

## 2

### O Estado e o Controle Social

O Estado jamais prescindiu do Controle Social; seja com o escopo de atender a determinados interesses, sobretudo os políticos e econômico-financeiros dos detentores do poder, seja para alcançar a pacificação e o equilíbrio social, estado de coisas indispensável para a manutenção da sociedade e do próprio ente estatal. O meio mais eficaz para cumprir referido propósito foi e é a prática de algum tipo de violência (legítima ou não), exercida, indiscriminada e continuamente, contra o sujeito que se coloca em uma situação de desvio em relação aos citados interesses estatais, sempre preponderantes.

A importância e a necessidade de alguma forma de controle social é incontestável<sup>1</sup>, na medida em que a sociedade e o Estado-Nação não podem existir e co-existir em harmonia, bem como cumprir seus fins, em uma condição de desequilíbrio social. O que efetivamente se mostra pertinente é discutir qual o alcance desse controle. Ou seja, qual ou quais são seus objetos e objetivos?

A resposta a esta indagação parece estar contida no conceito de controle social. Ocorre que se cuida de expressão polissêmica, que possui vários sentidos, portanto. Isso se deve ao fato de o controle social ser objeto de estudo da sociologia, da filosofia política, da ciência política, da ciência jurídica, da criminologia, da política criminal e da economia, pelo menos. Esses diversos campos do conhecimento, obviamente, emprestam variados significados à mencionada expressão; o que provoca certa indeterminação em seu conceito, redundando, via de consequência, na indefinição de seu(s) objeto(s) e de seu(s) objetivo(s).

---

<sup>1</sup> Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, no livro *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, Ed. Lumen Juris, 1. ed., 2003, pág. 81/82, citam trecho significativo do Professor Francisco Muñoz Conde, onde o mesmo reflete sobre a imprescindibilidade do controle social e assevera que “o controle social é uma condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e os interesses contidos nas normas que regem a convivência, confirmando-as e estabilizando-as contrafaticamente, no caso de sua frustração ou incumprimento, com a respectiva sanção imposta em uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, pois, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. ‘Não há alternativas ao controle social’, é inimaginável uma sociedade sem controle social”

Percebe-se, desse modo, que o controle social, dependendo da abordagem que se faça, pode prestar-se a uma abusiva limitação na liberdade das pessoas a ele submetidas ou dar ensejo a um perigoso controle da vida social, tudo a depender do enfoque que se dê a ele ou mesmo da forma em que é utilizado pelo Estado.

García-Pablos ao conceituar controle social assevera que:

Com o vulgar e impreciso conceito de controle social – conceito sociológico neutro, descritivo – se faz referência a certos processos sociais que atingem a conformidade do indivíduo, submetendo-o às pautas, modelos e requerimento de grupo; coesão, disciplina, integração são, pois, termos que descrevem o objetivo final que persegue o grupo, a sociedade, para assegurar sua continuidade frente ao comportamento individual irregular ou desviado.<sup>2</sup> (GARCIA-PABLOS, 1999, p. 77)

Traço marcante do controle social é o fato de ser guiado pelas políticas de segurança pública dos Estados, as quais respondem, sempre, aos interesses estatais, sejam eles quais forem.

Dornelles ensina que:

De qualquer forma, o modelo social que se implantou a partir dos anos oitenta do século XX utiliza novos instrumentos e estratégias de controle social com mecanismos defensivos da ordem, resultando em um modelo desintegrador que produz uma sensação de insegurança e medo.

A ordem social, segundo este paradigma neoconservador, se naturaliza, de acordo com as necessidades impostas pela nova forma de acumulação de capital, reproduzindo relações sociais compatíveis e funcionais com o novo modelo. É justamente aqui que os novos mecanismos de controle social são formulados e passam a ser aplicados.

Para Stanley Cohen, por controle social pode-se entender um conjunto de meios pelos quais uma sociedade responde aos indivíduos ou grupos sociais que, de alguma maneira, colocam em risco a ordem estabelecida. A partir da utilização desses meios, os indivíduos ou grupos são classificados como *rebeldes, desviados, transgressores, perigosos, delinquentes, suspeitos, inadaptados, problemáticos, ameaçadores, indesejáveis* etc., buscado-se induzir à conformidade com a ordem social estabelecida.

Ainda segundo o autor Stanley Cohen, o controle social pode se expressar como uma parte do aparato coercitivo do Estado ou como parte oculta da política social. Dessa maneira, os mecanismos de controle social buscam a acomodação das ações para a manutenção e reprodução de uma determinada ordem social.<sup>3</sup> (DORNELLES, 2003, p. 20)

---

<sup>2</sup> Conceito construído pelo Prof. Antonio García-Pablos de Molina, contido em sua obra: Tratado de Criminologia – 2 ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.77, citada por Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya no livro Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático, Ed.Lumen Júris, 1 ed., 2003, pág. 77.

<sup>3</sup> Trecho do Livro Conflitos e Segurança: entre Pombos e Falcões, de João Ricardo Wanderley Dornelles, Ed. Lumen Júris, 1. ed. p. 20, 2003.

Esse ensinamento revela a faceta política do controle social e talvez revele, ainda, seu lado mais obscuro, ou seja, o fato de que é também mecanismo de obtenção e manutenção de interesses econômicos estatais, contribuindo para a continuidade do sistema capitalista, e não apenas instrumento que busca a paz pública e o equilíbrio social. Por fim, demonstra que os instrumentos que integram o controle social se adaptam ou se remodelam de acordo com a demanda social, muitas e muitíssimas vezes induzida pelo detentor do poder político e do poder econômico, ou mesmo por ambos.

Essa característica político-econômica do controle social é bem sintetizada por Dornelles:

O eficientismo penal intervém criminalizando os conflitos sociais em um cenário de crise social resultante dos problemas surgidos com a globalização e o modelo neoliberal, além de crise política os sistemas representativos. Isto significa que os conflitos não encontram canais institucionais que os absorvem, e a sua potencialidade aumenta com o agravamento dos problemas sociais decorrentes do modelo de desenvolvimento adotado. Os conflitos, portanto, não encontram espaços de mediação em um sistema político em crise e representação. E é justamente nesse contexto de crise que os princípios constitucionais de garantia dos direitos fundamentais são substituídos pelo discurso da “lei e ordem”, onde a falta de mediação política co-institucional dá lugar ao direito penal de emergência no tratamento dos conflitos sociais. O sistema penal se alastra e ocupa os espaços de controle social não penal.<sup>4</sup> (DORNELLES, 2003, p. 47-48)

E, citando Baratta (2003), conclui Dornelles: “[...] O direito penal não é mais a ‘extrema’ mas sim a prima ratio para uma nova solução dos problemas sociais, que é, ao mesmo tempo, repressiva e simbólica.<sup>5</sup> [...]”

Resta certo, desse modo, que o controle social exercido pelo Estado é composto por diversos instrumentos, dentre os quais se destaca o direito penal. Tem-se por sistema de controle social, para fins da análise que se empreende, todos aqueles subsistemas, de que se vale o Estado e a sociedade, os quais impõem regras de convivência aos integrantes de determinada comunidade e exigem a adequação dos comportamentos sociais a seus dispositivos e mandamentos. Integram esse controle social: o sistema de direito penal e de segurança pública e os sistemas educativo, religioso, familiar, além de grupos e organizações sociais.

Dessa forma, o direito penal, além de ser instrumento do sistema de controle social que atua como dura resposta a condutas conflitantes com o regramento imposto, sobretudo aquele contido na lei penal, representa apenas parte do referido sistema de

---

<sup>4</sup> Idem, pág. 47/48.

<sup>5</sup> Idem, pág. 48.

controle, o qual possui outros tantos meios, igualmente válidos e muito mais eficazes, diga-se, para a promoção de seus objetivos.<sup>6</sup>

Surge, portanto, a característica mais singular do direito penal: ser um instrumento secundário do sistema de controle social; ou seja, ocupar ali a posição de soldado de reserva. Tal característica recomenda que o Estado deva utilizar-se do direito penal de forma parcimoniosa, ou seja, apenas quando os outros instrumentos que compõem o sistema de controle se revelarem insuficientes e ineficazes para conter o desvio de indivíduos em relação às regras sociais estabelecidas.<sup>7</sup>

Nesse sentido é a lição de Paulo Queiroz:

A norma penal, pois, não é o começo da socialização, mas a sua culminação. Não é todo o controle social, nem sequer e sua parte mais importante; é, mais propriamente, como diz Muñoz Conde, a parte visível de um *iceberg*, em que o que não se vê (as outras instâncias formais e informais de controle) é talvez o que realmente importa, mesmo porque a norma penal não cria valores, nem constitui um sistema autônomo de motivação do comportamento humano. Em conseqüência, o subsistema penal como um todo ocupa e há de ocupar, dentro do sistema social, um papel menor, secundário, já que sua função é subsidiar a vigência, em última razão, de outras instâncias de controle. Logo, o direito penal – parte da artilharia pesada do Estado – só tem sentido se considerado como continuação de um conjunto de instituições, públicas e privadas, cuja tarefa consiste, igualmente, em socializar e educar para a convivência os indivíduos, por meio da aprendizagem e da internalização de certas pautas de comportamento, motivo pelo qual somente deve ser utilizado quando se revelarem insuficientes as demais instâncias de controle social: utilizado, enfim, só *in ultima ratio*.<sup>8</sup> (QUEIROZ, 2005, p. 12)

Com essas considerações, pode-se situar o subsistema do direito penal – objeto direto de nossas reflexões - no arcabouço do grande sistema de controle social, evitando-se, assim, a usual confusão que não raro se faz entre o direito repressivo e esse mesmo controle, na qual se conferi àquele uma amplitude irreal dentro do controle social.

<sup>6</sup> Os objetivos do sistema de controle social do Estado, abstraindo-se os propósitos des-legitimantes do próprio sistema: o uso do controle social e do aparato repressivo como meio de manter o agente político ligado às esferas de poder ou mesmo a manutenção da divisão de classes sociais ou, ainda, a exploração da classe social menos favorecida, são a busca do equilíbrio social e da paz pública. Esse, como dito, o discurso oficial.

<sup>7</sup> Merece destaque a posição dos autores Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya no livro *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, Ed Lumen Júris, 1 ed., 2003, pág. 79, citando García-Pablos de Molina e Zugaldia Espinar: “O controle social penal é um subsistema no sistema global do controle social; difere deste por seus fins (prevenção ou repressão do delito) e pelos meios de que se serve (penas, medidas de segurança etc.). Mas o Direito penal não é o meio de controle social mais importante. A escola, a religião o sistema laboral, as organizações sindicais, os partidos políticos, a educação familiar, as mensagens emitidas pelos meios de comunicação o entorno no qual se desenvolvem as relações sociais etc. são outros dos instrumentos informais de controle social, que atuam antes e inclusive são mais efetivos e mais importantes que o próprio Direito Penal.”

<sup>8</sup> Paulo Queiroz, citando Muñoz Conde (*Derecho penal y control social*), em *Direito Penal: Parte Geral*. 2 ed. revista e aumentada. Ed. Saraiva, pág. 12. 2005.

Embora seja o direito penal apenas e tão-somente um instrumento – que não é sequer o mais importante, como dito – do controle social, o fato é que tem sido o mais utilizado. Esta constatação da hipertrofia do direito penal leva a uma conclusão inarredável: é imprescindível, para a compreensão dos rumos que tem tomado o direito penal, a perquirição acerca do que seja direito penal, qual a sua razão de ser e como convive com o Estado Democrático de Direito. Essas questões serão abordadas a seguir.

## 2.1 O Direito Penal: breve reconstrução histórica<sup>9</sup>

De todos os ramos do direito, seguramente o direito penal é aquele que mais se manteve fiel à sua função original: penalizar os autores de atos que atentem contra os interesses do Estado e da sociedade. O imperativo do direito penal (pena) continua sendo o mesmo.

Certamente a reação privada ou pública a algum fato que atente contra as regras e costumes de uma comunidade em qualquer momento histórico sempre existiu. Mesmo quando não havia, ainda, a figura do Estado tutelando os interesses (públicos e privados), já era possível identificar e mesmo determinar a configuração de uma forma rudimentar de direito penal; que, por óbvio, não recebia esse qualificativo de direito, mas que, a despeito disso, tinha enorme semelhança com a finalidade ainda hoje perseguida por esse ramo repressivo do direito, a saber, a punição.

Essa punição dava-se, no amanhecer da humanidade, por meio da vingança privada. Forma de punição caracterizada pela reação do indivíduo agredido em face do agressor.

Romeu Falconi delimita as características da vingança privada da seguinte forma:

- a) Não havia proporcionalidade entre a conduta criminosa e a retorsão desencadeada. Assim, uma bofetada poderia ter como revide um homicídio, ou a morte de um filho representar a morte do chefe da família do agressor, que nada teve a ver com a conduta criminosa anterior;

---

<sup>9</sup> Será de grande valia para o trabalho essa superficial digressão histórica, já que através dela se poderá desvelar a gênese e o desenvolvimento do direito penal enquanto forma usual e constante utilizada pelo Estado para punir aqueles que praticam atos tidos por desviantes. Heleno Fragoso assevera que: “A comparação histórica é elemento valiosíssimo à correta interpretação, afirmando-se, mesmo, que toda exegese traz consigo um momento da história (*Forsthoff*), e que não há ciência do Direito Penal válida sem a história do Direito Penal (*Wurternberger*) (Fragoso, Heleno Cláudio, em *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, 15 ed. Rio de Janeiro. pág. 25. 1995).

b) A legitimidade se fazia na razão direta da própria reação. Quer dizer, qualquer pessoa que se julgasse ofendida por outrem podia providenciar a “vendeta”, como meio próprio e admissível daquela fase do Direito Penal. Não se conhecia, como já foi dito, a tutela do Estado; o jus puniendi era particular;

c) A ação retorsiva ultrapassava a pessoa do criminoso. Assim, qualquer membro da família do ofendido podia mover a justiça, bem como esta poderia recair sobre qualquer membro da família do criminoso. (...) <sup>10</sup>. (FALCONI, 1997, p. 23-24)

A vingança, antes privada, passa, em momento posterior, a constituir-se em divina, dado o aparecimento e fortalecimento das religiões. Exemplo sempre citado dessa forma, ainda rudimentar, de direito penal é o Código de Manu (Mânara Dharma Sutra), da Índia, no qual a pena possuía por fundamento a purificação da alma do criminoso e os dispositivos desse documento se orientavam por dogmas sacrais.

Posteriormente, a vingança passa a ser pública. O objetivo principal dessa forma de punição era garantir a autoridade de príncipes e de soberanos. O primeiro e mais marcante documento dessa época foi a lei de Talião (olho por olho, dente por dente). Também tinha fundamento religioso e possuía como conseqüência penas desumanas de inigualável crueldade. São documentos dessa época: o Código de Hamurabi, do rei da Babilônia, de 1959 a.C. e as Leis Mosaicas, de 1450 a.C., as quais encontram-se no Pentateuco (os cinco primeiros Livros do Antigo Testamento: gênese, êxodo, números, levítico e deuteronomio).

Encerrando o relato de formas rudimentares de uma espécie de direito penal primitivo, temos a *compositio* (composição). Período que representou, para alguns estudiosos da ciência penal, um avanço nos métodos de punição até então dominantes.

Nessa época, em que pese haver ainda penas cruéis, deu-se início à aplicação de um tipo de penalização diferente das penas até então conhecidas. Na composição, algumas das anteriores penas são substituídas por um valor pago em pecúnia, em razão do delito, à pessoa do ofendido ou à sua família.

O direito penal em Roma apresenta-se sob diversos aspectos. Na fundação da cidade (735 a.C.) o direito repressivo possui dispositivos orientados pela aplicação da vingança privada, da lei do Talião (de viés sacral) e pela *compositio*. Em um segundo momento, a partir, aproximadamente, de 553 a.C., a pena ganha contornos públicos e passa a ser aplicada pelo poder político (nessa época a jurisdição criminal era exercida pelo rei).

---

<sup>10</sup> Trecho da obra de Romeu Falconi, Lineamentos de Direito Penal, Ed.Cone, 2 ed.,1997, págs.23/24.

Na república romana, em meados de 509 a.C., o documento que passa a determinar o “processo”, julgamento e aplicação das penas em Roma é a Lei das XII Tábuas. Nessa lei definiam-se o que eram crimes privados e o que eram crimes públicos, indicando a consequência e o procedimento de cada qual.

Com a derrocada republicana e o nascimento do Império Romano modifica-se a ritualística para a apuração dos fatos tidos por criminosos e para a aplicação das penas, as quais, permanecem sendo cruéis.

Ariosvaldo de Campos Pires sintetiza a importância do direito penal romano:

Embora se diga, com Carrara, que os romanos forma gigantes no Direito Civil e pigmeus no Direito Penal, indiscutível a sua contribuição na construção do Direito Penal, afirmando a sua natureza pública e social, diferenciando os crimes culposos dos dolosos e desenvolvendo as causas que excluem a criminalidade e a culpabilidade, de modo especial legítima defesa e o erro.<sup>11</sup> (PIRES, 2005, p. 50)

O mesmo Autor, referindo-se ao direito penal germânico, que vigorou do século VI ao XI d.C., assevera:

Segundo Grispigni, em épocas primitivas, o Direito germânico era constituído pelos costumes, prevalecendo o caráter sacral da pena. Nesse período concebia-se o direito como a ordem de paz. O quebramento, total ou parcial, dessa ordem significa a ruptura da paz.

Assim, quem violasse perdia a paz, pública ou privada, segundo o crime praticado. A perda da paz por crime público (*Friedlosigkeit*) implicava o direito concedido, a qualquer pessoa, de matar o agente. A perda da paz por crime privado configurava a faida, uma situação de inimizade contra o transgressor e sua família. A faida “era uma pena para interesses privados, cuja execução é confiada à família do ofendido.

Mais tarde, o direito dos germanos (cujo predomínio estendeu-se no século VI até o século XI d.C) apresentou-se marcado pelo objetivismo. Importava o resultado, já que não havia praticamente preocupações de ordem subjetiva; também não se fazia distinção entre o crime doloso, o culposo e o caso fortuito.

Provavelmente, esse entendimento, por paradoxal que pareça, originava-se da predominância que esse povo oferecia à pessoa, como indivíduo. Como já visto, centrado na paz a razão de ser da ordem jurídica, quem a violasse perdia a paz (*Faidam portet*), o que importava em retirar do violador a proteção devida a todos, socialmente.

No campo da prova, presentes os juízos de Deus ou Ordálias (prova da água fervente, do fogo etc) e a do duelo judiciário.<sup>12</sup> (PIRES, 2005, p. 50-51)

E conclui Ariosvaldo, valendo-se das palavras de Bandeira de Mello:

<sup>11</sup> Assertiva de Ariosvaldo de Campos Pires, Compêndio de Direito Penal: Parte Geral, vol. I, Ed. Forense, 1. ed. 2005, pág. 50.

<sup>12</sup> *Idem*, pág. 50/51.

A lei dos germanos fundava-se na honra, na afirmação do poder pessoal: cada germano se reputava um absoluto, um protegido de Deus, um núcleo em que o próprio Deus se estava formado. Os germanos consideravam a luta entre os povos uma necessidade natural. E a luta entre os indivíduos como a maneira mais simples e natural de resolver pendências. Pensavam que a vitória num combate leal era a prova de que Deus pendera para o vencedor e decidira que ele tinha razão.

Dessa auto-divinização inconsciente do indivíduo resultava logicamente a proibição do talião. E resultava, também, que para os antigos germanos só havia dois crimes, redutíveis a um: a traição a si mesmo (covardia) e a traição à pátria (a incompatibilização com o divino). Tudo o mais eram acidentes naturais, que só podiam dar lugar a reparações pecuniárias, inspiradoras da moderna pena de multa.<sup>13</sup> (PIRES, 2005, p. 52)

No século XIV, sobretudo, o direito penal sofreu relevantíssima influência do direito canônico. O documento que trazia as regras canônicas aplicáveis ao direito penal é o *Corpus Juris Canonici*, no qual há previsões de penas como a internação em monastérios, a expulsão da Igreja, o asilo. A maioria das penas tem o objetivo de evitar a expiação própria à prisão, propondo um abrandamento nas espécies de pena rigorosas e cruéis vigorantes à época.

Ao citar a evolução humanística nas penas, trazida pelo direito canônico, afirma Romeu Falconi:

Finalmente, posto que o *Direito Canônico* não admitia a pena capital, por barbárie, inspirou o instituto da “*penitenciária*”, criando prisões parecidas com as que hoje conhecemos. A prisão, para aquela época, era profundamente humana, visto somente conhecerem as penas corporais, máxime a capital, e as de degredo, expulsando o criminoso de seu habitat. Era também chamada desterro.<sup>14</sup> (FALCONI, 1997, p. 29)

Na Idade Média se conheceu o chamado direito comum, resultado da compilação de diversos documentos e idéias oriundas do direito romano, germânico e canônico, o qual passa a vigorar em grande parte do continente europeu. É a dos Glosadores (estudiosos, sobretudo do direito romano, que promoviam a integração do mesmo ao ordenamento jurídico da época).

Contudo, o direito penal da Idade Média é marcado pela aplicação de penas cruéis, tais como: a fogueira, a roda, o arrancamento de vísceras, o esquartejamento, o empalamento etc.

A história do Direito Penal no Brasil colônia e no Brasil Império traduz, de forma bem clara, a realidade da época na Europa. As penas aplicáveis em terras brasileiras, tal

<sup>13</sup> *Idem*, pág. 52.

<sup>14</sup> Romeu Falconi, *Lineamentos de Direito Penal*, Ed. Cone, 2 ed., 1997, pág. 29.



como em grande parte dos países centrais, eram cruéis e degradantes. A repressão penal era dirigida mais à proteção dos bens estatais do que aos direitos da população que vivia no território ocupado por Portugal.

Falconi, ao cuidar do tema, traz um dispositivo contido no Livro V das Ordenações Filipinas, documento que tratava dos crimes, das penas e do procedimento para a aplicação do direito penal, o qual vigorou desde o período colonial até a promulgação do código criminal do Império, que demonstra a preponderância dos interesses da administração estatal em relação aos demais interesses que respeitavam à população:

Título XII – Dos que fazem moeda falsa, ou a despendem, e dos que cerceiam a verdadeira, ou a desfazem:

E todo o que cercear moeda de ouro, ou de prata, ou a diminuir, ou corromper por qualquer maneira, se as cerceaduras, ou diminuição, que assim tirar, quer juntamente, quer por parte valerem mil reis, morra por isso morte natural, e perca seus bens, a metade para nossa Câmara, e a outra para quem o acusar.<sup>15</sup> (FALCONI, 1997, p. 43)

Ariosvaldo, ao tratar do documento mais importante que cuidava dos crimes e castigos no Brasil Colônia e Império, declara que:

Sob o aspecto formal, interessa examinar as Ordenações Filipinas, que vigoraram desde o período colonial até a promulgação do Código Criminal do Império, após a independência. Foram publicadas em 11 de janeiro de 1603 e, após restaurada a monarquia portuguesa, foram revalidadas em 1643 pelo Rei D. João IV.

O seu Livro V, que dispunha sobre matéria penal e processual penal, mostra o rigor, o arbítrio e a crueldade que dominavam as práticas punitivas.

Nele confundiam-se direito, moral e religião; os crimes sexuais eram punidos com rigor excessivo; a resposta punitiva dependia da classe a que pertencia o agente; eram previstas penas infamantes e corporais; a pena de morte era prodigalizada com a maior fartura, prevendo-se, dentre outras formas, e.g., a pena de “morte natural”, a “morte natural cruelmente” (a ser executada de acordo com o arbítrio dos juízes e a criatividade do executor), a “morte natural para sempre” etc.

O rigor das punições alcançou nível tal que se diz que Luiz XIV teria perguntado, de modo irônico, ao embaixador português em Paris se alguém teria sobrevivido àquele regime de terror.<sup>16</sup> (PIRES, 2005, p. 63-64)

O código penal republicano do Brasil, documento que se seguiu ao citado livro das Ordenações Filipinas, foi demasiadamente criticado pelos estudiosos da época e, de fato, teve vida curta, sofrendo muitas alterações em um espaço de tempo de menos de

<sup>15</sup> *Idem*, pág. 43.

<sup>16</sup> Ariosvaldo de Campos Pires, *Compêndio de Direito Penal: Parte Geral*, vol. I, Ed. Forense, 1. ed. 2005, págs. 63/64.

quarenta anos, dando ensejo a uma posterior Consolidação das Leis Penais, a qual se implementa em 1932 e que antecede o código penal de 1940.

Nada obstante as críticas, no diploma penal da república do Brasil há regras que determinam o abrandamento das penas, abolindo a pena de morte, a prisão perpétua e as penas degradantes, de forma que tal documento atendia, em alguma medida, os pronunciamentos dos estudiosos da época, sobretudo daqueles inspirados pelo iluminismo penal, que, a despeito de ter sido um movimento do século anterior, ainda mantinha forte um de seus mais importantes lemas: a proporcionalidade entre a resposta penal e a gravidade do delito.

O Código Penal atual do Brasil nasceu em 1940 e está em vigor, em parte<sup>17</sup>, até os dias de hoje. Esse documento, como os outros, não escapa às críticas e revela-se imperiosa a mudança de muitos de seus dispositivos, sobretudo aqueles atinentes à definição dos crimes e a imposição de penas.

## 2.2

### **A legitimação, as funções e os objetivos do Direito Penal**

Como todo e qualquer ramo da Ciência Jurídica, também o Direito Penal necessita justificar-se e legitimar-se perante a ordem jurídica estabelecida e vigente, além do que deve ter funções e objetivos muito bem definidos, sem os quais passa a inexistir como direito, sobretudo do ponto de vista funcional.

O Direito Penal, enquanto instrumento significativo do sistema de controle social do Estado, o qual é destinado a promover a pacificação social e a segurança dos cidadãos constitui-se em uma violência aplicada para aplacar outra violência. Há quem diga que o Direito Penal só deve privar a liberdade de alguém quando objetivar o resguardo dessa mesma liberdade:

(...) Quer isso significar, em respeito à liberdade, que todas as medidas de vigilância, de policiamento, de restrição ou privação de direitos, numa palavra, de coerção ao indivíduo, somente poderão ser toleradas em situações excepcionais, em nome desta mesma liberdade, pois trata, afinal, de contemplar, em tais casos, não a regra, mas a exceção, a não-liberdade, por meio de tais constrangimentos. Como toda exceção, limitações à

---

<sup>17</sup> O Código Penal de 1940 sofreu grandes alterações. A mais significativa foi a que modificou quase que completamente a sua parte geral. Tal se deu pelo advento da Lei 7.209/1984. Para fins de registro, de se ver que houve outro Código Penal (1969) na época em que os Militares governavam o Brasil. No entanto, referido diploma, posto em regime de *vacatio legis*, nunca entrou em vigor, tendo sido revogado em 1978.

liberdade, especialmente as que derivam da intervenção penal, somente se justificam quando sirvam à afirmação da regra, isto é, quando sirvam à afirmação da liberdade mesma.<sup>18</sup> (QUEIROZ, 2002, p. 23)

A legitimação e fundamentação do direito penal, numa palavra, situariam-se no fato de que esse ramo é indispensável para o respeito e a manutenção da liberdade do outro.

Por certo que a legitimidade e justificação do direito penal também são aferíveis através de critérios meta-jurídicos; ou seja, pelo viés filosófico. Esse o ensinamento de Ferrajoli:

Um sistema penal, um seu instituto singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo desde que tidos como “justos” com base em critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares; (...) Legitimação externa ou justificação (do direito), particularmente, possuem um significado mais extenso e menos comprometido do que aquele de “justiça”, abrangendo não apenas valores ou razões ético-políticas, mas, também, qualquer “boa” razão metalegal, ou até mesmo somente política, de oportunidade, de interesse ou de funcionalidade prática.<sup>19</sup> (FERRAJOLI, 2006, p. 199)

No que concerne às funções e aos objetivos atribuídos ao Direito Penal, tem-se que são os mais variados e apresentam-se ligados, de forma umbilical, aos do próprio Estado. Desse modo, os dispositivos integrantes de um diploma penal representarão e atenderão, ainda que de forma subliminar, a tal política-criminal definida pelo ente estatal; definição essa que nascerá tanto da demanda social por proteção, a qual é oriunda da parcela ativista da sociedade organizada, quanto dos interesses do detentor do poder político, esteja ele influenciado e orientado por interesse outros, às vezes até escusos, ou não.

Com Paulo Queiroz temos que:

Por mais de uma vez se disse que o direito penal, atuando subsidiariamente às instâncias formais e informais de controle e prevenção de delitos, presta-se, essencialmente, a proteger bens jurídicos por meio dos instrumentos que lhe são próprios: a cominação e a execução de penas e medidas de segurança. Exerce, por conseguinte, uma função instrumental-subsidiária de prevenção de comportamentos socialmente danosos. Sua missão, portanto, é a de todo o direito: possibilitar a convivência social, assegurar níveis minimamente toleráveis de violência; compor conflitos de interesse pacificamente,

---

<sup>18</sup> Trecho da obra de Paulo de Souza Queiroz, *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*, Ed. Del Rey, 2. ed. revista e atualizada, 2002, pág. 23

<sup>19</sup> Luigi Ferrajoli em *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. revista e atualizada, tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2006, pág. 199.

segundo regras e processo previamente conhecidos e instituídos. Esta é, em última instância, a missão mesma do próprio Estado. Porque as funções do Direito e as funções do Estado são, em última análise, uma só e mesma coisa.<sup>20</sup> (QUEIROZ, 2002, p. 101-102)

Os objetivos e as funções do direito penal podem, também, ser considerados por outro ângulo: aquele que vê o direito penal de forma funcional e que, além de o considerar, de fato, a maneira por excelência de salvaguardar os direitos que merecem a sua tutela (protetor de bens jurídicos), também identificam nele “missões” outras, de fundo ético-sociais e de confirmação da norma. Nesse sentido, são as lições de Busato e Huapaya, citando Welzel e Jakobs:

Welzel dá um passo a mais. Considera que a missão do Direito penal é proteger os valores elementares da atitude interna de caráter ético-social e os bens jurídicos somente na medida em que esta proteção está incluída naquela. Por sua parte, Jakobs considera que a missão da pena Estatal é a confirmação do reconhecimento normativo. (...) ‘Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade.’<sup>21</sup> (BUSATO & HUAPAYA, 2003, p. 40)

Esse objetivo do direito penal delineado e defendido por Welzel revela-se distante da função (proteção exclusiva de bens jurídicos) hoje atribuída, a esse mesmo direito, porquanto, a se considerar como principal função aquela pedagógica, a saber, de introjetar nos destinatários da norma valores de cunho ético-social, se estaria atribuindo uma missão ao direito penal própria a outras instâncias (informais) do sistema de controle social, tais como: a igreja, a escola, a família etc.

Do mesmo modo, não se pode admitir, como funções do direito penal ou da pena (conseqüência jurídico penal para o ato desviante), o determinismo moral ou a imposição de algum conceito de justiça, tão-somente.

Paulo Queiroz, ao tratar das teorias absolutas, as quais legitimam a pena e a consideram um fim em si mesma, preterindo sua finalidade exclusiva, ou seja, a proteção a bens jurídicos relevante, centradas que são na idéia de retribuição do mal pelo mal, afirma que:

---

<sup>20</sup> Paulo de Souza Queiroz, em: *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*, Ed. Del Rey, 2. ed. revista e atualizada, 2002, págs. 101/102.

<sup>21</sup> Busato e Huapaya no livro *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, Ed. Lumen Juris, 1. ed., 2003, pág. 40.

(...) Para Kant (retribuição moral), com efeito, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um “imperativo categórico”, isto é, de um imperativo moral incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitárias, bastando a pena a si mesma, como realização da justiça, pois “as penas são, em um mundo regido por princípios morais (Deus), categoricamente necessárias.

O direito penal realiza, portanto, a própria justiça, pouco importando sua utilidade, já que, segundo Kant, “ainda que uma sociedade se dissolvesse por consenso de todos os seus membros (assim, p. ex., se o povo que habitasse uma ilha decidisse separar-se e dispersar-se pelo mundo), o último assassino deveria ser executado”.

(...) Já em Hegel (retribuição jurídica), a pena atende não a um mandamento absoluto de justiça, como em Kant, e sim a uma exigência de *razão*, que se explica e se justifica a partir de um processo dialético inerente à idéia e ao conceito mesmo de direito. Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito; a pena, uma violência que anula aquela primeira violência (o delito); a pena é, portanto, a negação da negação do direito, ou seja, é a sua afirmação (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação).<sup>22</sup> (QUEIROZ, 2005, p. 70-71)

Chega-se à conclusão, portanto, de que as funções e os objetivos do direito penal, a fim de que esse ramo do direito se afirme e se legitime em um Estado Democrático de Direito, devem convergir para uma só e única razão: a proteção a bens jurídicos individuais relevantes, desde que esses bens sejam afetados, ou estejam em risco de afetação, de forma significativa, por condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, e, ainda, somente e quando as outras instâncias informais de controle social (escola, família, igreja) e mesmo os outros ramos do direito (civil e administrativo) se mostrem insuficientes para promoverem a referida proteção, sempre merecida.

Firmado o entendimento, embora precário no momento, de que deve haver um critério de racionalidade penal determinado, o qual servirá de pressuposto, absolutamente imprescindível, para imposição de pena e, conseqüentemente, para a existência e legitimação do próprio direito penal, a saber, a proteção a bens jurídicos individuais, a tarefa seguinte, a ser cumprida no segundo capítulo, será o exame acerca dos dois macrossistemas de direito penal: direito penal de bases clássicas e o direito penal moderno, promovendo-se o estudo crítico, na pretensão de contribuir para o debate já instalado de há muito, dos princípios e regras que regem ambos os sistemas, com o escopo de ensejar tal reflexão que se oriente pelos critérios objetivos e subjetivos da mencionada racionalidade penal dos nossos tempos.

---

<sup>22</sup> Paulo de Souza Queiroz no livro *Direito Penal: Parte Geral*, Ed. Saraiva, 2. ed. revista e atualizada, 2005, págs. 70/71