

CAPÍTULO I

# POR QUE JUSTIFICAR O DIREITO DE PUNIR?

*Flávia de Macêdo Nolasco\**

**Sumário** • 1. Introdução – 2. O Direito Penal ainda é legítimo? – 3. O Direito penal como limite a atuação estatal – 4. A importância da função da pena na legitimação penal – 5. Conclusões – 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente estudo tem por escopo examinar a questão da legitimidade do *ius puniendi*, isto é, do direito estatal de punir, cominando, impondo e executando uma sanção criminal perante alguém, dito delinqüente. Busca-se, após uma análise crítica, determinar se o Direito Penal ainda é necessário como meio de pacificação ou se, em razão de seu alto custo social, já é um instrumento obsoleto.

**PALAVRAS-CHAVE:** CRISE; DIREITO DE PUNIR; LEGITIMAÇÃO; FUNÇÃO DA PENA.

## 1. INTRODUÇÃO

Após longa evolução histórica, o Direito Penal, disciplina que impõe a maior das restrições aos direitos individuais, se apresentou como um instrumento necessário – porém intensamente custoso – para a pacificação social.

Na contemporaneidade, revelou sua face mais cruel: nos anos setenta, já era evidente que desempenhava, além de suas missões declaradas, outras tantas finalidades ocultas, escamoteadas, justamente porque, se expostas, não seriam facilmente aceitas, já que levam à discriminações e desigualdades. Sobre a desmitificação do Direito Penal, assim esclarece Jackson Chaves de Azevêdo:

---

\*. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.

A análise crítica desses mecanismos desmitificou o Direito Penal como direito igualitário, base ideológica da ‘defesa social’, ao revelar que: 1º) não protege igualmente todos os indivíduos; 2º) não protege apenas os bens que interessam igualmente a todos os cidadãos; 3º) penaliza, fragmentariamente, com intensidade desigual, as ofensas aos bens essenciais; 4º) a lei não é igual para todos: o *status* de criminoso é aplicado desigualmente entre as pessoas que praticam infrações, mesmo que, por igual, socialmente danosas e legalmente graves (não é a prática da infração, por si, que torna alguém ‘criminoso’). (AZEVEDO, 1999, p. 36).

As referidas funções latentes podem apresentar-se em três níveis distintos, a depender de seus campos de atuação: o psicossocial, o econômico-social e o político (BATISTA, 1996, p. 113).

O primeiro nível se dirige ao senso comum, afirmando que o Direito Penal é igualitário e universal, o que encobre o seu forte caráter discriminador. Seria a criação de uma justificação teórica a ser dada para todos, a fim de manter, no plano dos fatos, a hegemonia ideológica de alguns. O segundo nível, por seu turno, objetiva garantir bons resultados para o sistema econômico, por meio, por exemplo, da criação de um *exército de reserva*<sup>1</sup> e da *proteção penal à propriedade privada*. Por derradeiro, o nível político se ocupa do controle das classes sociais e dos eventuais opositores políticos, contribuindo decisivamente para a manutenção do *status quo*.

O fato é que a constatação da existência de tais funções nocivas terminou por ameaçar toda a construção jurídico-penal. Seria mesmo necessária e suficiente a existência do aparato repressivo penal?

Em virtude do quadro narrado, levando em conta as grandes mazelas penais, alguns doutrinadores<sup>2</sup> chegaram a propugnar pela extinção do referido ramo, propondo, então, uma alternativa radical e definitiva para *supostamente* resolver os problemas penais: o abolicionismo.

Tacharam o Direito Penal de *mera* manipulação do discurso, pois não o concebiam como meio adequado para concretizar os bons fins que propalava, servindo apenas para executar suas funções nocivas, porém reais,

- 
1. É um conjunto assinalável de pessoas colocadas gradualmente no desemprego, de modo a garantir a aquisição da força de trabalho dessas pessoas a preços mais baratos, otimizando os custos de produção.
  2. Nesse sentido as obras de: Louk Hulsman, Nils Christie, Thomas Mathiesen e também dos abolicionistas mediatos Alesandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni.

a exemplo da seletividade<sup>3</sup> e das chamadas cifras negras<sup>4</sup>. Observa-se, pois, que a necessidade de existência do Direito Penal foi confrontada.

Desde o referido confronto, vive o Direito Penal uma profunda crise, maximizada pela situação de tensão presenciada em todos os ramos de conhecimento baseados amplamente em um modelo dedutivo-axiomático. Sua própria necessidade resta questionada, assim como suas hipóteses de intervenção e meios de atuação. Isso é o que aponta Jesús-Maria Silva Sánchez:

En efecto, es cierto que el Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, *ius puniendi*), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias e secundarias (Derecho penal en sentido objetivo), se halla en crisis. Es ésta fundamentalmente una crisis de legitimación: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. Sin embargo, asimismo se halla en crisis la llamada ciencia del Derecho penal: es ésta una crisis de identidad, en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su autentica utilidad social, y también una crisis de legitimidad epistemológica, de validez científica. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 14).

- 
3. A seletividade do sistema penal consubstancia-se na reprodução das desigualdades sociais nos meios jurídico-penal e carcerário. Apenas seriam *seleccionados* pela persecução e execução penais aqueles indivíduos que já teriam sido excluídos socialmente e não selecionados para serem beneficiários das proteções jurídicas supostamente concedidas a toda a coletividade. Na verdade, a escolha não se dá somente quanto às pessoas que suportarão os efeitos penais. A seletividade também se opera quanto aos bens jurídicos que serão tidos como penalmente relevantes e às condutas que serão criminalizadas, protegendo-se desigualmente os indivíduos. Quando se realizam tais escolhas, se está reforçando a idéia de que a repressão criminal apenas recairá sobre um grupo socialmente desprivilegiado, operando-se, pois, a seletividade de indivíduos que sofrerão o estigma de criminosos.
  4. A cifra negra, também denominada de oclusão, consiste em um número de infrações não contabilizado pelas estatísticas oficiais. O número de crimes realmente perpetrados na sociedade, em verdade, seria muito superior ao efetivamente divulgado, e tal fenômeno se daria por diversas razões que perpassam, inclusive, pela impossibilidade fática de abarcar todos os delitos no sistema repressivo. Tendo em vista tal impossibilidade, o próprio sistema seleciona certas condutas que serão por ele combatidas, e para tal mister, utiliza-se da prática discriminatória do fenômeno da seletividade, aqui já abordado. A repressão, então, via de regra, se dirigiria apenas àquele setor mais vulnerável sócio e economicamente, mas cuja punição já serviria para fornecer uma aparente sensação de segurança. A ocultação de tais dados terminaria por reforçar a ilusão de que o Direito Penal conseguiria efetivamente cumprir seus fins, servindo para pacificar e conter a criminalidade (se os dados sobre criminalidade de que se dispõe são mais baixos que o real, fabrica-se uma falsa idéia de segurança).

A viabilidade de legitimação do mencionado ramo jurídico, então, torna-se duvidosa, merecendo tal questão atenção especial dos penalistas no tempo presente. É preciso posicionar-se de forma construtiva, quer definindo as funções a serem exercidas e reconhecendo a idoneidade do Direito Penal para a realização destas, quer negando a validade dos meios penais, e apontando as formas substitutivas de resolução dos conflitos.

## 2. O DIREITO PENAL AINDA É LEGITIMÁVEL?

É evidente que mais do que nunca se faz necessário um aprofundado e vasto estudo acerca das finalidades do Direito Penal, a fim de averiguar se ele ainda possui fins convenientes e indispensáveis à vida em coletividade, ou se pode ser substituído em sua função. No contexto atual, o Direito Penal ainda é legitimável?

Pensamos que sim.

Atualmente, em que pesem os pontos adversos de sua aplicação – que em momento algum serão negados –, o Direito Penal ainda é um meio necessário e importante para a pacificação social. Não passa despercebida sua maleficência, mas, em uma visão bastante realista, os prejuízos por ele causados, observados sob o prisma coletivo, ainda são menores do que os por ele evitados. Apesar de proporcionar a lesão a alguns bens jurídicos, ele tem como escopo – e realmente o realiza – a proteção de outros tantos tão ou mais relevantes quanto os restringidos.

Não se pode negar que para a garantia de convivência social, fazem-se indispensáveis vários tipos de controle, isto é, de sistemas de previsão e sanção dos comportamentos considerados desagregadores. Conforme leciona Francisco Muñoz Conde:

O controle social é condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os contrafaticamente, em caso de frustração ou descumprimento com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. (CONDE, 2005, p. 22).

É nesse contexto que se insere o Direito Penal, obviamente também ele um tipo de controle social. Todavia, o problema quanto a esse ramo jurídico se faz mais inquietante em razão da peculiaridade de sua natureza. Por ser uma interferência violenta na esfera de liberdade individual, tem-se que a referida disciplina não pode ser justificada aprioristicamente, sendo

necessárias profundas incursões acerca de suas reais razões, bem como especial cuidado no momento de sua aplicação.

Exatamente porque se baseia na idéia de punição, ou seja, de imposição de uma medida aflitiva, e porque isso inflige grande sofrimento para aqueles sobre os quais recai, é que se deve ter bastante cautela ao justificar o Direito Penal. Não se pode, entretanto, deixar de fazê-lo, uma vez que ainda é o melhor instrumento para garantia de uma ordem social mínima que possibilite a vida em conjunto. “O direito penal não é um sucesso metafísico, mas uma amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos” (QUEIROZ, 2001, p. 123).

É cediço que o mal imposto pelo Direito Penal é extremamente grave. Por isso, tornam-se imprescindíveis a existência das garantias penais e processuais penais, bem como a imposição de um limite para todo tipo de violência, inclusive, para aquela praticada pelo Estado ao argumento de aplicação das leis punitivas como se verá a seguir.

Nada obstante, precisamente por assegurar uma situação mais benéfica para a sociedade é que, mesmo com um custo social considerável que é a pena, ainda se justifica sua perpetuação. É o que esclarece Jesús-Maria Silva Sánchez:

Expresándolo en términos más concretos, lo que legitimaria al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia – en sentido amplio – que se genera en una sociedad. En efecto, la ausencia de un Derecho penal supondría, de hecho, el abandono del control de la desviación al libre juego de las fuerzas sociales: en definitiva, a una dinámica de agresión – venganza (agresión) – venganza. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 181).

Na mesma linha é o pensamento de Claus Roxin:

Si fuera posible matar o lesionar a outro, privarle de sus bienes o enriquecerse mediante engaño a costa del patrimonio ajeno, la vida en comunidad estaría excluida de principio, pues su consecuencia sería una lucha sin cuartel de todos contra todos, el hacerse justicia por si mismo, la anarquía y una amenazadora inseguridad. El moderno Derecho Penal no se vincula hoy ya a la inmoralidad de conducta, sino a su *dañosidad social*, es decir, a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común. (TIEDEMANN; ROXIN; ARZT, 1989, p. 21).

Quanto a sua eficiência na realização das funções declaradas, é cediço que o Direito Penal não consegue cumpri-las integralmente. Isso, contudo, não é uma falha que impossibilita *completamente* sua justificação.

Quase nenhum ramo do conhecimento consegue atingir a perfeita correspondência entre seus objetivos e os resultados atingidos na prática. Nem mesmo as chamadas ciências empíricas, entre elas as exatas e as biológicas, conseguem, em todos os casos, cumprir exatamente aquilo a que se propunham e que fundamenta sua existência. No campo das disciplinas culturais, então, tal discrepância é ainda mais evidente.

O que importa, portanto, não é a *completa eficácia* de um ramo do conhecimento, mas que ele consiga se mostrar *útil* na maioria dos casos apresentados. Em razão disso é que, mesmo reconhecendo a existência de funções penais que deslegitimam o próprio ramo, ele ainda é passível de defesa, como, inclusive, o é por importantes autores<sup>5</sup>.

Transbordando-se para uma visão abstrata e genérica do Direito e de suas relações com o meio social, pode-se dizer, inclusive, que a existência de um ramo jurídico tal qual o Direito Penal atende ao princípio da proporcionalidade, aqui abordado como princípio geral do Direito<sup>6</sup>.

A metanorma objetiva compatibilizar princípios ou direitos fundamentais que estejam em conflito em determinada situação concreta, possibilitando, assim, o atendimento máximo de uns, com a menor restrição de outros. Na lição de Robert Alexy (ALEXY, 2007, pp. 110-114), para sua verificação, deve-se lograr êxito em três fases de aplicação, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à primeira etapa, basta que a medida adotada seja apta a atingir o fim a que se propõe. Na segunda, o que se observa é a necessidade de adoção da providência em questão, ou seja, não pode existir outro meio que restrinja menos o princípio desfavorecido e também alcance a finalidade proposta. Finalmente, ultrapassa-se a terceira fase quando o benefício logrado com a restrição a um princípio ou direito compensa o grau de sacrifício imposto ao interesse contraposto. É dizer: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2007, p. 111).

Transpondo-se esses ensinamentos para o problema epistemológico ora abordado – a justificação do Direito Penal –, tem-se o seguinte quadro:

- 
5. Nesse sentido: Gamil Föppel, Jesús-Maria Silva Sánchez, Paulo Queiroz, Winfred Hassemer.
  6. Sobre os princípios gerais do Direito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 248) afirma que “ou seja os princípios gerais, em sua forma indefinida, compõem a estrutura do sistema [...]. São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo”.

o mencionado ramo é meio idôneo para atingir a finalidade almejada, qual seja, conferir juridicidade e níveis mínimos de tranquilidade à convivência social. No que atine a certos bens jurídicos, não existe disciplina que possa concretizar os mesmos fins alcançados pelo Direito Penal. Por fim, a realização dos fins propostos traz maior proveito que afetações para o corpo social. Conclui-se, pois, que é proporcional a adoção e permanência do citado ramo do Direito. Também esse é o ponto a que chega Jesús-Maria Silva Sánchez, *in verbis*:

En realidad, se trata de someter el ejercicio del ius puniendi, de la potestad punitiva del Estado, como un mal que es, a las reglas que presiden el estado de necesidad [...]. Ello requiere: 1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; y 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 181).

O mesmo doutrinador, analisando o princípio da eficiência e sua transposição para o âmbito das ciências jurídicas, afirma que, em um exame racional de custos e benefícios, apesar do alto custo social do Direito Penal e da sanção criminal, os benefícios trazidos por sua aplicação ainda são mais significativos do que os oriundos de sua extirpação.

O autor espanhol alerta para os cuidados que se deve ter com a adoção de critérios particulares de outros ramos do conhecimento, mas, no particular, assevera que, a perspectiva racionalista e utilitarista, nos tempos hodiernos, está cada vez mais em voga. Ao final, termina por concluir que o Direito Penal deve sempre demonstrar-se eficiente, isto é, deve mostrar que os custos sociais a ele inerentes são menores do que aqueles que resultariam acaso os delitos não fossem punidos (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 31).

Apesar de defender a manutenção do ramo em estudo, o referido autor, reconhecendo seu alto custo social, propõe que a atuação penal seja restringida àquelas situações estritamente necessárias, sob pena de ineficiência. No que se refere à pena privativa de liberdade, por classificar como o menos eficiente instrumento penal, é ainda mais rigoroso quanto a seus limites, determinando a drástica redução de seu espectro de aplicação (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 45).

### **3. O DIREITO PENAL COMO LIMITE À ATUAÇÃO ESTATAL**

Como já adiantado, a imperatividade da manutenção do Direito Penal, contudo, não significa seu emprego livre e incondicionado, inexistindo qualquer tipo de controle da atuação estatal. Desde o momento de seu surgimento, sempre existiram – em maior ou menor medida – critérios de

controle de sua aplicação, a fim de evitar os cruéis abusos que sua utilização indiscriminada pode ocasionar.

Em verdade, importa notar que a própria criação e evolução do Direito Penal já foi uma tentativa de humanizar as punições impostas, representando, pois, uma *fiscalização* do sistema punitivo. O fato de existirem previsões legais e penas determinadas já contribuiu em muito para o respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que, ainda que em pequena escala, minimizava o alvedrio estatal no exercício da pretensão punitiva.

Até o século XVIII, por exemplo, a tônica eram as penas cruéis, com prioridade para os castigos corporais e as penas de morte. O movimento iluminista, com suas idéias racionais e antropocêntricas, entretanto, alterou tal cenário, buscando a humanização da punição com o abrandamento e o respeito às disposições previamente estabelecidas de direito penal. O principal expoente do referido movimento no aspecto jurídico foi Cesare Beccaria, que preconizava a substituição, no que se refere à aplicação dos dispositivos criminais, da *razão da autoridade pela autoridade da razão*, aqui representada pela lei. A existência de uma legislação a ser respeitada, nesse momento, já representava um grande avanço e um elemento limitador dos abusos estatais. Assim defendia o mencionado autor:

Quando as leis forem fixas e literais, quando apenas confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para indicar se esses atos são conformes à lei escrita, ou se a contrariam; quando, finalmente, a regra do justo e do injusto, que deve orientar em todos os seus atos o homem sem instrução e o instruído, não constituir motivo de controvérsia, porém simples questão de fato, então não se verão mais os cidadãos submetidos ao poder de uma multidão de ínfimos tiranos, tanto mais intoleráveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; que se fazem tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, pois a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, porém aos entraves que lhe são opostos; e são tanto mais nefastos quanto não há quem possa libertar-se do seu jugo senão submetendo-se ao despotismo de um só. (BECCARIA, 2002, p. 23).

Mais recentemente, notou-se que a mera previsão legal não era suficiente, fazendo-se necessária a limitação também da lei promulgada. Notou-se que o simples fato de certa disposição estar na lei formalmente não significava que ela podia compor o rol de normas materialmente definidas como tal. Estabeleceram-se critérios para a própria criação das normas, não só quanto à forma que elas assumiriam, mas também quanto ao conteúdo sobre o qual poderiam versar. Com o escopo de definir o que poderia ser objeto da norma penal, por justificar uma tutela jurídica tão severa, é que surge a teoria dos bens jurídicos.

O conceito de bem jurídico, seara na qual, ainda hoje, não se formou um consenso<sup>7</sup>, busca delimitar as condutas que podem ser criminalizadas, reputando-se, nesse sentido, um importante limite ao direito de punir. O bem jurídico penalmente relevante consistiria em um padrão, mutável de acordo com a sociedade da época, que serviria de critério norteador para aferição da legitimação da intervenção estatal punitiva.

Percebe-se seu caráter restritivo do *ius puniendi* quando se estabelece que o conceito material de crime não pode ser composto por condutas que consistem em meras violações de proposições morais, ideológicas ou valores de mera ordenação, isto é, comportamentos afetos somente à esfera administrativa (DIAS, 1999, pp. 71-79). Outro fator interessante que também importa na fixação de limites à criminalização é que somente consistem delitos aquelas condutas que sejam aptas a causar lesão efetiva ou iminente perigo de lesão a um valor definido como bem jurídico penal (PRADO, 1997, p. 25)<sup>8</sup>.

Pode-se dizer então que o Direito Penal, em sua essência, objetiva ser ao mesmo tempo um meio eficiente de neutralização de conflitos sociais, e um parâmetro para a atuação estatal punitiva, a fim de impedir que ocorram excessos. Tal idéia reforça a afirmação de Franz von Liszt que definiu o Direito Penal como a *Magna Carta do delinqüente* e como *limite intransponível da política criminal* (HASSEMER, 2005, p. 313).

Não obstante as grandes vitórias já alcançadas no que se refere ao sistema penal, o *ius puniendi* posto deve ser sempre discutido, já que representa – e sempre representará, pois inerente à sua natureza – um grande cerceamento de liberdade.

O direito de punir que detém o Estado precisa ser justificado em bases bastante definidas e estreitas, a fim de que se possa compatibilizar uma violência institucionalizada de tal monta com a figura do Estado Democrático

- 
7. Somente a título ilustrativo, trazem-se aqui as definições de bem jurídico penalmente relevante apresentadas por Francisco de Assis Toledo e Jorge de Figueiredo Dias, a fim de que se perceba a divergência existente. O mencionado autor brasileiro (TOLEDO, 2007, p. 16) define que bem jurídico, no âmbito penal, consiste em “valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. O doutrinador português (DIAS, 1999, p. 63), a seu turno, enuncia o referido instituto como sendo “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto, ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.
  8. Insta observar neste ponto que, no atual modelo social da sociedade do risco, são cada vez mais frequentes os tipos de perigo, o que termina por fulminar a clássica definição de bens jurídicos.

de Direito. Faz-se imprescindível, pois, que sempre se questione acerca das finalidades do Direito Penal, a fim de avaliar, periodicamente, se elas ainda são satisfatórias quanto à garantia de maior pacificação social com os menores danos social e individual.

#### **4. A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO DA PENA NA LEGITIMAÇÃO PENAL**

Concluindo-se pela atual importância do Direito Penal, em seguida, insta delimitar seu âmbito de atuação e suas finalidades, a fim de não só prescrever metas a serem buscadas, mas de condicionar sua aplicação para alcançá-las.

Nesse contexto, a determinação da função da pena é de extrema importância, pois, malgrado não se confunda com a própria função do Direito Penal, com ela se relaciona intimamente. Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 108), inclusive, defende que “posto que a pena é o que caracteriza o direito penal, cada teoria da pena é uma teoria do direito penal que tem suas próprias raízes filosóficas e políticas”.

Evidente, pois, que as penas são o traço preponderante do Direito Penal. Todo o sistema jurídico-penal (com seus princípios e garantias) se desenvolve de maneira peculiar justamente porque se sabe que, ao final da persecução penal, pode ser imposta uma sanção criminal, que, ainda que não seja privativa de liberdade, importa em grande coerção à esfera de atuação do delinqüente. Exatamente por possuir uma medida repressiva mais invasiva e distinta da cominada pelos demais ramos do Direito é que se justifica que seja um sistema bastante particular.

A fixação da finalidade da pena possibilita a limitação da pretensão punitiva – que passa a se justificar apenas nas situações pré-determinadas –, bem como seu controle racional, a ser realizado socialmente. Daí advém a importância de se estudarem as diversas teorias da pena já formuladas e que continuam sendo adotadas e aplicadas, ainda que com adaptações. Nesse sentido é a opinião de Santiago Mir Puig (PUIG, 1982, p. 78), que afirma que “*la principal consecuencia que se sigue del fundamento político de la pena es la de que el mismo supone una serie de límites al empleo desta*”.

Otrossim, é mister estudar e entender as diversas finalidades atribuídas ao Direito Penal e ao seu instrumento mais importante – a pena – em virtude de sua estreita correlação com os fins do Estado. Saber quais são as missões do Direito Penal e da sanção criminal importa em também identificar as funções constitucionalmente definidas do Estado. Sérgio Salomão Schecaira e Alceu Corrêa Júnior assim se manifestam sobre o tema:

René Ariel Dotti inferiu que a pena é uma instituição social que reflete a medida do estágio cultural de um povo e ainda, o regime político a que ele está submetido. [...] A instituição tem efeito duradouro, pois é resultado da própria evolução de um povo, e tende a permanecer ainda que se modifiquem as normas regulamentadoras. [...] A evolução social atingida por um povo, além de se apresentar na maneira como é tratado e punido aquele que cometeu o ilícito penal, caracteriza-se também ao verificarmos as razões, motivos e fins para os quais são aplicadas as sanções. (SCHECAIRA; JÚNIOR, 1995, pp. 37-38).

Esse também é o entendimento de Santiago Mir Puig:

La función de la pena constituye un tema inevitablemente valorativo *opinable*, pues, y sustraído a la posibilidad de una repuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado. La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado. (PUIG, 1982, p. 67).

Com efeito, a figura estatal sempre lançou mão do Direito Penal como instrumento de política social na imposição de suas decisões e na defesa dos fins que pensava mais adequados para a sociedade. Ao longo da história, na medida em que se alterava o modelo estatal, também se modificava o ordenamento jurídico que lhe respaldava, aqui merecendo especial atenção as transformações efetuadas no Direito Penal e em suas sanções.

No modelo absolutista, por exemplo, objetivava-se centralizar o poder decisório em uma só figura, a fim de concentrar capital suficiente para financiar as explorações ultramarinas dos reinos europeus. Nessa época, o direito de punir também era exercido pela figura do rei (ou por aqueles aos quais ele delegava tal tarefa), e as penas tinham caráter de trabalhos forçados, nas chamadas casas de correção ou casas de trabalho (RAMÍREZ, 1982, pp. 117-118). O uso da mão-de-obra dos delinquentes era interessante e conveniente, pois possibilitava enorme exploração de força produtiva, gerando muitos ganhos financeiros, sem, entretanto, originar crises sociais, afinal a população, vivendo um período de bonança econômica, não se preocupava com o destino dos criminosos.

Com a ascensão da burguesia ao poder, transforma-se o Estado Absolutista em Liberal. A fundamentação de tal modelo na idéia de contrato social, o qual determinava que todos deveriam ceder um pouco de sua liberdade de atuação em prol da convivência comunitária, contribuiu para o desenvolvimento de uma fundamentação retributivista da pena (PUIG, 1982, pp. 72-73). Aqueles que descumpriam o *contrato firmado*, atuando livremente na prática de delitos, deveriam ser reprimidos, impondo-se a eles

mal de igual monta ao perpetrado. Isso é que corresponderia à efetivação da justiça no seio social nessa época.

O Estado Social, por sua vez, intervinha ativamente na vida da sociedade, o que conferiu maior importância à sua atuação na esfera penal. O crime passou a ser reconhecido como produto da existência social, requerendo ampla intervenção estatal com vistas a atuar diretamente nas causas sociais do delito. O que se buscava era evitar o cometimento de condutas típicas, e, para tal mister, a figura estatal empreendeu um forte combate à criminalidade, aplicando penas revestidas de grande caráter preventivo (PUIG, 1982, p. 74).

Evidente, pois, que o Estado e seus fins interferem e até condicionam as funções desempenhadas pelo Direito Penal e por seu principal instrumento, a sanção criminal.

Outrossim, releva ainda notar que é importante estudar as finalidades de qualquer instituto não só para perceber suas inter-relações e identificar suas características *atuais*, mas também para definir e condicionar seu aspecto *futuro*.

As teorias da pena, por exemplo, com suas hipóteses acerca dos fundamentos da sanção criminal, são de extrema importância não só para a adequada aplicação do mencionado instituto, mas também para que se determine um modelo ideal de função – ou funções – da pena, a fim de que, objetivando alcançar o padrão estabelecido, consiga-se criticar e melhorar o estágio atualmente vivenciado.

A questão da justificação da pena, portanto, não se limita à constatação do cenário atual, é dizer, do *ser*, mas, sim, prescreve modelos a serem seguidos, evidenciando uma preocupação com a determinação do *dever ser* da pena. Com esse imperativo de comportamento, procura-se melhorar os institutos atuais, contribuindo para sua evolução.

O que se busca não é a mera teoria declaratória, mas sim uma visão teórica que se ligue indissociavelmente à *praxis*, de modo a colaborar para a reconstrução e para a melhoria da realidade posta, estipulando metas a serem alcançadas e meios de perseguir-las.

É importante constatar que o Direito Penal, através de suas penas, desempenha finalidades disfuncionais, isto é, ilegítimas. Contudo, a constatação de que, no atual estágio, convivem funções declaradas e funções ocultas não é suficiente para propor a extinção da disciplina aludida. O que tal constatação pode gerar é, tão-somente, a tentativa de melhorar a realidade penal posta.

Nesse caso, faz-se premente um profundo estudo acerca dos fins que podem ser perseguidos, a fim de identificar a doutrina que melhor se coaduna com as funções do atual modelo de Estado e que expõe os melhores fins penais.

Feito isso, impende tentar conformar a atual realidade com o modelo ideal, sempre o tomando como parâmetro. Se as funções legítimas são o exemplo, é necessário que se trabalhe a fim de minorar ao máximo as funções ilegítimas. Não basta, pois, a conclusão utópica de quais são as metas do Direito Penal e de suas sanções, mas, sim, exige-se um comportamento pró-ativo, com o intuito de condicionar a atuação penal, melhorando-a.

Nesse contexto, cabe ainda salientar que a eleição de certa teoria dos fins da pena influencia diretamente o modelo de teoria do delito que se desenvolverá em determinado ordenamento jurídico.

A teoria do delito é a parte do Direito Penal que se propõe a estudar os elementos gerais caracterizadores dos delitos. Investiga-se, sob esse rótulo, quais são os traços determinantes para que certo comportamento humano seja classificado como crime, a fim de que se possa, no caso concreto, identificar as condutas típicas e as atípicas, aplicando-se as conseqüências pertinentes a cada caso.

De acordo com Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 334), a teoria do delito é uma construção dogmática, que nos proporciona o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto. Já Hans-Heinrich Jescheck (JESCHECK, 1993, p. 91) preceitua que *“la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos de delito, sino aquellos componentes del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles”*.

A teoria da pena, por sua vez, objetiva identificar as razões, os motivos de se justificar uma interferência violenta na esfera de liberdade dos indivíduos, tal como o *ius puniendi* estatal, que pode aplicar punições bastante restritivas.

Diante dos conceitos expostos, não se pode negar a profunda conexão entre ambos. Ao mesmo tempo em que a teoria do delito indica quais são as condutas humanas passíveis de punição, a teoria da pena informa quais os fins almejados com a punição imposta, bem como quais os seus limites. No dizer de Santiago Mir Puig:

La teoría del delito no se halla, em efecto, desvinculada del fundamento y de la función de la pena. Al contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y de su respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como

mínimo y con carácter general, para que algo sea punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuye a la pena y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio. (PUIG, 1982, p. 79).

Por fim, insta salientar que o estudo das funções da pena está intimamente ligado à questão do destino do Direito Penal.

Delimitar suas missões, bem como o momento em que atuarão seus postulados é importante, pois indica que naquela situação, seu emprego é necessário, restando justificada sua existência e o predomínio das teorias legitimadoras. Caso não se vislumbre mais qualquer hipótese de atuação imprescindível do Direito Penal, tomam lugar as teorias deslegitimadoras, que, antes de buscar a extinção do citado ramo jurídico, deverão propor soluções diversas das penais para os conflitos sociais.

O futuro do Direito Penal, pois, está intimamente relacionado à determinação de suas funções, o que, por sua vez, requer a identificação das finalidades de seu principal instrumento: a pena.

Caso se evidencie que o Direito Penal não é mais um meio de neutralização de conflitos conveniente, caberá aos juristas identificar outros meios hábeis para a realização da antiga tarefa penal. Por outro lado, se se concluir pela manutenção do sistema penal, ainda que com alterações naturais de um processo evolutivo, o importante será delimitar corretamente seus fundamentos e objetivos, a fim de controlar efetivamente sua necessária atuação. É o que deflui dos ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias:

A razão de um tal interesse e de sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal. E por isso também qualquer revisitação dos problemas básicos do direito penal não se pode ainda hoje furtar à tentativa de fazer o ponto da querela sobre as finalidades da pena criminal e de divisar os caminhos do futuro próximo. (DIAS, 1999, p. 89).

## 5. CONCLUSÃO

À luz desse quadro, conclui-se, que o direito de punir deve, sim, ser legitimado atualmente, com base nas modernas doutrinas dos fins da pena, porque ele ainda é fundamental instrumento de neutralização de conflitos e conseqüente pacificação social.

Ademais, o Direito Penal ainda evidencia a importância de sua perpetuação porque regula de maneira essencial a convivência humana, por meio da tutela de bens jurídicos relevantes. O estudo de seus fundamentos tem grande valor, pois possibilita a identificação dos fins da pena, condicionando a sua futura configuração, a fim de viabilizar sua melhor adequação às reais necessidades da sociedade.

O Direito Penal, sem dúvida, não é um instrumento ideal para a composição dos conflitos penais. Todavia, também sem hesitar, é de se reconhecer que é o melhor meio que possuímos até o momento, já representando um avanço diante dos anteriormente ainda mais freqüentes arbítrios estatais. Atualmente, o Direito Penal, apesar de seus defeitos, ainda surge como a flor representante da esperança de Carlos Drummond de Andrade (ANDRADE, 1988, pp. 97-98): “É feia. Mas é uma flor. Furou o asfalto, o tédio, o nojo e o ódio”.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. A flor e a náusea. In: **Carlos Drummond de Andrade: Poesia Completa e Prosa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1988.
- AZEVEDO, Jackson Chaves de. **Reforma e “contra”-reforma penal no Brasil: uma ilusão... que sobrevive**. Florianópolis: OAB-SC, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.
- HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.
- MUÑOZ CONDE Francisco. **Direito Penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PRADO, Luiz Régis. **Bem-jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PUIG, Santiago Mir. Función de la pena e teoria del delito en el Estado social y democrático de derecho. In: **Política criminal y reforma del derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982, pp. 67-117.

- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. **Bases críticas de um nuevo Derecho Penal**. Bogotá, Temis, 1982.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão. JÚNIOR, Alceu Corrêa. **Pena e Constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Eficiência e Direito Penal**. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Bauerri: Manole, 2004.
- TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Günther. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. Barcelona: Ariel, 1989.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.