontece até mesmo pela falta de entendimento, mas por outro lado, pela simples conclusão de que os crimes praticados não são punidos quando deveriam.

Num tempo histórico não muito distante, a sociedade via as regras impostas como algo a ser seguido e não desprezado. Será que respeitavam as leis por medo da repressão que sofreriam pelo delito cometido? E será que esse medo não seria a melhor saída para que a sociedade pensasse nas suas atitudes e consequências? O mundo está mais violento nós desfazemos o ser que nasceu para respeitar uns aos outros.

A história da humanidade ainda é difícil de serem entendidos, pensamentos diferentes, culturas diferentes, cada ser com a sua necessidade. Isso torna cada vez mais complexo a relação dos seres. Desse modo, ocorre a desordem.

## **1.2 A finalidade do encarceramento**

A partir do século 18, a natureza sobre a prisão vai se modificando, logo, tornando-se a essência do sistema punitivo. A finalidade do encarceramento passa a ser isolar e recuperar o infrator. O objeto do infrator sai da esfera do corpo do condenado e passa a ser a sua alma.

O sistema punitivo atual foi construído a partir do século 18 e os exageros do antigo regime já eram alvo de crítica, mas é um aristocrata chamado Cesare Beccaria,

quem sintetiza o formato dos novos Códigos. Sua obra, *Dos delitos e das Penas*, publicada em 1764, sustenta que:

[...] o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido. Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. (BECCARIA, 2009, p. 22)

Contudo, dois sistemas penitenciários se desenvolveram nos EUA no final do século 18 e nas primeiras décadas do século 19. A primeira corresponde o da Filadélfia de 1790, que impunha aos condenados o isolamento na cela 24 horas por dia. É onde dormiam se alimentavam e trabalhavam. Pretendia-se estimular o arrependimento do condenado, logo, o remorso. O condenado apenas podia fazer a leitura da Bíblia. O segundo sistema corresponde ao de Auburn, adotado a partir da década de 1820. Impunha ao condenado o seu isolamento noturno, mas trabalhando no período da manhã e fazendo suas refeições em comum. O silêncio era absoluto, e a vigilância, permanente.

A essência dos dois sistemas penitenciários estava na ideia de que o criminoso é consequência de uma falha que houve no processo de construção de seu caráter, e esse processo deveria ser realizada pela família, igreja, comunidade e escola, da qual isso não aconteceu de forma precisa. Logo, a penitenciária existiria para agir nesses pontos onde tais instituições falharam em seu modo de agir, abrindo caminhos então, mesmo sendo mais doloroso, na prisão com imposição de rotinas diariamente, no estímulo à reflexão sobre o porquê estar lá, ao trabalho, na disciplina que deveria ser assídua e na distribuição de castigo físico para quem desobedecesse às regras do confinamento. E, o que se esperava era o arrependimento do delinquente, pelo ilícito cometido, depois de tantas fases pelas quais passou. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 25).

### 1.3 Prisões no Brasil

No Brasil, em 1551, já se mencionava a existência de prisões em Salvador, Bahia, que se instalou na sede do governo-geral do Brasil. Nas cidades e vilas, as prisões se localizavam nas próprias câmaras municipais, e serviam para recolher desordeiros, escravos, fugitivos e criminosos à espera de julgamento e, conseqüentemente, punição. A prisão não era cercada por muros, logo, os presos mantinham contato com os transeuntes através das grades, e recebiam esmolas, informações e alimentos. As prisões estavam alocadas também em prédios militares e fortificados, que foram construídos em pontos estratégicos para a defesa do território e, com o tempo, perderam a função. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 36).

Dessa forma, dois estabelecimentos foram idealizados para suprir tal lacuna, um se localizava no Rio de Janeiro e o outro em São Paulo. Eram as casas de Correção, inauguradas em 1850 e 1852. Pode-se afirmar que elas representavam a entrada do país na era da modernidade punitiva. Buscavam assim, a regeneração do condenado por intermédio do sistema de Auburn, sendo que os presos trabalhavam durante o dia e após isso, se recolhiam para dormir nas celas. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 38).

Possuía, também, o calabouço, considerado um recinto especial, destinado a abrigar escravos fugitivos e entregues à autoridade pública, em depósito, ou para receberem a pena de açoite, ou seja, se o condenado cometesse um crime e não fosse punido com morte, seria condenado ao açoite, portanto, a chibatada estava limitada a 50 por dia. Deste modo, vemos as barbáries que ocorriam em tempos passados e como os castigos eram desumanos e arrebatadores.

Com a República, afastou-se do cenário punitivo a força e os galés. Ficando estabelecido, ainda, o caráter temporário das penas restritivas da liberdade individual, não podendo exceder a 30 anos - prevalecendo assim até a atualidade.

Contudo, a reforma parcial do Código Penal de 1977, começou a prevalecer com o entendimento de que a prisão deveria ser reservada para crimes mais graves e

delinquentes perigosos. A superlotação carcerária já os preocupava. A Lei ampliou os casos de sursis, instituiu a prisão albergue e estabeleceu os atuais regimes de cumprimento da pena de prisão (fechado, semiaberto e aberto). Logo, na reforma de 1984, houve a introdução das penas privativas de liberdade (reclusão e detenção, restritiva de direitos e multa).

A história das prisões no Ceará é que, presos se alimentavam com as mãos, e a comida “estragada”, era distribuída em sacos plásticos- sacos plásticos estes que, em Pernambuco, utilizavam para que detentos isolados pudessem defecar. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 11).

No Rio de Janeiro, em Bangu I, verificou-se que não havia oportunidade de trabalho e de estudo. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 11).

No Paraná, os deputados se defrontaram com um preso recolhido em cela de isolamento havia sete anos, período que passou sem receber visitas nem tomado banho de sol. (CARVALHO FILHO, 2002, p.12).

São situações em que nos indignam e nos fazem pensar sobre as prisões no Brasil e é realmente um desafio justamente elaborar uma política criminal que delimite com clareza e racionalidade sobre o futuro das nossas prisões.

Conforme Foucault a prisão é uma [...] detestável solução de que não se pode abrir mão. (FOUCAULT, 1975, p.208).

Para Marquês de Beccaria, em 1764, havia uma fase chamada de pré-científica, na qual predominava um pensamento do direito penal que levava em consideração a proporcionalidade das penas; o fim da pena de morte, porque, eram consideradas cruéis, corporais e ultrapassavam os limites e também o acusado, ou seja, não atingia apenas a ele, mas também a sua família; a prática de tortura e que as condenações fossem de forma pública. Assim, o primeiro código criminal do Brasil da década de 1830 tomou como base o pensamento de Beccaria, e esse código foram tidos como um dos mais avançados do mundo. (GARCIA, 1992, p.90-95).

Já na fase científica, os pensadores que eram formados por: César Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo, formaram o movimento do positivismo e buscaram

estudar por meio de um método chamado de causal – explicativo. César Lombroso passou a estudar as características físicas do criminoso, observando que, o infrator já nascia com traços físicos de criminoso e cada um tinha uma particularidade por ser criminoso nato. Já Enrico Ferri deu continuidade aos estudos de César Lombroso, chegando à conclusão de que não bastava à pessoa ser um delinquente nato, mas que era preciso condições sociais para que determinassem a potencialidade do criminoso. Por fim, Rafael Garófalo passa a escrever um livro chamado de “Criminologia”, e com isso, passando a batizar a ciência e estudou o crime, o criminoso e a pena. (GARCIA, 1992, p.96-102).

Assim, a história natural do delito, em princípio, é considerada como crime toda ação aos costumes, crenças e tradições, mesmo que não estivesse definhada em lei. Sendo então, um fenômeno biológico e social e, portanto, um fato típico e antijurídico.

Para o Código Penal vigente, crime é um ato humano consumado ou tentado, em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, ou lhe deu causa por imprudência, negligência ou imperícia. (Art. 14. Incisos I e II e art. 18, incisos I e II do Código Penal).

O livro “Criminologia” ainda se refere às escolas clássicas, ou seja, para eles, a pena é um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerado crime, que voluntária ou conscientemente, cometeu. E essa escola se caracterizou por justificativa do exercício da ação punitiva, a responsabilidade criminal e o fundamento da pena. Portanto, se o crime é um ato de vontade livre, a responsabilidade é moral ou individual. O infrator, que teve liberdade de escolha, é o único responsável por sua conduta criminosa. (GARCIA, 1991, p. 89).

#### **1.4 Escolas positivistas e intermediárias**

Para as escolas positivistas, o crime é considerado fenômeno social e a pena como meio de defesa da sociedade e de recuperação do indivíduo. Logo, os defensores

do positivismo criminológico afirmavam que o crime não poderia ser ato de vontade livre, mas sim ato determinado por sua própria constituição bio-psíquica.

Já para as escolas intermediárias, embora acolhendo o princípio da responsabilidade moral, não aceitavam que a responsabilidade moral fundamenta-se no livre arbítrio, e substituíam-o pelo determinismo psicológico, desta forma, a sociedade não tinha o direito de punir, mas somente o de defender-se nos limites do que é justo.

## II – DIREITO PENAL MÍNIMO E MÁXIMO

O confronto entre direito penal mínimo e direito penal máximo é descrito pelo penalista italiano Luigi Ferrajoli em sua obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”.

Segundo o modelo garantista:

Não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. (FERRAJOLI, 2000, p. 83).

Contudo, ao contrário do modelo garantista, há o modelo autoritário, que se caracteriza pela ausência de alguns destes limites à intervenção punitiva estatal.

Por isso que, o modelo garantista pode ser identificado como o modelo do *Estado de direito*, sendo então, um tipo de ordenamento no qual o Poder Público está rigidamente limitado e vinculado à lei. Já o modelo autoritário, ao contrário, serve para configurar sistemas de controle penal próprio do *Estado absoluto ou totalitário*, ou seja, qualquer ordenamento onde os poderes não são disciplinados pela lei, carentes de limites e condições.

Denominam-se a esses dois extremos como “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, existindo diversos sistemas que são intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma *tendência* ao direito penal mínimo ou de uma *tendência* ao direito penal máximo. É de se levar em consideração que, nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, estas duas tendências convivem entre si, sendo a primeira caracterizada pelos níveis normativos superiores e, a segunda, os níveis

normativos inferiores, dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos. (FERRAJOLI, 2000, p. 83).

Logo, está claro que o direito penal mínimo é condicionado e limitado ao máximo, ou seja, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente às leis, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza.

Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. (FERRAJOLI, 2000, p. 84).

Logo, estão reverenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, ou seja, há a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade da acusação, bem como, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica.

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, é incondicionado e ilimitado, ou seja, caracteriza-se pela sua excessiva severidade pela *incerteza e imprevisibilidade* das condenações, bem como das suas penas que, conseqüentemente, torna-se um poder não controlável. A condenação e a pena são “incondicionadas” no sentido de que dependem exclusivamente de uma suposta sabedoria e equidade dos magistrados.

Notadamente, o direito penal máximo tem a certeza de que nenhum culpado ficará impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido, caracteriza-se pelo princípio *in dubio contra reum*. Já a certeza do direito penal mínimo, ao contrário, é que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune, caracteriza-se pelo princípio do *in dubio pro reo*.

Em todo caso, ambas as certezas são consideradas subjetivas e relativas, afetando apenas as verdades igualmente opinativas e prováveis. (FERRAJOLI, 2000, p. 85).

## **2.1 O Movimento de Lei e Ordem**

É de se levar em consideração que, mesmo com as intenções dos defensores do abolicionismo, ele está fadado ao insucesso, pois a sociedade não é capaz de abrir mão do Direito Penal no que diz respeito à repressão dos comportamentos que atacam o convívio social.

Por outro lado, encontra-se a tese do chamado movimento de Lei e Ordem, que prega o discurso do Direito Penal Máximo, ou seja, fazendo a sociedade acreditar ser o Direito Penal a solução de todos os males que a afligem.

Assim, resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.

O mais interessante desse raciocínio é que somente gostamos da aplicação rígida do Direito Penal quando ela é dirigida a estranhos, melhor dizendo, somente concebemos a aplicação de um Direito Penal Máximo quando tal raciocínio não é voltado contra nós mesmos, contra nossa família, contra nossos amigos, enfim, Direito Penal Máximo somente para os “outros” e, se possível, nem o “mínimo” para nós. (GRECO, 2011, p. 16).

## **2.2. Direito Penal de Emergência**

Casos graves, em que veem causando grande comoção social, tem sido objeto frequente de notícias entre os meios de comunicações. O medo passou a fazer parte do cotidiano das famílias e, ainda, ouvem-se muitos discursos no sentido de mudar a legislação penal, visando o aumento das penas, à redução da duração do processo

e ao recrudescimento do cumprimento das penas aplicadas, procurando, assim, evitar a saída do condenado do sistema prisional.

Ferrajoli aponta a mudança de paradigma levado a efeito pelo chamado direito penal de emergência, dizendo:

A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política de ruptura, ou, se se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal. Esta concepção da emergência outra coisa não é que a ideia do primado da *razão de Estado* para *razão jurídica* como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas a esta supraordenada. O bem do Estado é a norma principal do direito de emergência. (GRECO, 2011, p. 22).

### 2.3. Direito Penal do Inimigo

Refere-se, ainda, ao direito penal máximo e, é considerado como um de seus membros mais agressivos. Foi desenvolvido pelo professor alemão Gunter Jakobs, na segunda metade da década de 1990, que procurou traçar uma distinção entre um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*.

O Direito Penal do Cidadão, em uma visão garantista, observa-se todos os princípios há que lhe são pertinentes; O direito Penal do Inimigo, contudo, é despreocupado com seus princípios fundamentais, pois fundamenta que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado, nos levando, então, ao raciocínio de um estado de guerra.

Segundo o autor:

O direito penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize

seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade. (GRECO, 2011, p. 23).

Mas há de se levar em consideração, que não se pode desistir do homem, sob o falso argumento de ser incorrigível, que o impede de agir conforme os demais cidadãos.

## 2.4 O abolicionismo

De acordo com Rogério Greco, em sua obra “Direito Penal do Equilíbrio”, o Direito Penal é aquele que mais necessita da atenção do Estado, uma vez que, por meio das suas sanções, coloca-se em jogo o bem jurídico mais relevante, que é a liberdade do indivíduo. (GRECO, 2011, p. 6).

Imaginemos o princípio da responsabilidade pessoal e da limitação das penas, previstos nos incisos XLV e XLVII do artigo 5º da Constituição Federal.

O mencionado inciso XLV diz que *nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem; nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.*

Contudo, deve-se levar em consideração que nem sempre foi assim. Em um passado não muito distante, não somente aquele que praticava o crime era punido, como também os seus familiares, o seu clã, enfim, a sociedade de forma geral.

O inciso XLVII também preconiza que *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.* Todas essas limitações giram em torno do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme destacado por Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar:

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalente mente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault. (GRECO, 2011, p. 8).

Há uma irracionalidade do sistema penal e, portanto, esses autores chegaram a essa conclusão e estão comprometidos com o princípio da dignidade da pessoa humana. A punição dos fatos de bagatela, por um lado, e a impunidade dos crimes de colarinho branco, por outro, constituem exemplos claros da injustiça do sistema penal. O que faz permitir a transformação de um fato que, até ontem, era plenamente tolerado em uma conduta proibida pelo Direito Penal?

Louk Hulsman assevera:

Não se costuma perder tempo com manifestações de simpatia pela sorte do homem que vai para a prisão, porque se acredita que ele fez por merecer: 'Este homem cometeu um crime' – pensamos; ou, em termos mais jurídicos, 'foi julgado culpável por um *fato punível com pena de prisão* e, portanto, se fez justiça ao encarcerá-lo'. Bem, mas o que é um crime? O que é um 'fato punível'? Como diferenciar um fato *punível* de um fato não punível?

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio etc., hoje não é mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é. (GRECO, 2011, p. 9).

## 2.5 Direito Penal Mínimo

O Direito Penal mínimo é chamado de equilibrado. O seu discurso mais coerente apregoa que a finalidade do Direito Penal é a proteção tão somente dos bens

necessários e vitais ao convívio em sociedade. E, não apenas protegidos por outros ramos do ordenamento jurídico.

O raciocínio do Direito Penal mínimo leva em consideração vários princípios que, conseqüentemente, servirão de orientação ao legislador no que tange à criação quanto na revogação dos tipos penais, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correta interpretação.

## 2.6 Princípios do Direito Penal Mínimo

Dentre os princípios ao raciocínio do Direito Penal Mínimo nós podemos destacar os da:

a) Dignidade da Pessoa Humana, onde o homem, aqui, deverá ocupar o centro das atenções do Estado, visando à manutenção da paz social, em que comportamentos intoleráveis são proibidos porque atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Conforme dizeres de Guillermo J. Yacobucci:

A dignidade da pessoa humana, dentro da vida social e política, reclamam 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. Assim, da existência mesma da pessoa surgem determinados deveres e direitos que recebem a denominação de "humanos", por sua quase imediata vinculação com as necessidades fundamentais para o desenvolvimento dos homens. Trata-se, obviamente, de direitos que não são criados nem construídos propriamente pelas instâncias do poder político, senão, bem antes, que devem ser reconhecidos por este como primeiro nível de legitimação na tomada de decisões. (GRECO, 2011, p. 30).

b) De acordo com o princípio da Intervenção Mínima, sua finalidade é orientar o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais, ou seja, protegem-se os bens mais importantes existentes na sociedade. Por outro lado, passaremos ao raciocínio da subsidiariedade, ou seja, embora importante o bem, se os outros

ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal. Há também de ser aferida para fins de revogação dos tipos. Assim, se um bem que era importante no passado, mas, atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal, servindo o princípio da intervenção mínima de fundamento para a sua revogação.

Em uma concepção minimalista, devemos analisar se aquele bem, considerado como importante e incapaz de ser protegido pelos outros ramos do ordenamento jurídico, é atacado por uma conduta não tolerada socialmente. Contudo, tal raciocínio se faz mister porque, mesmo sendo o bem importante, se a conduta que o atinge for socialmente tolerada, quer dizer, aceita pela sociedade, não poderá haver a criminalização, pois, se assim o fizéssemos, estaríamos convocando a sociedade a praticar infrações penais, pois não deixaria de praticar infrações penais, pois não deixaria de praticar os comportamentos a que estava acostumada.

c) O princípio da adequação social tem por base orientar o legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos.

Conduas que, no passado, eram consideradas socialmente inadequadas, se hoje já forem aceitas pela sociedade, farão com que o legislador afaste a criminalização, tal como se exige, atualmente, com a prática do jogo do bicho, conduta perfeitamente assimilada pela sociedade que, inclusive, pratica jogos semelhantes, e que não mereceram a repressão oficial do Estado. (GRECO, 2011, p.31).

O princípio da adequação social deverá, ainda, orientar à interpretação dos tipos penais, para adaptá-los à realidade. O que era obsceno em 1950 pode não sê-lo hoje.

d) O princípio da lesividade leva em consideração que, por mais importante que seja o bem, que a conduta seja inadequada socialmente, somente poderá haver a sua esfera individual, atingindo bens de terceiros. E, proíbe-se, através desse princípio, a incriminação de pensamentos, de modos ou formas de ser e de se comportar, bem como de ações que não atinjam bens de terceiros. Exemplos

dessas situações seria a punição pela cogitação, pelo fato de alguém não gostar de tomar banho, ou usar cabelos compridos, ser homossexual, tentativas de suicídio, etc.

e) Pelo princípio da Insignificância devemos destacar que:

Cuja aplicação conduz à atipicidade do fato praticado, deverá merecer análise em sede de tipicidade conglobam-te, especificamente na vertente correspondente à tipicidade material, que é o critério em virtude do qual o Direito Penal afere a importância do bem no caso concreto. Se chegarmos à conclusão, mediante a análise dos princípios anteriores, de que o patrimônio, por exemplo, é um bem importante a ponto de ser protegido pelo Direito Penal, que a conduta que o ataca é lesiva e inadequada socialmente e, por essas razões, criarmos os delitos patrimoniais, devemos, no caso concreto, nos fazer a seguinte indagação: Se é certo que o patrimônio, abstratamente considerado, é um bem importante a ponto de merecer a proteção do Direito Penal, o bem em análise, isto é, que fora objeto da subtração pelo agente, goza desse status? Foi pensando nesse bem que o legislador criou a figura do delito contra o patrimônio? Se a resposta for positiva, concluiremos que a conduta é típica e passaremos à aferição das outras características da infração penal. Se a resposta for negativa, o estudo da infração penal estará interrompido por ausência de tipicidade material, conduzindo-nos, em último plano, a completa atipicidade do fato. (GRECO, 2011, p. 32-33).

f) O princípio da Individualização da Pena está previsto no art. 5º, inciso XLVI, da nossa Carta Magna, que preconiza:

A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (GRECO, 2011, p. 33).

Desse modo, o Direito Penal, com a finalidade de exercer a sua proteção, escolhe os bens mais importantes e necessários para tal fim. Uma vez feito isso, presume-se que o bem seja de relevo. Enfim, cada bem escolhido pelo Direito Penal tem uma importância distinta dos demais, decorrendo, daí, a necessidade de se individualizar a pena, atribuindo à importância que cada bem merece.

A pena é o preço de cada infração e, assim, a individualização da pena pode ocorrer em três fases distintas, a saber: cominação – fase da individualização que ocorre no plano abstrato, de competência do legislador; aplicação – fase que ocorre no plano concreto, atribuída ao julgador; execução – fase que ocorre durante a execução da pena.

g) Há também, o princípio da proporcionalidade. Beccaria dizia que:

Para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei. (GRECO, 2011, p.33).

A proporção é uma exigência minimalista, ou seja, a pena deverá ser proporcional ao mal praticado pelo agente.

h) A nossa Carta Magna adota também ao princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena, em seu artigo 5º, inciso XLV:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (GRECO, 2011, p. 34).

Desse modo, embora a regra seja que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado, contudo, chega até as pessoas que lhe são próximas, demonstrando, assim, a necessidade de sua aplicação somente aos casos mais graves, realmente intoleráveis socialmente, em decorrência do seu efeito devastador.

i) Também reside em sede constitucional o princípio da limitação das penas, no artigo 5º, inciso XLVII, que diz:

Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. Assim, com a natureza de princípio

intimamente ligado ao próprio agente, deverá ser obrigatoriamente analisado o princípio da culpabilidade. (GRECO, 2011, p. 34).

Em uma concepção minimalista, torna-se impossível a intervenção do Direito Penal quando a conduta do agente não for passível de censura, vez que, na situação em que se encontrava, não podia ter agido de forma diferente.

j) Por fim, o princípio da legalidade, deverá ser observado pela legalidade material e não somente avaliar a legalidade formal. Deverá observar se o procedimento legislativo de criação e também se o conteúdo da lei penal não contraria os princípios expressos ou implícitos contidos em nossa Lei Maior.

O Direito Penal Mínimo se encontra numa posição equilibrada, sendo 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. Nesse sentido, merecem ser transcritas as lições de Paulo de Souza Queiroz:

Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também [...] um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF, art. 1º), que declara como seus fundamentos, a 'dignidade da pessoa humana', a 'cidadania', 'os valores sociais do trabalho', e proclama como seus objetivos fundamentais, 'constituir uma sociedade livre, justa, solidária, que promete 'erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais', 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (art. 3º), e assume, assim, declaradamente, missão superior em que lhe agigantam as responsabilidades, não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é esse Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte corresponsável pelas gravíssimas disfunções sociais que sob seu cetro viajam e pelos dramáticos conflitos que daí deriva. (GRECO, 2011, p. 35).

### III – DIREITO DE PUNIR E LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA

De acordo com o autor Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra “Processo Penal”, os bens da sociedade que são os mais importantes da vida social, é tutelado pelas normas penais, caracterizando-se pelo direito à integridade física, à honra, à vida, à liberdade, entre outros e quando ocorre a sua violação chamamos de infração penal. E o Estado por sua vez, é a própria sociedade politicamente organizada, não permitindo que a aplicação da lei penal fique ao arbítrio da sociedade, mas sim do próprio Estado.

Conforme acentua Tourinho Filho:

Quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, como representante da comunidade perturbada pela inobservância da norma jurídica, e, assim, cabe ao próprio Estado, por meio dos seus órgãos, tomarem a iniciativa motu próprio, para garantir, com sua atividade, a observância da lei. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 28).

Desse modo, quando se pratica uma infração penal, é o próprio Estado que comporta essa lesão, sofrendo-a. Porque os bens que são defendidos pelo Estado são considerados públicos e sociais, portanto, o direito de punir os que cometem as infrações penais corresponde à sociedade, ou seja, o direito de impor a *sanctio júrís* àqueles que desrespeitam as leis. A coletividade tem direito de ter defendido os seus direitos, aplicando contra qualquer pessoa que afete seu sossego as medidas que são preventivas.

### 3.1 Direito de Punir *in abstracto* e *in concreto*

À vista disso, o jus puniendi cabe única e exclusivamente ao Estado, sendo considerada uma soberania que ele desfruta. Contudo, há de se levar em consideração que o jus puniendi existe *in abstracto* e *in concreto*. Em concordância com Tourinho Filho:

Quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o jus puniendi num plano abstrato e, para o particular, o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele jus puniendi desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a “pretensão punitiva”. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o jus libertatis com a infligência da pena. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 29).

Desse modo, a pretensão punitiva surge no momento em que “jus puniendi” *in abstracto* se converte em *in concreto*, e por consequência surgindo à lide penal.

O que se indaga é de que forma o Estado consegue tornar efetivo o seu jus puniendi impondo a sanção ao culpado? Podemos afirmar que isso se caracteriza através do processo, onde há todo um rito de autoria e materialidade, sendo um fator indispensável, pois visa proteger a coletividade contra os abusos do Poder Público. Todavia, se o Estado tem todo esse poder de punir o infrator, porque necessita invocar os meios judiciais para demonstrar o seu direito de punir, privando-o de sua soberania? Com igualdade, o próprio Estado estabeleceu o seu poder repressivo, portanto, ele próprio não pode executá-lo, porque apenas o detém. Sendo submetido então às leis impostas.

Como preconiza Carnelutti:

Os três termos, delito, pena e processo, são rigorosamente complementares; excluído um, não podem subsistir os outros dois; não há delito sem pena e processo; nem pena sem delito e processo; nem processo penal senão para determinar o delito e executar a pena. E o juiz é

a pessoa investida do poder soberano do Estado, para, em cada caso concreto, declarar o direito. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 32-33).

### 3.2 Constituição Federal

Conforme o princípio *Nulla poena sine iudice*, nenhuma pena poderá ser imposta senão pelo Juiz, dispõe o inc. XXXV, em seu art. 5º da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 33). E, ainda, o princípio *Nulla poena sine iudicio*, preconiza que ninguém será privado da sua liberdade sem ocorrer o devido processo legal.

A expressão ‘devido processo legal’, oriunda da Magna Carta de 1215, diz Ada Pellegrini Grinover, indica o conjunto de garantias processuais a serem asseguradas à parte, para a tutela de situações que acabam legitimando o próprio processo. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 33).

A nossa Carta Magna impõe certos limites à função que é atribuída ao Estado, Paulo de Souza Queiroz explica que:

É a Constituição que delinea o perfil do Estado, assinalando os fundamentos, objetivos e princípios basilares (particularmente, arts. 1º ao 5º da CF) que vão governar a sua atuação. Logo, como manifestação da soberania do Estado, o Direito e, em especial, o Direito Penal partem da anatomia política (Foucault), devem expressar essa conformação político-jurídica (estatal) ditada pela Constituição, mas, mais do que isso, devem traduzir os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da igualdade, uma vez que o catálogo dos direitos fundamentais constitui, como ressalta Gómez de lá Torre. O núcleo específico da legitimação e limite de intervenção penal e que, por sua vez, delimita o âmbito do punível das condutas delitivas. (GRECO, 2005, p.5).

Isto posto o Estado somente poderá determinar a pena ao descumpridor, após a confirmação de sua responsabilidade em autoria e materialidade do delito. Portanto, o direito de punir pertence ao Estado, e a pena poderá apenas ser decretada após o devido processo e, por consequência, o Estado precisa de meios para desenvolver melhor a aplicação da *sanctio iuris* ao culpado.

Em conformidade com Beccaria, este, relata em seu livro “Dos Delitos e Das Penas” a crueldade de como a punição era exercida e por consequência, sendo desproporcional ao delito. Conforme Beccaria afirma: [...] A pena deve ter como base a justiça, a prevenção do crime e a recuperação do criminoso. (BECCARIA, 2009, p. 19).

Dentro desta linha de pensamento, Beccaria afirma a inutilidade da pena de morte e do direito de vingança. (BECCARIA, 2009, p. 49).

Nesse contexto, a sociedade brasileira vive condições de violência estrutural, legitimada pelo próprio Estado na tentativa, vã, de conter a criminalidade por meio de políticas de segurança pública altamente repressiva e minimamente eficazes, já que a maximização do Direito Penal, sobretudo do cárcere, só incide sobre os socialmente excluídos, com ampla e sonora violação dos Direitos Humanos. Portanto, o Direito Penal tem por finalidade essencial proteger os valores mais importantes dos indivíduos e da sociedade em geral. O autor utiliza a teoria do Contrato Social de Rousseau para explicar a origem das penas e com isso delimitar o direito de punir. Contudo, nossa liberdade está restrita aos que cometem as infrações, posto que deste modo ficamos restritos as barbaridades que acontecem ao longo do tempo, e cada vez a situação piora. Assim sendo, faço uso de um texto do General Paulo Chagas da Reserva do Exército Brasileiro para pensarmos na nossa realidade social.

Liberdade para quê? Liberdade para quem? Liberdade para roubar, matar, corromper, mentir, enganar, traficar e viciar?

Liberdade para ladrões, assassinos, corruptos e corruptores, para mentirosos, traficantes, viciados e hipócritas?

Fala-se muito em liberdade! Liberdade de que se vê de dentro de casa, por detrás das grades de segurança, de dentro de carros blindados e dos vidros fumê!

Mas, afinal, o que se vê?

Vê-se tiroteios, incompetência, corrupção, quadrilhas e quadrilheiros, guerra de gangues e traficantes, Polícia Pacificadora, Exército nos morros, negociação com bandidos, violência e muita hipocrisia.

Olhando mais adiante, enxergamos assaltos, estupros, pedófilos, professores desmoralizados, ameaçados e mortos, vemos “bullying”, conivência e mentiras, vemos crianças que matam, crianças drogadas, crianças famintas, crianças armadas, crianças arrastadas, crianças assassinadas.

Da janela dos apartamentos e nas telas das televisões vemos arrastões, bloqueios de ruas e estradas, terras invadidas, favelas atacadas, policiais bandidos e assaltos à mão armada.

Vivemos em uma terra em que há Lei, mas não cumprida, assistimos a massacres, chacinas e sequestros. Uma terra em que a família não é valor, onde menores são explorados e violados por pais, parentes, amigos e estrangeiros.

Mas, afinal, onde é que nós vivemos?

Vivemos no País da impunidade onde o crime compensa e o criminoso é conhecido, reconhecido, recompensado, indenizado e transformado em herói! Onde bandidos de todos os colarinhos fazem leis para si, organizam “mensalões” e vendem sentenças!.

Nessa terra, a propriedade alheia, a qualquer hora e em qualquer lugar, é tomada de seus donos, os bancos são assaltados e os caixas explodidos. É aqui, na terra da “liberdade”, que encontramos a “cracolândia” denominada e vigiada pela polícia.

Vivemos no País da censura velada, dos toques de recolher, da lei do silêncio e da convivência pacífica do contraventor e com o homem da lei. País onde bandido comanda o crime e a vida dentro das prisões, onde fazendas são invadidas, lavouras destruídas e o gado dizimado.

Mas, afinal, de quem é a liberdade que se vê?

Nossa, que somos prisioneiros do medo e reféns da impunidade ou da bandidagem organizada e institucionalizada que a controla?

Afinal, aqueles da escuridão eram “anos de chumbo” ou anos de paz?

E estes em que vivemos, são anos de liberdade ou de compensação do crime, do desmando e da desordem?

Temos que fazer justiça com as nossas próprias mãos, matar quem esta matando nossos pais, esses bandidos “covardes” que tiram a vida de cidadãos de bem, policias que vivem com um baixo salário para defender uma sociedade ingrata, temos que criar grupos de extermínio para que a justiça seja feita, para que os que pensam em ser bandidos desistam da ideia, quanta falsidade, quanta mentira, ainda teremos que suportar, sentir e sofrer, até que a indignação nos traga de volta a vergonha, a auto-estima e a própria dignidade?

Quando será que nós, homens e mulheres de bem, traremos de volta a nossa liberdade? (PAULO CHAGAS, GENERAL DA RESERVA DO EXERCITO BRASILEIRO)

### **3.3 Direito de Punir vinculado às Leis**

Deve-se atentar também para o fato de que o direito de punir deve ser exercido pelo Estado de forma totalmente vinculada às leis, ou seja, o Estado não pode exercer seu poder de maneira aleatória, sem respeitar os preceitos da nossa Carta Maior. Assim, ao mesmo tempo em que nosso ordenamento jurídico dá ao Estado o direito de punir, também limita esse direito.

Deste modo, a finalidade da pena é preservar o bom cumprimento das leis, a partir do momento que se desvincula do contrato social, poderá ser de imediato, reprimido. Conforme acentua Beccaria, os princípios norteadores do sistema penal geram três grandiosas consequências. A primeira versa a respeito da legalidade, ou seja, apenas são punidas aquelas condutas previstas em lei. Aponta, ainda, que a competência para a produção de provas é do legislador, razão pela qual representa a sociedade por meio do contrato social. Como segunda consequência nós temos as leis gerais, porque não cabe ao legislador especificamente, julgar os delinquentes individualmente, até porque o julgamento e suas respectivas penas cabe ao magistrado aplicar ao caso concreto, com base na autoria e materialidade do delito.

Terceira e última consequência, há a modificação das penas cruéis que contrariam o teor do contrato social.

Sendo assim, os juízes não têm o direito de interpretar as normas penais de forma que não são legisladores, vez que era comum existir anteriormente arbítrios judiciais. Devendo, as leis, serem claras e suficientes para a sua interpretação, de forma que a população as entenda, porque segundo Beccaria, a partir do momento em que se conhece a pena, o desejo de cometer uma infração diminui.

Para aplicação da pena, dispõe o Código Penal em vigência, na parte geral (art. 59), que o Magistrado, atento a uma série de circunstâncias, tais como a culpabilidade, antecedentes, personalidade e conduta social do agente, o comportamento da vítima e as circunstâncias e consequências do crime, definirá a pena aplicável entre as cominadas. Determina ainda que cabe ao Juiz fixar a quantidade da pena nos limites previstos, o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade e eventual possibilidade de substituição desta pena por outra mais branda. Este procedimento a doutrina denomina dosimetria das penas. (REVISTA LIBERDADES, acesso em 04/08/14).

Desse modo, a pena deve ser justa, nem tão branda a ponto de o delinquente realizar novamente a conduta criminosa e nem tão severa a ponto de o delinquente não ter temor sobre as penas que poderia receber.

Merece destaque os elogios acerca do Tribunal do Júri, sendo considerado como basilar na prevenção de julgamentos injustos, uma vez que a designação de assessores sortidos a juízes, atualmente conhecidos como jurados constituem uma garantia ao acusado, pois possibilita que “cada qual seja julgado por seus iguais”.

Ainda vale ressaltar que, de acordo com o princípio da igualdade, Beccaria destaca muito bem, afirmando que:

Lei sabia cujos efeitos são sempre felizes é a que prescreve que cada um seja julgado por seus iguais; porque quando se trata de fortuna e da liberdade de um cidadão, todos os sentimentos inspirados pelas desigualdades devem silenciar. (Beccaria, 2006, p. 25).

E, por conseguinte:

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos. (BECCARIA, 2009, p. 20).

É de se levar em conta que, pelo uso da maioria dos governos, aplicaram a barbárie da tortura a um acusado enquanto se faz um processo. Logo, a sociedade apenas lhe pode tirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha realmente violado as leis e normas em que tal proteção lhe foi dada. Diante disso, o Estado não pode tirar-lhe o direito de ir e vir, sem que antes o indivíduo tenha realmente culpa sobre o crime no que tange à autoria e materialidade do fato. Só assim que podemos falar em restringir a liberdade do cidadão sobre crime que ficou apurado como realmente praticado.

### **3.4 Desigualdade Social**

O Estado tem que observar que a democracia brasileira é meramente formal, ou seja, não há o exercício pleno da cidadania. Até porque, a desigualdade entre membros de uma mesma sociedade é de uma grandiosidade considerável. E isso, é um fenômeno que ocorre em quase todos os países do globo terrestre, infelizmente. Desigualdade em seus vários aspectos, como por exemplo: na educação, saúde, moradia, cultura. E isso nos remete a uma profunda reflexão sobre o que fazemos para melhorar a nossa condição de cidadão brasileiro.

Deste modo, considerando as condições de desigualdade social no Brasil, o que pode funcionar melhor: uma política criminal própria dos Estados autoritários ou aquela voltada à defesa das garantias e princípios constitucionais? Reafirmo que, a sociedade brasileira apenas conseguirá alcançar um nível de equilíbrio no que tange a desigualdade social, quando as garantias e os princípios constitucionais forem respeitados e aplicados com exatidão para os membros de uma sociedade, que luta para que seus direitos e deveres sejam preservados de maneira coerente com as leis que são determinadas e necessárias.

Certamente hoje, em uma sociedade na qual o problema da educação tornou-se o problema social por excelência, a política social não pode ser feita sem política educacional, e isto significa que as sanções penais devem sempre vir consideradas também como uma parte da política da educação. Os processos reguladores do direito penal não podem ser compreendidos fora dos outros processos sociais da socialização e da educação. (BARATTA, 2002, p. 169).

Um Estado autoritário não adiantaria para que a desigualdade social diminuísse, haja vista que, apenas aumentaria os índices de criminalidade. Portanto, a desigualdade social se reflete no sistema punitivo, altamente seletivo, que pune com rigor os crimes mais usualmente praticados pelas classes menos favorecidas da sociedade, sendo mais flexível em relação àqueles praticados pelas elites sociais e econômicas.

Em relação à tortura, há muita polêmica, pois até que ponto há de se atingir a dignidade da pessoa humana? Pois a dignidade da pessoa humana é prevista na nossa Carta Magna. Deste modo, Beccaria afirma que a tortura é inútil, pois não há a ressocialização do culpado, sendo em vão. Assim, também o é com a pena de morte, onde a vida do cidadão não poderá ser ceifada, até porque, isso para o indivíduo é apenas um espetáculo e não uma forma de castigo pelo crime que foi praticado.

Desta forma, a aplicação das penas tem que ser moderada, tendo como finalidade apenas impedir que o sujeito seja prejudicial à sociedade, de forma que não induza outros membros a infringirem as leis. Com vistas à efetividade do castigo, este deve causar um mal maior ao infrator do que ao benefício trazido pela prática do crime.

De acordo com o autor Alessandro Baratta, em seu livro “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal” confronta-se as teorias sociológicas sobre o crime e controle social.

O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação

do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais. (BARATTA, 2002, p. 42).

Assim, o Estado está garantido com o princípio da legitimidade, da qual poderá reprimir determinados sujeitos, mas sempre com base nas leis. O delito é considerado um dano para a sociedade, um desvio criminal, conforme o princípio do mal, e a sociedade constituída são com base, de acordo com o princípio do bem.

De fato, muitas situações dependem da posição que os indivíduos ocupam na sociedade. E isso cria uma diferença entre a estrutura social e os valores culturais e, conseqüentemente, as variadas formas de respostas individuais sendo em conformidade ou não com o setor social em que se encontram.

## CONCLUSÃO

Com o avanço da globalização é necessário o Estado prevenir os delitos antes de eles acontecerem, assim, ficaria mais fácil conter a criminalidade de uma sociedade ao invés de ter que puni-la com rigor pelo delito cometido.

Deste modo, abordamos neste trabalho o crime e a punição em momentos históricos anteriores, bem como o impacto social que produz atualmente. Para tanto utilizamos obras de doutrinadores renomados como Cesare Beccaria, Michel Foucault, Luis Francisco Carvalho Filho entre outros.

No primeiro capítulo, relatamos sobre a história de crimes e penas ocorridas no Brasil, visto que o impacto social de antigamente para a época atual mudou significativamente.

No segundo capítulo, descrevemos os sistemas penais, dentre eles o Direito Penal Mínimo, modelo este tendente a ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual visa o mínimo sofrimento possível ao acusado e a mínima intervenção penal possível quando outras esferas, como cível e administrativa, puderem solucionar o conflito.

No terceiro capítulo, expusemos a visão de Fernando da Costa Tourinho Filho, quanto ao Direito de punir do Estado frente aos infratores e a Legitimação da violência.

As pessoas estão aceitando situações que antes eram absolutamente combatidas com rigor. E muito disso depende dos valores que os pais e o grupo social dão ou se importam, ou seja, faz diferença se a criança cresce entre pessoas que acham bacana ser “esperto” e “levar vantagem” ou se o comportamento ideal é ser “trabalhador” e “honesto”.

A sociedade possuía mais receio de desviar a sua conduta correta para algo que a lei proíba. Nos tempos atuais, os membros da sociedade estão mais displicentes com os crimes que acontecem e com as penas que levarão. Mas há de se levar em

consideração que a punição no século XIX, passava da pessoa do indivíduo e afetava-o além do necessário, ou seja, as torturas eram intensas e violentas, hoje, o que falta é a certeza da punição, mas claro que há de ter um equilíbrio entre o delito cometido e a pena, pois, devemos levar em consideração vários princípios que norteiam os membros da sociedade, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros estabelecidos em nossa Carta Maior.

Deste modo, concluímos que devemos levar em consideração que passamos grande parte das nossas vidas nos relacionado com pessoas e, devemos cultivar o que é certo e justo, razão pela qual nosso País evoluirá e deixaremos uma sociedade equilibrada e justa para as nossas gerações futuras. Por enquanto, o que temos nos dias atuais não é um convívio pelo qual nos confortemos e fiquemos sossegados. Assim, devemos mudar a nossa mentalidade e agirmos de forma prudente com aqueles que abusam e cometem infrações, gerando um impacto social arrebatador para com aqueles que seguem as normas. O que se deve existir é a certeza da aplicação da pena, só assim ficaríamos mais tranquilos sobre aqueles que nada ligam para com seus atos.

Portanto, o que resta para nos desviar do caminho do crime seriam a vergonha, a moral e outras normas sociais que não estão descritas em lei alguma, mas nos foram ensinadas por pessoas próximas e emocionalmente importantes, que são as regras informais, em geral herdadas da família, da escola ou da religião, sem isso, os jovens crescem sem o legado da civilização.

Sendo assim, o Direito Penal Máximo não seria eficaz para o sistema brasileiro, posto que fere o princípio da dignidade humana, visto que responderá severamente por práticas não tão lesivas. É o caso de se privar a liberdade do indivíduo por ações que não mereciam tamanha repressão, afrontando claramente sua dignidade. E, ainda, o Abolicionismo Penal também não seria eficaz, em razão de se caracterizar como um movimento relacionado à descriminalização, que é a retirada de determinadas condutas de leis penais incriminadoras e à despenalização, entendida como a extinção de pena quando da prática de determinadas condutas.

Portanto, de acordo com o Direito Penal Máximo e o Abolicionismo Penal, não se tem as melhores formas de solucionar os conflitos existentes no nosso ordenamento jurídico. Deste modo, o Direito Penal Mínimo é a melhor forma de efetividade para o sistema brasileiro, pois, o que se defende é a adequação razoável entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico tutelado, de modo que o Direito Penal só intervenha quando realmente a lesão ao bem jurídico assim o incumbir, bem como quando a lesão não seja passível de reparação pelos outros ramos do direito como a área civil ou administrativa.

## REFERÊNCIAS

### LIVROS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3º Edição, Fontes, 2005.

CARVALHO FILHO, Luis Francisco. **A prisão**. 1º Edição, Publifolha, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 40º Edição, Vozes, 2012.

GARCIA, Antônio – MOLINA, Pablo de – GOMES, Luis Flávio. **Criminologia**. 8º Edição, Saraiva, 2012.

MECUM 2013. **Constituição Federal, Código Penal**. 15º Edição, Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de Processo Penal**. 21º Edição, Saraiva, 2014.

### REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

**Resenha do livro Dos Delitos e Das Penas:** Disponível em:

<[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=146](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=146)>.

Acesso em: **05 de agosto de 2014**.

**Vigiar e Punir:** Disponível em:

< <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgUpUAH/foucault-vigiar-punir>>

Acesso em: **11 de maio de 2014**.

