

**FUNDAÇÃO ESCOLA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ -
FEMPAR**

CLEVERSON TUOTO BENTHIEN

O PODER PUNITIVO FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CURITIBA

2008

CLEVERSON TUOTO BENTHIEN

O PODER PUNITIVO FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, na área de concentração em Direito Penal, Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná - FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientador: Prof. Ms. Rodrigo Régner Chemim Guimarães.

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

CLEVERSON TUOTO BENTHIEN

O PODER PUNITIVO FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista no curso de Pós-Graduação em Ministério Público - Estado Democrático de Direito, da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná - FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, examinada pelo Professor Orientador Rodrigo Régner Chemim Guimarães.

Prof. Ms. Rodrigo Régner Chemim Guimarães
Orientador

Curitiba, 05 de maio de 2009.

Dedico o presente trabalho aos meus pais SERGIO e MARIA CRISTINA, ao meu irmão JEFERSON e a minha namorada FRANCIELE, com todo amor e carinho.

“A punição do homem é a destruição simbólica do crime”.

Aníbal Bruno.

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
INTRODUÇÃO	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1.1 HUMANIDADE PRIMITIVA	11
1.2 PRIMEIROS PROGRESSOS	13
1.3 ANTIGO ORIENTE	14
1.4 GRÉCIA ANTIGA	14
1.5 DIREITO ROMANO	16
1.6 DIREITO GERMÂNICO	17
1.7 DIREITO CANÔNICO	18
1.8 DIREITO COMUM	19
1.9 PERÍODO HUMANITÁRIO E AS ESCOLAS PENAIS	20
1.9.1 Escola Clássica	22
1.9.2 Escola Positiva	23
2 PODER PUNITIVO DO ESTADO	28
2.1 O PODER PUNITIVO EM FACE DO DIREITO PENAL	28
2.2 DEFINIÇÃO DO <i>IUS PUNIENDI</i>	30
2.3 TITULARIDADE	33
2.4 NATUREZA JURÍDICA	35
2.4.1 O <i>Ius Puniendi</i> como “Direito Penal Subjetivo” na Tese de Binding	36
2.4.2 A Caracterização do <i>Ius Puniendi</i> como Direito Subjetivo e a sua Crítica: Tese de Ferri	37
2.4.3 O <i>Ius Puniendi</i> como “Poder” ou “Faculdade”	38
2.4.4 A Natureza do <i>Ius Puniendi</i> nos Três Momentos da Norma Penal	39
3 O DIREITO DE PUNIR E O ESTADO	42
3.1 PROCESSO DE MONOPOLIZAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR	42
3.2 ASPECTOS JURÍDICOS DO <i>IUS PUNIENDI</i>	43

3.3 MODELOS DE ESTADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS LÓGICAS...	44
3.4 O PODER DE PUNIR FRENTE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	46
4 LIMITES DO PODER PUNITIVO DO ESTADO	49
4.1 PRINCÍPIOS LIMITADORES AO PODER PUNITIVO DO ESTADO	50
4.1.1 Princípio da Legalidade	51
4.1.2 Princípio do Fato.....	52
4.1.3 Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos	52
4.1.4 Princípio da Intervenção Mínima	54
4.1.5 Princípio da Culpabilidade.....	55
4.1.6 Princípio da Proporcionalidade	57
4.1.7 Princípio da Humanidade	58
CONCLUSÃO	60
BIBLIOGRAFIA.....	62

RESUMO

Este trabalho tem por escopo a análise do poder punitivo do Estado, também denominado direito penal subjetivo. Ele se apresenta como poder coercitivo de repressão e controle da criminalidade. O *ius puniendi* é o direito que o Estado tem de sobrepujar o infrator da ordem jurídica, atribuindo-lhe sanção, quando necessário. Este poder foi estabelecido de forma legítima, com o desenvolvimento do Estado e da justiça criminal ao longo dos séculos. A evolução histórica do Direito Penal, trazida no bojo deste trabalho, demonstra de forma clara e evidente as diretrizes que o poder punitivo estatal tomou nos últimos séculos. Todavia, cumpre salientar, que não se pretende esgotar aqui toda fonte histórica do direito penal, mas sim trazer subsídios para a compreensão do instituto em exame. Os fundamentos do poder de punir também estão presentes no curso deste singelo trabalho, haja vista que não se têm como enfrentar as problemáticas ocasionadas pelo poder punitivo sem antes conhecer os seus elementos basilares. Existe uma certa polêmica no que tange a sua natureza jurídica, porquanto alguns autores defendem a idéia de que o *ius puniendi* é um poder de império, outros dizem se tratar apenas de um direito subjetivo que o Estado possui e não propriamente um poder; porém, quase a totalidade dos autores afirma que o monopólio da violência pertence ao ente estatal. Em razão disso, afirma-se que cada Estado desenvolve o seu próprio poder punitivo através dos mecanismos de Política Criminal, fazendo sempre uma correspondência entre as necessidades existentes no âmbito social e as possibilidades de controle dentro da sua esfera de atuação. É a partir daí que começam a surgir as limitações ao direito de punir, pois cada Estado exerce a sua soberania como forma de atingir os seus objetivos, estruturando o seu próprio direito penal, a fim de garantir paz e tranqüilidade para a sua população. Por fim, há uma breve abordagem acerca do poder punitivo frente aos variados modelos de Estado, e, se encerra traçando um estudo detalhado dos princípios limitadores do poder punitivo estatal.

INTRODUÇÃO

A temática que se propõe o presente trabalho, analisa concretamente o poder punitivo em face do Estado Democrático de Direito, abrangendo de maneira sistêmica os princípios limitadores da persecução criminal. A abordagem realizada leva em conta a apreciação detalhada de cada um dos elementos que compõe o *ius puniendi* estatal, estabelecendo as diretrizes para sua atuação.

Desde o surgimento da civilização, o crime desponta como consequência lógica da fragilidade humana, ameaçando toda a ordem pública pré-existente. Importante salientar que todo crime é um ato ilícito, e, como tal, é passível de punição, conforme os fundamentos de cada organização social.

A justiça penal, em sua forma mais rudimentar, se apresentava de maneira espontânea e inevitável através da vingança privada, demonstrando o sentimento de profunda repugnância que sobrepesava cada um dos malfadados ofendidos. Diante da falta de escrúpulos no cometimento dos delitos e da desproporcionalidade na reação, fez-se necessário centralizar o poder, a fim dar cabo à arbitrariedade.

Por intermédio de um lento, mas progressivo desenvolvimento social, o poder de punir passa à esfera pública, atendendo um velho anseio da sociedade. Deste modo o Estado assume a responsabilidade de punir todo aquele que infringir normas tipificadas na legislação penal, atribuindo-lhe a sanção correspondente.

O Direito Penal visa proteger bens jurídicos fundamentais, atendo-se sempre ao programa político-criminal constituído pelo Estado. Assim, pode-se afirmar que somente o Estado pode exercer o *ius puniendi*, em virtude de seu poder de império.

Nesse contexto, o poder punitivo aparece como forma de inibir à criminalidade e assegurar os direitos e garantias fundamentais do homem. Ressalte-se que, num Estado Democrático de Direito, esse poder encontra-se limitado pela própria Constituição, tendo em vista a sua carga principiológica negativa.

Diante do exposto, faz-se mister uma análise sistemática do poder punitivo, que verse a respeito das características essenciais do *ius puniendi*, dos elementos que o compõe, da estrutura que se manifesta em cada modelo estatal, bem como das limitações dentro de um Estado Social e Democrático de Direito.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A sociedade sempre procurou resolver os seus problemas através de suas convicções, seus dogmas. Para tanto, estruturou-se de forma sistêmica, com o intuito de garantir liberdade à todos e promover o bem comum. Cumpre ressaltar, que o ordenamento jurídico penal surge do anseio da sociedade por justiça, descrevendo normas de condutas e sancionando o seu infrator.

Atualmente, pode-se afirmar que o Estado é a única entidade dotada de poder soberano, e, por isso, detém a capacidade de exercer legitimamente o *ius puniendi*. Esse poder é corolário da própria evolução histórica do Direito Penal, traduzindo-se em um poder genérico e impessoal do ente estatal.

No entanto, nem sempre a repressão de um crime esteve sob a responsabilidade do Estado. Pode-se dizer que a evolução da justiça penal se deu, em grande parte, a partir do momento em que o Estado tomou para si o direito de punir todo aquele que infringir normas legais de conduta. Todavia, não se pode atribuir o desenvolvimento do Direito Penal única e exclusivamente a este acontecimento, pois a própria história demonstra que o processo de evolução é gradativo e lento.

Pertinente salientar, que toda a informação e estudo sobre um determinado tema necessita do conhecimento de dados concretos e de parâmetros históricos pré-delineados, a fim de dar sustentabilidade ao instituto em análise. No Direito isso não é diferente, como bem demonstra Cezar Roberto BITENCOURT:

A importância do conhecimento histórico de qualquer ramo do Direito, facilita inclusive a exegese, que necessita ser contextualizada, uma vez que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos.¹

Vale lembrar que a evolução histórica do poder punitivo do Estado encontra-se intimamente vinculada com a história do Direito Penal, porquanto do exercício do poder de punir vislumbra-se a materialização do direito repressivo. Contudo, sem que haja um ordenamento jurídico central que atribua legitimidade ao Estado, não há

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p. 25

que se falar em poder punitivo estatal. Por esta razão, pode-se afirmar que um é conseqüência do outro.

O *ius puniendi* é, na verdade, “um tema absolutamente polêmico e controvertido, já que em sua base residem os próprios fundamentos do Direito Penal”. Portanto, pode-se dizer que o direito de punir nada mais é do que o direito penal subjetivo.²

Feitas estas ponderações, faz-se mister à análise concreta da evolução histórica do poder punitivo do Estado.

1.1 HUMANIDADE PRIMITIVA

Desde os primórdios da humanidade os selvagens contemporâneos já se utilizavam de meios para reprimir o injusto sofrido, procurando, de forma bastante primitiva, conservar a ordem social, sem, contudo, possuir uma justiça penal desenvolvida. Para tanto, como expressão natural desse instituto, utilizavam seus instintos contra toda ação que ameaçasse ou que colocasse em risco as condições de existência. Consoante ensinamentos de Enrico FERRI:

O homem, como todo ser vivo, tem três instintos fundamentais e imperiosos: a conservação individual, a reprodução da espécie, a defesa-ofensa. Contra qualquer fato que venha agredir e pôr em perigo a conservação do indivíduo e da espécie, surge, inevitavelmente, a reação do instituto da defesa-ofensa.³

Vale ressaltar que, nessas formas primárias de civilização, o crime é repudiado pelo próprio ofendido ou por alguém de sua família ou de seu grupo, não havendo um órgão central que exercesse o poder punitivo sobre a coletividade. O que se tem é uma reação normal e individual do ofendido perante o seu agressor, isto é, uma verdadeira vingança ao mal cometido. Magalhães NORONHA ao tratar do tema descreve que:

A história do Direito Penal é a história da humanidade. Ele surge com o Homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou. Claro é que não nos referimos ao Direito Penal como sistema orgânico de

² GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1. p. 358

³ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Campinas: Russell, 2003. p. 21

princípios, o que é conquista da civilização e data de ontem. A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos institutos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça.⁴

Assim, a pena surge como forma de vingança privada, posto que, o próprio ofendido desencadeava uma reação a um mal sofrido, independentemente de sua proporção. Com efeito, a vingança era vista não só como um direito, mas um dever moral da era primitiva.

Essa vingança privada, também denominada de vingança defensiva, visava além da retribuição do prejuízo causado, a redução da possibilidade de repetição da agressão injusta.

Pertinente salientar que com o aumento da complexidade da sociedade, as pessoas passaram a andar em grupos e a defender o seu semelhante. A vingança que antes era um ato meramente privado, passa a ser exercida pela coletividade, dentro ou fora de seu grupo ou de sua tribo, dirigindo-se àquele que transgredir as normas efetivamente empregadas pela comunidade. Nesse sentido, aponta Enrico FERRI:

Quando, pois, a ação ofensiva ameaça ou põe em perigo diretamente a existência da coletividade (família, clã, tribo), a reação de vingança defensiva é exercida pela coletividade (*vindita pública*) ou por quem a representa e dirige (pai de família, chefe da tribo), especialmente quanto aos atos criminosos ou relativos à guerra, que na humanidade primitiva é tanto freqüente (traição, deserção, destruição e subtração de armas, incêndio etc.) ou relativos à subsistência (armazéns protegidos pelo *tabu*, gados, animais domésticos etc.).⁵

Aqui, a vingança passa a ter uma conotação pública, através dos vários agrupamentos que se utilizam dela para a autodefesa. Todavia, quando a vingança começa a se transferir dos agrupamentos minoritários para a coletividade geral, em função do aumento da solidariedade e integração daqueles grupos nesta comunidade comum, é que se vê mais substancialmente a organização de um órgão central de poder.⁶

Com isso, pode-se afirmar que o direito de punir começa a ganhar contorno, ainda que timidamente, passando a se desenvolver por meio de normas e sanções

⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 28

⁵ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 22

⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 72

apropriadas à época, mas que, no decorrer dos tempos, trouxeram relevante progresso à justiça penal.

1.2 PRIMEIROS PROGRESSOS

Em combate à desproporcionalidade cometida pela vingança em épocas anteriores, bem como em oposição aos excessos por ela praticados, surgem, como meios de inibir o enfraquecimento do grupo social, dois institutos de limitação, o talião e a composição.⁷ No primeiro, “a força da vingança era medida pela intensidade da agressão, segundo a fórmula olho por olho, dente por dente”.⁸ Por ele, “delimita-se o castigo; a vingança não será mais arbitrária e desproporcionada”.⁹ Na humanidade primitiva, o talião foi um grande progresso moral e jurídico, pois impôs limite a reação à ofensa sofrida.¹⁰ Já com relação ao segundo instituto, o ofensor comprava do ofendido ou de sua família — com gados, armas, utensílios ou dinheiro — o direito de represália, assegurando-se assim a impunidade.¹¹ Julio Fabbrini MIRABETE resumiu bem o progresso dessa época, ao dispor:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge o talião (de *talís* = tal), que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente). Adotado no Código de Hamurabi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma), foi ele um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva. Posteriormente surge a *composição*, sistema pelo qual o ofensor se livrava do castigo com a compra de sua liberdade (pagamento em moeda, gado, armas etc). Adotada, também, pelo código de Hamurabi, pelo Pentateuco e pelo Código de Manu (Índia), foi a composição largamente aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das formas modernas de indenização do Direito Civil e da multa do Direito Penal.¹²

Frise-se, no entanto, que aos indivíduos não pertencentes à mesma tribo, nenhum meio de limitação à vingança é aplicado, tendo em vista que, por conveniência, todo excesso de reação violenta contra pessoas de outras tribos é razão para maior consideração pessoal.¹³

⁷ FERRI, Enrico. Op. cit., p.22

⁸ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 72

⁹ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 29

¹⁰ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 22

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 29

¹² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. v.1. p. 17

¹³ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 22

1.3 ANTIGO ORIENTE

No antigo oriente a justiça penal apresentava um caráter eminentemente teocrático (religioso), exibindo um núcleo sagrado em suas manifestações. Na concepção dos povos que ali habitavam, a lei tinha origem na divindade, sendo o crime considerado uma ofensa à Deus, razão pela qual deve ser reprimido severamente através de um castigo. Com ele, buscava-se mitigar a cólera dos Deuses, a fim de reconquistar-lhes a benevolência para com o seu povo.¹⁴

No entanto, afastando-se o suporte religioso da sanção penal, o mais antigo registro de legislação existente foi o Código de Hamurabi, da Babilônia (século XXIII a.C.), que reproduz exatamente os institutos do talião e da composição. Nele se vislumbra a punição como vingança pública. Cumpre frisar, que o talião não apareceu no Código de Manu (século XI a.C.), e nem nos livros persas do Zend-Avesta (século XI a.C.), porém, pode ser visto nas primitivas leis da China (livro das cinco penas do imperador Seinu, Código de Hia, século XXI a.C., Código de Scian, século XVIII a.C., Código do Ceu, século X a.C., entre outros).¹⁵

1.4 GRÉCIA ANTIGA

As mais relevantes notícias sobre o direito punitivo dos gregos vieram de sua literatura; contudo, ainda faltam algumas informações seguras acerca das fontes jurídicas que delineavam a justiça penal nas cidades gregas. A respeito dos costumes primitivos, extrai-se dos relatos de Homero, que os Deuses participavam da vida e das lutas dos homens, submetidos todos não só ao destino, mas às paixões e fraquezas humanas. Portanto, a pena era considerada uma fatalidade decorrente de outra fatalidade, o crime. Isto torna evidente o seu caráter religioso. Nas leis de Platão, abstrai-se a justificação da responsabilidade moral, aplicando a responsabilidade de fato, onde os animais e as coisas também poderiam ser punidos. No entanto, na filosofia de Aristóteles, a exigência da culpabilidade foi introduzida, já que fez penetrar em suas concepções éticas e jurídicas a idéia do

¹⁴ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 74

¹⁵ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 23.

livre arbítrio, que veio exercer considerável influência sobre o Direito Penal do Ocidente.¹⁶ Nas palavras de Magalhães NORONHA:

Na Grécia, a princípio, o crime e a pena inspiravam-se ainda no sentimento religioso. O direito e o poder emanavam de Júpiter, o criador e o protetor do universo. Dele provinha o poder dos reis e em seu nome se procedia ao julgamento do litígio e a imposição do castigo. Todavia, seus filósofos e pensadores haveriam de influir na concepção de crime e da pena. A idéia de culpabilidade, através do livre arbítrio de ARISTÓTELES, deveria apresentar-se no campo jurídico, após firmar-se no terreno filosófico e ético. Já com PLATÃO, nas *Leis*, se antevê a pena como meio de defesa social, pela intimidação — com rigor — aos outros, advertindo-os de não delinqüirem.¹⁷

Após essa fase, a pena atinge o seu fundamento civil, tornando-se pena pública. No Direito Ateniense, existe uma distinção entre as condutas que ofendem um bem do Estado ou da religião, e as ações que ofendem exclusivamente um bem particular, aplicando-se às primeiras uma pena mais severa. Já no Direito Espartano, o totalitarismo e os princípios da lendária legislação de Licurgo dão forma ao Estado, esboçando um poder punitivo pautado em uma organização rigidamente disciplinada. Observa-se, então, que “com o caráter político das leis penais dos últimos tempos nas cidades gregas, forma essa legislação como que um período de passagem entre o Direito punitivo oriental, saturado de sentimento religioso, e aquele que viria até nós partindo do Direito Romano”.¹⁸ Essa passagem é bem relatada por Enrico FERRI, a saber:

No ocidente, as leis penais da Grécia (em Esparta, *Licurgo*, século IX a.C. em Atenas, *Dracon*, século VII a.C. e depois *Solene*, século VI a.C.) e da Grande Grécia (com Locri, Cróton, Sibarus, *Zaleuco*, século VII a.C.), e da Catânia, (*Caronda*, século VII a.C.) reproduziram, do direito primitivo e lendário, os institutos da vindita, a qual se exercia não obstante a idéia de que o crime foi imposto pelo destino (*anankè*) como nos casos de Édipo (parricida) e de Oreste (matricida) entregues à fúria de Erínio. Porém, a isso veio juntar-se a primeira afirmação do poder e dos interesses do Estado, limitando, por um lado, o poder sacerdotal, vindo do Oriente e, por outro, restringindo os excessos das reações individuais, estabelecendo claramente a distinção fundamental entre *crimes públicos* e *crimes privados*, e ainda começando a afirmar (perante a vindita *privada, pública, divina*) o conceito da justiça penal como função soberana do Estado, o que constitui pois uma das bases características do Direito Penal em Roma.¹⁹

¹⁶ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 76/77

¹⁷ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 30

¹⁸ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 77/78

¹⁹ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 24

Cumpra salientar, que foram os filósofos gregos que trouxeram a tona o debate a respeito da razão e do fundamento do direito de punir, já que os povos mais antigos ignoravam esta questão.²⁰

1.5 DIREITO ROMANO

Ao longo de sua história, Roma deixou fartas informações acerca dos documentos jurídicos que a constituíram, desde a Lei das XII Tábuas (século V a.C.) até a decadência do império romano (476 d.C.). Entretanto, esses documentos não conduzem aos primórdios da evolução romana, mas às rígidas noções iniciais que demonstram o caráter religioso do direito punitivo.²¹

Vale lembrar que a Lei das XII Tábuas contém resquícios das normas da vindita, do talião e da composição, pelo que na Grécia como na Roma antiga, pena significava a parte oferecida para a reparação da ofensa (*poena est noxae vindicta*).²² Todavia, “os romanos foram um dos raros povos antigos que cedo libertaram o Direito do domínio religioso, distinguindo nitidamente na doutrina e na prática o jurídico do sacral”.²³

Nesse momento histórico que foi determinada a distinção basilar entre *delicta publica* e *delicta privata*, onde todos os delinqüentes eram perseguidos e punidos, uns no interesse do Estado, por meio de seus representantes, e outros no interesse e por ação dos próprios ofendidos.²⁴ Magalhães NORONHA resume bem o desenvolvimento penal da época:

Roma não fugiu às imposições da vingança, através do talião e da composição, adotadas pela Lei das XII Tábuas. Teve também caráter religioso seu Direito Penal, no início, no período da realeza. Não tardaram muito, entretanto, a se separarem Direito e Religião, surgindo os *crimina publica* (*perduellio*, crime contra a segurança da cidade, e *parricidium*, primitivamente a morte do *civis sui júris*) e os *delicta privata*. A repressão destes era entregue à iniciativa do ofendido, cabendo ao Estado a daqueles.²⁵

²⁰ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 78

²¹ Ibidem, p. 79/80

²² FERRI, Enrico. Op. cit., p. 25

²³ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 80

²⁴ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 25

²⁵ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 30

Após essa fase, no tempo do Império, os romanos criaram os *crimina extraordinaria*,²⁶ categoria que imputava também aos crimes privados penas públicas, afirmando, desta forma, o poder punitivo como função e garantia do Estado, para a tutela e a segurança da disciplina pública.

Apesar dos romanos não terem atingido no Direito Penal, a mesma amplitude que atingiram no Direito Civil, não se pode negar que as suas contribuições foram de fundamental importância para a justiça penal.²⁷

1.6 DIREITO GERMÂNICO

O Direito Penal germânico primitivo não era formado por leis escritas, mas apenas constituído pelos costumes. Nos tempos mais remotos, a pena era vista como uma expiação religiosa e a vingança de sangue (*Blutrache*) como uma reação imposta pelo dever.²⁸

O caráter religioso que predominava no direito primitivo germânico, mais tarde cedeu espaço à proeminência do Estado, tutor da paz, que para os germanos era sinônimo de direito. Contudo, no direito germânico, o princípio da vingança que na Grécia e em Roma se enfraqueceram, torna a ganhar força. O delinqüente que rompia a paz por crime público era declarado fora da lei, e submetido à vingança da comunidade, podendo ser morto impunemente por qualquer pessoa. Já nos casos de rompimento da paz por crime privado, este ficava sujeito à vingança do ofendido e dos seus parentes (*Blutrache*), de que se podia resgatar pela composição (*Wergeld, Busse*).²⁹

Somente mais tarde, no direito germânico, foi aplicada a pena do talião, em razão da forte influência do direito romano e do cristianismo.³⁰

Com a dinastia carolíngia, “surge uma série de leis no campo do direito penal, especialmente as Capitulares de Carlos Magno (768-814), enfraquecendo-se

²⁶ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 81

²⁷ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 30/31.

²⁸ FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 30/31

²⁹ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 26/27

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 18

a concepção privatística do direito de punir, com o fortalecimento do poder público”.³¹

Nesse contexto, pode-se afirmar que a característica mais marcante do Direito Penal germânico foi a progressiva prevalência da autoridade do Estado contra os direitos e os excessos privados da vindita.³²

1.7 DIREITO CANÔNICO

Durante a Idade Média, à proporção que a Igreja se desenvolvia em domínio e poder, a sua disciplina se estendia a fatos considerados crimes, cometidos ou não por eclesiásticos. O arcabouço de normas emanadas do poder pontifício veio a constituir o Direito Penal canônico, que teve forte influência na prática da justiça punitiva. Conforme afirma Heleno Cláudio FRAGOSO:

A influência do Cristianismo na legislação penal foi extensa e importante. Essa influência começou com a proclamação da liberdade de culto, pelo imperador Constantino, em 313 d.C, e, mais propriamente, em 379, quando o Cristianismo foi declarado a única religião do Estado, sob o imperador Teodósio I. O direito canônico tem origem disciplinar, sendo sua fonte mais antiga os *Libri poenitenciales*. Em face da crescente influência da Igreja sobre o governo civil, o direito canônico foi aos poucos estendendo-se a pessoas não sujeitas à disciplina religiosa, desde que se tratasse de fatos de natureza espiritual. Com a conversão de Clodoveu (496 d.C), penetra o Cristianismo na monarquia franca, aí surgindo então a repressão penal de vários crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica. Desde o século IX inicia-se a luta metódica e triunfadora do papado para obter o predomínio sobre o poder temporal, pretendendo impor leis ao Estado, como representante de Deus (*Mezger*). Assim, o poder punitivo da Igreja protege os interesses religiosos de dominação. Surge daí o *Corpus Juris Cononici*, que se compõe do *Decretum Gratiani* (1140); das *Decretais de Gregório IX* (1234); do *Líber Sextus*, de Bonifácio VIII (1298) e as chamadas *Clementinas*, Constituições do Papa Clemente V (1313). As disposições legislativas estabelecidas pelos papas são *Decretais*; as que se originam dos Concílios, chamam-se *Canons*. É dessa última expressão que deriva *direito canônico*.³³

Esse direito possuía caráter sacral, de base retribucionista; porém, dirigia-se também à correção do criminoso. Muito embora incipiente a crueldade que assolava a perseguição dos hereges, a Igreja contribuiu para a disciplina da repressão anticriminal e o fortalecimento da autoridade pública. Desta forma, o direito canônico reagiu contra o individualismo do direito germânico, estimulando o progresso do poder punitivo, onde a pena pública passa a ser a única sanção justa e regular.

³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 32

³² FERRI, Enrico. Op. Cit., p. 27

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 32

Ademais, atribuiu forte consideração acerca do elemento subjetivo do crime, em resistência ao objetivismo dos germanos, apesar de sempre exigir a realização objetiva para a incriminação.³⁴

Por intermédio do direito canônico, “promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou paradoxalmente, aos excessos da Inquisição”.³⁵

Ressalte-se que sob a influência do Direito da Igreja, três foram as construções jurídicas que se constituíram, o Direito romano, o germânico e o canônico, apesar de representarem graus diversos de evolução e diferentes princípios, concorram para a formação do que se chamou de Direito Penal comum, que regeu durante séculos (na Idade Média e épocas posteriores) a prática do poder punitivo em diversos países da Europa.³⁶

1.8 DIREITO COMUM

Dentro dessa combinação de normas que resultava o direito comum, prevalecia o romano, como fonte a ser consultada em casos omissos.³⁷ Quem imprimiu-lhe esta predominância foi a escola dos glosadores no século XII, ao utilizar-se do comentário e da interpretação dos velhos textos. Dessa escola derivou outra construção jurídica que seria a quarta força na concepção desse Direito Penal comum, a escola dos denominados práticos, os pós-glosadores e comentaristas. Essa doutrina, apesar de fundamentar-se no direito romano (*Corpus Juris*), deixava-se influenciar pelo direito germânico, eclesiástico e pelos costumes vigentes na prática judiciária.³⁸

No tocante à legislação penal da Idade Média, apesar dos direitos romano, canônico e germânico permanecerem como fonte comum, surgem os estatutos das

³⁴ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 86

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 19

³⁶ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 87

³⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 34

³⁸ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 87

comunas, principados e monarquias. Esse direito estatutário tem o poder de derrogar aquelas fontes comuns, em tudo o que a ela se opõe.³⁹

Todavia, com a constituição das grandes monarquias, o poder do Estado ganha força perante os feudatários, a Igreja, as comunas e todos os cidadãos, levando às primeiras formas de codificação do direito penal.⁴⁰ Sob esse regime, o absolutismo do poder público engrandece, sendo exercido em defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se coincidem. O caráter do poder punitivo torna-se exclusivo do Estado, quedando-se abolido o sistema da composição. O arbítrio judiciário passa a ser freqüente e sem limites, não apenas na determinação da pena, mas também na definição dos crimes, criando em volta da justiça penal um ambiente de incerteza, insegurança e justificado terror.⁴¹ As penas eram desiguais, dependendo da condição de cada réu. A pena de morte era aplicada largamente, por meio das mais variadas formas de execução. Não havia respeito a personalidade humana e as penas corporais eram amplamente utilizadas. Eram comuns os confiscos. O processo era inquisitório e secreto; havendo o emprego de tortura e a total ausência de defesa. Foi, em meio a esse cenário que, à época do Iluminismo, surgiu um vigoroso movimento de reforma da justiça penal.⁴²

1.9 PERÍODO HUMANITÁRIO E AS ESCOLAS PENAIS

No fim do século XVIII surge o chamado movimento humanitário, que foi influenciado pelo pensamento iluminista, pregando a reforma das leis e da administração da justiça penal. Nesse momento o homem moderno se conscientiza que o problema penal é um problema filosófico e jurídico. “Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas”.⁴³ De acordo com Roberto Lyra:

A multiplicidade das jurisdições, a lentidão e os abusos do processo secreto, complicado, arbitrário, os constrangimentos sem regra à liberdade individual, os privilégios na execução

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 36

⁴⁰ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 30

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 19

⁴² FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 38

⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 19

da pena, a atrocidade dos suplícios — eis a realidade que inspirou a instauração de um ciclo novo: o período humanitário.⁴⁴

Em 1764, Cesare Bonesana, também chamado de Marquês de Beccaria, lança a obra *Dei Delitti e Delle Pene*, um livreto que se transformou no símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente.⁴⁵ De acordo com Eduardo CORREIA:

Foi na Itália que, pela mão de BECCARIA, se veio a escrever um célebre livro — *Dei delitti e delle pene* (1764) — que, integrando-se no pensamento do iluminismo francês, constitui a mais severa crítica ao Direito Penal tradicional e o mais completo repositório das idéias que deveriam presidir à reforma total do Direito Penal.⁴⁶

Cumprе salientar, que a sua obra embasava-se nos princípios traçados por Rousseau e Montesquieu, tendo grande mérito ao estabelecer as bases do direito penal moderno. Nela, Beccaria se contrapõe aos horrores das leis penais, defendendo a separação entre a justiça divina e a justiça dos homens. Afirmava que a pena tem por finalidade evitar que o criminoso cometa novos crimes e que as demais pessoas se intimidem, sendo tirânica toda punição que não se funde na absoluta necessidade. Sustentava a conveniência de leis límpidas e objetivas, não permitindo sequer ao magistrado o poder de interpretá-las, opondo-se, deste modo, ao arbítrio que predominava na esfera da justiça penal. Lutou contra a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório. Defendeu a aplicação das penas moderadas e proporcionais ao dano causado à sociedade. Opôs-se à justiça medieval e ao direito comum (romano-canônico) que ainda vigorava em seu tempo.⁴⁷ Diante de tudo isso, chegou a seguinte conclusão:

De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas pouco conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações: É que, para não ser ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.⁴⁸

⁴⁴ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v.2. p. 20

⁴⁵ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. Bauru: Edipro, 2001. p. 32

⁴⁶ CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996. v.1 p. 99

⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 40

⁴⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956. p. 203

O período humanitário espalha a idéia do respeito à dignidade humana e se apóia em sentimentos de piedade e compaixão pela sorte das pessoas submetidas ao terrível processo penal e ao regime carcerário deficitário.⁴⁹

Diante desse quadro, surgiram várias correntes em matéria penal, chamadas escolas penais, que se formaram e se distinguiram uma das outras, em relação aos problemas fenomenológicos do crime e a respeito dos fundamentos e objetivos do sistema penal. Dentre elas, duas se destacaram por apresentarem posições lógicas e filosoficamente bem definidas, a uma distinta concepção do mundo. São elas, a Escola Clássica e a Escola Positiva.⁵⁰

1.9.1 Escola Clássica

Em se tratando do direito de punir e dos problemas fundamentais apresentados pelo crime e pela sanção penal, há que se dizer que não houve uma Escola Clássica propriamente dita, sob um corpo de doutrina comum. Fica praticamente impossível reunir os inúmeros os juristas que representaram essa corrente ao longo dos anos, a fim de formar um conjunto homogêneo. No entanto, pode-se afirmar que a denominação Escola Clássica foi atribuída pelos positivistas, com conotação pejorativa. Os postulados consagrados pelo iluminismo serviram de alicerce para a nova doutrina que representou a humanização das ciências penais.⁵¹

Em função da ausência de homogeneidade nos pensamentos da época, a Escola Clássica se dividiu em dois grandes períodos: o teórico-filosófico e o ético-jurídico. Cezar Roberto BITENCOURT discorre sobre o assunto:

Enfim, a Escola Clássica, tal como se desenvolveu na Itália, distinguiu-se em dois grandes períodos: a) teórico-filosófico – sob a influência do Iluminismo, de cunho nitidamente utilitarista, pretendeu adotar um Direito Penal fundamentado na necessidade social. Este período, que iniciou com Beccaria, foi representado por Filangieri, Romagnosi e Carmignani; b) ético-jurídico – numa segunda fase, período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência ética de retribuição, representada pela sanção penal. Foram os principais expoentes desta fase Pelegrino Rossi, Francesco Carrara e Pessina. No entanto, indiscutivelmente, os dois maiores expoentes desta escola foram Beccaria e Carrara: se o primeiro foi o precursor do Direito Penal liberal, o segundo foi criador da dogmática penal.⁵²

⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 41

⁵⁰ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 91

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 52

⁵² Ibidem, p. 54/55

Apesar desta distinção, pode-se afirmar que os postulados da Escola Clássica são os seguintes: a) o crime é um ente jurídico, ou seja, é violação do direito, como exigência racional (e não como norma jurídica do direito positivo); b) responsabilidade penal fundada no livre arbítrio, sendo a liberdade de querer um axioma fundamental para todo o sistema do direito punitivo; c) a pena é retribuição jurídica e restabelecimento da ordem externa violada pelo direito (expição da culpabilidade contida no fato punível); d) método dedutivo ou lógico-abstrato no estudo do direito penal.⁵³

Em contraposição ao direito medieval, a Escola Clássica veio desempenhar um papel decisivo na manifestação da justiça, restaurando a dignidade humana frente à tirania do poder político.⁵⁴ Consoante Magalhães NORONHA:

Negar o extraordinário valor da Escola Clássica seria vã arremetida de sectarismo cego. Enorme foi sua influência na elaboração do Direito Penal, dando-lhe dignidade científica. Por outro lado, menor não foi sua ascendência sobre as legislações, já que a quase-totalidade dos Códigos e das leis penais, elaborados no século passado, inspiram-se totalmente em suas diretrizes, a que também permanecem fiéis Códigos de recente promulgação. Registre-se que ela foi a intrépida defensora do indivíduo contra o arbítrio e a prepotência daqueles tempos.⁵⁵

Destarte, verifica-se a contribuição da referida escola na formatação do direito penal moderno, atribuindo valores humanitários às sanções penais e renegando o poder punitivo arbitrário do ente estatal.

1.9.2 Escola Positiva

No final do século XIX surge a Escola Positiva, que se desenvolve numa época de predomínio do pensamento positivista no campo da filosofia, coincidindo com estudos na área da biologia e da sociologia. Para Cezar Roberto BITENCOURT, os principais fatores que explicam o surgimento da Escola Positiva são os seguintes:

⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 43/44

⁵⁴ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 105

⁵⁵ NORONHA, Magalhães. Op. cit., p. 42

a) a ineficácia das concepções clássicas relativamente à diminuição da criminalidade; b) o descrédito das doutrinas espiritualistas e metafísicas e a difusão da filosofia positivista; c) a aplicação dos métodos de observação ao estudo do homem, especialmente em relação ao aspecto psíquico; d) os novos estudos estatísticos realizados pelas ciências sociais (Quetelet e Guerri) permitiram a comprovação de certa regularidade e uniformidade nos fenômenos sociais, incluída a criminalidade; e) as novas ideologias políticas que pretendiam que o Estado assumisse uma função positiva na realização dos fins sociais, mas, ao mesmo tempo, entendiam que o Estado tinha ido longe demais na proteção dos direitos individuais, sacrificando os direitos coletivos.⁵⁶

Vale lembrar que a Escola Positiva tinha por finalidade a defesa social, contrapondo-se à Escola Clássica. Nesse sentido assevera Magalhães NORONHA:

A Nova Escola proclamava outra concepção do Direito. Enquanto para a Clássica ele preexistia ao homem (era transcendental, visto que lhe fora dado pelo Criador, para poder cumprir seus destinos), para os Positivistas, ele é resultante da vida em sociedade e sujeito a variações no tempo e no espaço, consoante a lei da evolução.⁵⁷

Destarte, pode-se dizer que após o período humanitário sucedeu-se o período criminológico, que traçava novos rumos para a justiça penal, se ocupando com o estudo do delinqüente e da explicação causal do delito.⁵⁸

Essa idéia de defesa social como finalidade do direito punitivo somente veio auferir a base científica necessária para a sua formação quando encontrou esteio na Escola Positiva. Isto porque, para que haja defesa social, faz-se mister que o Estado se arme das medidas penais adequadas, agindo sobre o próprio criminoso na esperança de que este não volte a delinqüir. Assim, a sanção penal afrouxa a sua relação com o crime, para aderir ao homem criminoso; isto é, a pena deixa de ser uma medida retributiva (mal pelo mal), para se tornar uma medida recuperadora.⁵⁹

Nessa época, verifica-se que o fundamento do direito de punir assume uma posição secundária e o problema da imputabilidade perde a importância, sendo indiferente a liberdade de ação e decisão no cometimento do fato punível. Desse modo, o crime passa a ser objeto de investigação científica, naturalista e sociológica, e a pena deixa de ter caráter vindicativo-retributivo, restringindo-se apenas a um provimento utilitarista.⁶⁰

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 59

⁵⁷ NORONHA, Magalhães. Op. cit., p. 43/44

⁵⁸ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Op. cit., p. 33

⁵⁹ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 120/121

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 58

Importante salientar que esta “corrente tem mérito notável de dar início aos estudos antropológicos e criminológicos, considerando o crime e o criminoso como realidade social e biológica”.⁶¹

Ressalte-se que com o desenvolver da ciência moderna, a Escola Positiva passa a apresentar três fases distintas, predominando em cada uma delas um determinado aspecto, tendo também um expoente máximo, a saber: a) fase antropológica: Cesare Lombroso (*L’Uomo Delinquente*); b) fase sociológica: Enrico Ferri (*Sociologia Criminale*); c) fase jurídica: Rafael Garofalo (*Criminologia*).⁶²

A primeira fase da Escola Positiva iniciou-se com os estudos de um médico italiano chamado Cesare Lombroso, com a publicação de seus trabalhos em 1874 e da sua obra *L’uomo delinquente* em 1876. Lombroso fundou a Escola Positivista Biológica, que tinha por fundamento a antropologia e a psicologia criminal. Ficou conhecido ao desenvolver a tese do “criminoso nato”, acentuando as anomalias que o delinquente apresentava. Para ele, “o delinquente seria um tipo antropológico específico, uma *species generi humani*”.⁶³ Segundo Cezar Roberto BITENCOURT:

Em seus últimos estudos, Lombroso reconhecia que o crime pode ser conseqüência de múltiplas causas, que podem ser convergentes ou independentes. Todas essas causas, como ocorre com qualquer fenômeno humano, devem ser consideradas, e não se atribuir causa única. Essa evolução no seu pensamento permitiu-lhe ampliar sua tipologia de delinquentes: a) nato; b) por paixão; c) louco; d) de ocasião; e epilético. Mas apesar do fracasso de sua teoria, Cesare Lombroso teve mérito de fundar a Antropologia criminal, com estudo antropológico do criminoso, na tentativa de encontrar uma explicação causal do comportamento anti-social.⁶⁴

Com isso, afirma-se que uma de suas contribuições mais significativas foi a observação do delinquente através de um estudo indutivo-experimental.

A segunda fase da Escola Positiva se deu com Enrico Ferri, através de sua tese *La negazione del libero abítrio e la teoria della imputabilità*, publicada em 1878. Nela, Ferri nega o livre-arbítrio defendendo a impossibilidade de fundar-se no mesmo o magistério punitivo, no qual se implica o princípio da retribuição.⁶⁵ De acordo com Magalhães NORONHA:

⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 47

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 60

⁶³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 45/46

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 60

⁶⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 46

Incontestavelmente, é, Ferri o maior vulto da Escola Positiva. Mais do que qualquer outro, deu expansão ao trinômio causal do delito — fatores antropológicos, sociais e físicos. Pregou a responsabilidade social em substituição à moral: o homem só é responsável porque vive em sociedade; isolado em uma ilha, não tem qualquer responsabilidade. Respondia assim à objeção dos Clássicos, de que, negado o livre arbítrio, o determinismo levava à impunidade, pois iníquo seria punir quem fatalmente praticaria crimes. Acrescentava Ferri que, assim como o homem não é livre, também não o é o Estado, na sua necessidade de reprimir o crime, para defesa do direito e da sociedade.⁶⁶

A terceira fase da Escola Positiva nasce a partir das idéias de Raffaele Garofalo. Em 1877, publica um estudo acerca da mitigação das penas nos crimes de sangue no qual já mantinha em seu núcleo fundamental o pensamento positivista. Porém, foi em 1885, por meio de sua obra “Criminologia”, que Garofalo ganhou reconhecimento “ao estabelecer um conceito “naturalístico” de crime, identificando-o na violação daquela parte do senso moral que consiste nos sentimentos altruístas de piedade e probidade, na medida média em que existem na comunidade”.⁶⁷ Tratando de Garofalo, Cezar Roberto BITENCOURT descreve:

Conseguiu, na verdade, dar uma sistematização jurídica à Escola Positiva, estabelecendo basicamente, os seguintes princípios: a) periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinqüente; b) a prevenção especial como fim da pena, que, aliás, é uma característica comum da corrente positivista; c) fundamentou o direito de punir sobre a teoria da Defesa Social, deixando, por isso, em segundo plano os objetivos reabilitadores; d) formulou uma definição sociológica do crime natural, uma vez que pretendia superar a noção jurídica. A importância do conceito natural de delito residia em permitir ao cientista criminólogo a possibilidade de identificar a conduta que lhe interessasse mais.⁶⁸

Diante do exposto, verifica-se que cada uma das fases da Escola Positiva contribuiu significativamente para o desenvolvimento do Direito Penal, em suas varias facetas. Por isso, cumpre salientar, que os princípios básicos da Escola Positiva, segundo Heleno Cláudio FRAGOSO, são os seguintes:

(a) – o crime é fenômeno natural e social, estando sujeito às influências do meio e aos múltiplos fatores que atuam sobre o comportamento. Exige, portanto, o método experimental ou o método positivo para explicação de suas causas; (b) – a responsabilidade penal é responsabilidade social (resultado do simples fato de viver o homem em sociedade), tendo por base a periculosidade do agente; (c) – a pena é exclusivamente medida de defesa social, visando a recuperação do criminoso ou à sua neutralização, nos casos irrecuperáveis; (d) – o criminoso é sempre psicologicamente um anormal, de forma temporária ou permanente, apresentando também muitas vezes defeitos físicos; (e) – os

⁶⁶ NORONHA, E. Magalhães. Op. cit., p. 45

⁶⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 46

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 60

criminosos podem ser classificados em tipos (ocasionais, habituais, natos, passionais e enfermos da mente).⁶⁹

Assim, observa-se que a referida escola renovou o núcleo dos estudos penais, fazendo uma análise rigorosa do delinqüente e da causalidade do crime. Com isso, o Estado ganha mobilidade na pretensão punitiva, porém, contudo, acaba reduzindo o seu campo de atuação.

⁶⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 47

2 PODER PUNITIVO DO ESTADO

Conforme se denota da evolução histórica do poder punitivo, desde o surgimento do Estado, o monopólio da violência é de titularidade exclusiva deste, na medida em que é o único a julgar todos aqueles que violem o ordenamento jurídico estatal, impondo-lhes as respectivas sanções que lhes são cominadas.

Outrossim, como será visto no presente capítulo, o Estado também detém legitimidade para atuar no exercício do poder de punir, vez que os particulares acabaram abrindo mão de suas liberdades em prol da coletividade, através do chamado “contrato social”.

Ainda, no decorrer deste tópico, será realizada uma análise minuciosa a respeito da natureza jurídica do *ius puniendi*.

2.1 O PODER PUNITIVO EM FACE DO DIREITO PENAL

O ordenamento jurídico-positivo pode ser interpretado como sendo um “conjunto de normas criadas ou reconhecidas por uma comunidade politicamente organizada que garanta sua efetividade mediante a força pública”.⁷⁰ Esta força pública é entendida como o poder soberano que o Estado possui em face do particular. Isto se torna mais nítido quando analisamos a definição de Direito Penal de José Frederico MARQUES:

Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplina também, outras relações daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.⁷¹

Destarte, deve-se reconhecer o Direito Penal como Direito Positivo, eis que a sua imperatividade legal independe da anuência de seus destinatários, mas da soberania estatal que a estabelece, sendo que o seu cumprimento está assegurado

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. p. 6; *apud*, ROSAL, M. Cobo del e ANTON R. S. Vives. **Derecho Penal**: parte geeral. 3ª Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1991, p. 33

⁷¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.1. p. 27

pela coercibilidade da norma cogente.⁷² Diante disso, assevera Miguel REALE JUNIOR:

O Estado soberano caracteriza-se pela imposição de suas decisões em prol do interesse geral, e esse poder de decidir afirma-se e consolida-se no dizer e aplicar o direito, mesmo porque o Estado (moderno) existe na medida em que dita o Direito e se põe como pessoa jurídica. O Estado, de conseguinte, assegura a positividade do seu Direito e dá validade aos ordenamentos internos, decidindo soberanamente sobre a ordem jurídica vigente.⁷³

Quando o Estado vincula seu ordenamento jurídico ao poder a ele inerente, nasce o que se chama de poder institucionalizado; ou seja, é um Estado que se manifesta através da legalidade. Seu fundamento passou a existir com o aparecimento do Estado constitucional, sendo possível discutir a autenticidade do princípio da legalidade. Com isso, vale lembrar que nos Estados em que vige o princípio da legalidade como fonte basilar do direito, todos os atos emanados do Estado deverão estar em conformidade com a lei. Justamente neste contexto Cezar Roberto BITENCOURT afirma que:

O poder de criar ou de reconhecer eficácia a tais normas é um atributo da soberania, e sua *positividade* depende de um *ato valorativo da vontade soberana*, que garanta seu cumprimento coercitivamente. O *Direito Positivo* recebe esse nome exatamente pelo fato de que é “posto” pelo poder político.⁷⁴

Esta imperatividade advém da necessidade que toda sociedade possui de regular normas de convívio social. Ao apresentar um ordenamento jurídico, o Estado adquire maior estabilidade, e passa a dispor de um sistema normativo que contempla modelos de conduta, castigando fatos que, de modo intolerável, coloquem em perigo a coletividade.⁷⁵

Esse sistema normativo leva o nome de Direito Penal objetivo, que se organiza por meio de um conjunto de preceitos legais que regulam o exercício da soberania estatal, estabelecendo tipos penais e cominando as suas respectivas sanções.⁷⁶ De acordo com LISZT, “derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena,

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 6

⁷³ REALE JUNIOR, Miguel. Op. cit., p. 14

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 6

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 25

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 6

como legítima consequência”.⁷⁷ Todavia, o Direito Penal objetivo não pode ser visto como única fonte da justiça penal, pois depende também do poder fático decorrente da soberania estatal, característica marcante do Direito Penal subjetivo. Sendo assim, é válido dizer que a manifestação do exercício da justiça penal deriva substancialmente do poder soberano que detém o Estado. Nesse sentido, aponta Aníbal BRUNO:

O que se manifesta no exercício da Justiça penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social.⁷⁸

Portanto, é possível afirmar, que ao lado do Direito Penal objetivo, chamado de *ius penale*, existe um Direito Penal subjetivo, denominado de *ius puniendi*, que seria essa força que o Estado tem para atuar sobre os criminosos em face da paz e do interesse social.⁷⁹ Para BITENCOURT:

O *Direito Penal subjetivo* emerge do bojo do próprio Direito Penal objetivo, constituindo-se no *ius puniendi*, cuja titularidade exclusiva pertence ao Estado, soberanamente, como manifestação do seu *poder de império*. O Direito Penal subjetivo, isto é, o direito de punir, é limitado pelo próprio *Direito Penal objetivo*, que estabelece os seus limites, e pelo direito de liberdade assegurado constitucionalmente a todos os indivíduos.⁸⁰

Ante ao exposto, verifica-se a necessidade de explorar mais detalhadamente esse poder de império, capaz de estabelecer modelos de conduta e aplicar sanções a todos aqueles que desrespeitarem suas normas.

2.2 DEFINIÇÃO DO *IUS PUNIENDI*

O *ius puniendi* é um tema absolutamente polêmico e muito controvertido, eis que em sua base residem os próprios fundamentos do Direito Penal. Tenta-se descrever o poder estatal de diversas formas (“Direito Penal subjetivo”, “relação

⁷⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. 4. ed. Madri: Reus, 1999. v.1. p. 5

⁷⁸ BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 34

⁷⁹ Ibidem, p. 33

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op cit., p. 7

punitiva”, “subjetivização da norma penal”, entre outros), relacionando-o sempre com o delito ou o respectivo castigo.⁸¹

Ao tratar do assunto, Cesare BECCARIA cuidou de moldar o instituto, demonstrando a origem das penas e delineando a idéia do direito de punir, como se pode observar na passagem a seguir:

Nota-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação só pode ser obstada nos seus efeitos sobre a sociedade por meios que impressionam imediatamente os sentidos e que se fixam nos espíritos, para contrabalançar por impressões vivas a força das paixões particulares, quase sempre opostas ao bem geral. Qualquer outro meio seria insuficiente. Quando as paixões são vivamente abaladas pelos objetos presentes, os mais sábios discursos, a eloquência mais arrebatadora, as verdades mais sublimes, não passam, para elas, de um freio importante que logo despedaçam. Por conseguinte, só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.⁸²

Segundo ele, o direito de punir se fundamenta na necessidade humana de cada um ceder parte de sua liberdade em detrimento do bem comum. Todavia, não deve haver abuso no exercício desse direito, sob pena de figurar como poder ilegítimo. Posto isso, há a necessidade de contextualizar a matéria e conceituar o significado da expressão.

Com efeito, a definição de *ius puniendi* é algo muito delicado e difícil de se determinar, pois, dependendo da abordagem que se adota, poderá haver um aumento ou uma diminuição significativa de seu campo de atuação, acarretando prejuízos à sociedade. Para se chegar a um conceito justo e objetivo, antes de mais nada, procura-se analisar as razões e os fundamentos que o originaram, bem como as características e elementos que dele fazem parte. E, é deste modo que procede Giulio BATTAGLINI, quando estabelece que:

O direito de punir é manifestação do poder de império que cabe ao Estado; insere-se na categoria dos direitos de supremacia, que se fundam no *status subjectionis*, ou seja, naquela condição jurídica em razão da qual o indivíduo deve obediência exclusivamente à

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 358

⁸² BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 33

vontade do Estado. O direito de punir não é único e constante na sua qualidade: há tantos direitos de punir, quantos são os delitos.⁸³

Dessa forma, assevera-se que o *ius puniendi* é expressão concreta do poder de império proveniente da supremacia do Estado. Em face disso, pode-se afirmar que o direito de punir “é o direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coativa conservação do Direito”.⁸⁴

Ressalte-se que existem discrepâncias metodológicas relativas à correta topografia do problema: existe corrente doutrinária que entende que a introdução do Direito Penal ou as Escolas Penais constituiriam a sua sede natural; para outra, seria mais apropriado fazê-lo na teoria da pena; enquanto outros lhe privam de autonomia, limitando-se a constatar que o *ius puniendi* é mero reflexo do Direito objetivo, derivando da sua infração.⁸⁵ Não obstante, é certo dizer que o direito de punir se apresenta como verdadeira manifestação de poder do Estado, conforme se depreende da definição de Fernando da Costa TOURINHO FILHO logo abaixo:

O *ius puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania. Observe-se, contudo, que o *ius puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito, 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 *ius 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 *ius puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de inflingir 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 *ius libertatis* com a inflicção da pena.⁸⁶

Destarte, verifica-se que o poder punitivo do Estado funda-se na ordem jurídica objetiva, delineada pelo próprio ente estatal. Pode-se dizer que ela preexiste ao Estado e ao direito positivo; isto é, encontra-se cronologicamente em um patamar anterior a criação do Estado.⁸⁷

⁸³ BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1973. v.2. p. 623

⁸⁴ LYRA, Roberto. Op. cit., p. 29

⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 359

⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 10

⁸⁷ BATTAGLINI, Giulio. Op. cit., p. 621

2.3 TITULARIDADE

No tempo da denominada “fase privada” do Direito Penal, diversas foram as instituições titulares do poder de punir, ou que, de certa forma, compartilharam esse poder, como por exemplo, senhores feudais, a Igreja, entre outros. Atualmente, com a evolução dos tempos, dificilmente seria possível demonstrar outro titular que não fosse o Estado, que de outra forma não divide esse poder com qualquer outra instituição.⁸⁸ Nesse sentido, descreve Antonio García-Pablos de MOLINA:

Em tiempos ya superados, en la <<fase privatística>>, una serie de instituciones fueron titulares del mismo, o lo compartieron. Pero em nuestros días, difícilmente puede demostrarse que el *ius puniendi* tenga um titular distinto del Estado, o, incluso, que éste lo comparta com otros poderes o instituciones.⁸⁹

Insta salientar, que a passagem do Direito Penal da fase privada para a fase pública foi o ponto determinante para o estabelecimento lógico-jurídico do Estado como titular do poder punitivo. Isso se torna mais evidente, ao analisar a lição de Giulio BATTAGLINI sobre o tema:

Quanto ao titular do direito de punir, fala-se de Estado-Administração. É preciso porém esclarecer o que se quer dizer com essa expressão. Aqui por Estado-Administração não se deve entender o sujeito da atividade administrativa, conforme a significação mais restrita e própria da expressão. O Direito Penal, como direito público, tem origem, historicamente, no fato de um interesse da sociedade toda substituir os interesses particulares. Ora, Estado-Administração, como titular do *jus puniendi*, quer significar “a personificação de todos os consórcios, de vez que portadores de interesses comuns”.⁹⁰

Desse modo, verifica-se que a titularidade estatal do direito de punir é atestada de maneira objetiva mediante a análise da evolução histórica do Direito Penal, visto com maior propriedade no item 1 deste trabalho.

Todavia, atualmente a justiça penal tem experimentado um processo de “privatização” de parcelas do sistema penal, muito embora o monopólio da violência continue residindo nas mãos do Estado. Esta tendência adota mecanismos subtraídos da ingerência privada, como por exemplo, a arbitragem e a mediação; a intervenção da iniciativa privada em setores tradicionalmente mal dotados pelos

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 366

⁸⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Espanha: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 314/315

⁹⁰ BATTAGLINI, Giulio. Op. cit. p. 624

poderes públicos; a participação de entidades privadas na organização da execução de sanções penais alternativas à privação de liberdade; participação de comunidades de bairros em programas de prevenção do delito; estabelecimentos carcerários privados, entre outros. Porém, os pressupostos legalmente determinados à associação privada e à participação comunitária, não implicam diretamente no exercício do *ius puniendi*. A titularidade desse poder continua pertencendo ao Estado, em regime de estrito monopólio, como expressão de sua soberania.⁹¹

Assim, uma vez verificada a inequívoca titularidade do Estado no exercício do poder punitivo, passa-se a análise de sua legitimidade.

Em princípio, faz-se mister a análise do estudo realizado por Miguel REALE JÚNIOR sobre o assunto proposto:

LOCKE tentou explicar que o Estado estaria justificado a punir, pois o homem, no estado de natureza, tem o poder de castigar, mas dele abre mão ao entrar em sociedade (*pactum subjectiones*) depositando-o junto ao Poder Legislativo conforme o exigir o bem da sociedade e “apenas com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade”, poder Legislativo a ser imposto por meio de Leis conhecidas e exercido por juízes corretos. Segundo o contratualismo de ROUSSEAU, os homens saem do seu “estado de natureza” e por um pacto constituem a sociedade, passando a viver em “estado de sociedade”, de tal forma que a liberdade própria do “estado de natureza” seja preservada em uma associação na qual “cada um unindo-se a todos não obedeça todavia senão a si próprio, e permaneça livre como antes”. Assim, perde-se a liberdade natural, ganha-se a liberdade civil. A liberdade civil é limitada pela “vontade geral” formada pelo encontro das vontades particulares, “a vontade de cada um coincidindo com a vontade dos outros enquanto membros da sociedade.” Os homens, dessa forma, abriam mão de parcela de sua liberdade visando a que o Estado garanta a paz e a segurança, e submete-se à lei como expressão da “vontade geral” (*pactum societatis*), sendo por isso justa e essencial à garantia da liberdade. Sob a influência de ROUSSEAU, BECCARIA indica que só a necessidade leva os homens — pois graciosamente não o fariam — a ceder parcela de sua liberdade, e tão só na medida do imprescindível, visando a garantir a posse dos demais bens. “A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir”, sendo injustas as pequenas que vão além da necessidade de manter “o depósito de salvação pública”. E só o legislador pode, por representar a sociedade ligada por um contrato social, estabelecer as leis penais.⁹²

Daí depreende-se que, a legitimidade estatal surge a partir de um pacto social onde há a transferência do poder privado ao Estado, passando ele a controlar diretamente o *ius puniendi*. Em função disso, pode-se afirmar que o monopólio estatal da violência abre-se em uma gama enorme de possibilidades, no sentido de

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 367

⁹² REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1. p. 17/18

organizar o ordenamento jurídico coercitivo e materializar o poder punitivo do Estado.

Deste modo, o ente estatal ganha força e automaticamente estabelece a sua legitimidade. Entretanto, assim como auferir direitos, também percebe deveres, tornando-se responsável pela segurança de todos àqueles que se submetem à sua jurisdição. Para Heleno Cláudio FRAGOSO é exatamente isso que determina a legitimidade de um Estado, como se pode observar:

O que legitima o poder punitivo do Estado é o seu dever de garantir a segurança pública e privada. Isso se faz através da proteção de certos estados valiosos, que são os bens jurídicos, que o Estado busca preservar através da ameaça penal. Convém, no entanto, ter presente, que o Direito Penal tem papel limitado na prevenção do crime (não estando demonstrado o efeito intimidativo da pena). Nessa perspectiva, o que justifica a imposição de pena é a defesa da ordem jurídica na consciência da coletividade. Na execução da pena, a ressocialização do criminoso.⁹³

Com efeito, indiferentemente da posição que se adote, o Estado continuará sendo o único titular legitimado a exercer o poder punitivo, cabendo, somente a ele, assegurar a paz e a segurança social, sem esquecer de proteger a liberdade individual de cada um de seus cidadãos.⁹⁴

2.4 NATUREZA JURÍDICA

A natureza do *ius puniendi* é a matéria mais polêmica e controvertida deste trabalho, pois compreende a análise lógica da caracterização desse direito frente à transformação da tratativa penal. Outrossim, estabelece três momentos relativos à norma, ponderando acerca da autenticidade do “direito subjetivo” estatal.

Pertinente salientar, que “BINDING chamou a atenção sobre o endêmico esquecimento (pela ciência penal do seu tempo) do Direito Penal “subjetivo”, que mereceu dele singular relevância na obra “teoria das normas”. Quando a doutrina contemporânea aborda o tema, na realidade ela pretende buscar uma fundamentação convincente para os seus limites, reduzindo a intervenção estatal a um marco adaptado à sensibilidade atual e à experiência histórica.⁹⁵

⁹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 54

⁹⁴ LIMA, Marcellus Polastrí. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. v.1. p. 79

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 361

2.4.1 O *Ius Puniendi* como “Direito Penal Subjetivo” na Tese de Binding

Karl Binding inicia sua tese fazendo a distinção de entre “norma” e “lei”. Toda norma tem a missão de estabelecer “deveres altamente pessoais” que fundamentam o fazer e o omitir, isto é, deveres de obediência. Concomitantemente ao dever de obediência, há um direito que exige a sua execução, que é um direito subjetivo à obediência. Para ele, a norma detém autonomia (e antecedência lógica) frente à lei (penal). A conduta contrária à “norma” (de obediência) é considerada um *Delikt*; já àquela conduta que contraria à “lei” é um *Verbrechen* (ilícito penal). Portanto, pode-se afirmar que todo *Verbrechen* é um *Delikt*, mas nem todo *Delikt* é um *Verbrechen*, porquanto a “lei” seleciona as infrações da norma que merecem castigo. Com a lei penal nasce um novo direito subjetivo, que é o direito subjetivo à “pena”. Isso significa dizer que a “lei” penal cria o direito subjetivo à “pena”, tal como a “norma” revela o direito subjetivo à “obediência”. Por isso, a lesão ou violação ao direito à obediência é fonte do Direito Penal subjetivo.⁹⁶ De acordo com Antônio García-Pablos de MOLINA:

El derecho subjetivo de castigar, por tanto, se presenta em Binding como una transformación del también derecho subjetivo a la obediencia. Dicha transformación tiene que operarse porque el derecho a la obediencia, si no se convirtiera en un derecho a la <<pena>> — gracias a la <<ley>> penal — no podría exigirse coactivamente. El Derecho Penal del Estado, dice Binding, surge inmediatamente de la desobediencia y como en todo <<Delikt>> (conducta contraria a la norma) existe una rebelión culpable de la voluntad individual contra la voluntad de la comunidad. Todo injusto delictivo es <<punible>>; ahora bien, añade, el <<derecho>> de castigar no fundamenta, por sí solo, el <<deber>> de hacerlo, pues la pena es un mal no sólo para quien la sufre, sino también para quien la impone. El <<derecho>> de castigar nace del <<Delikt>>, pero el <<deber>> de castigar se fundamenta en las necesidades concretas de mantener y garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico (<<Rechtsmachtbewahrung>>): porque no es el acto mismo del delincuente el que obliga al Estado a castigar, sino la conmoción que éste produce en el ordenamiento, dado que la tranquila aceptación del injusto contradice la santidad e inviolabilidad de las leyes y puede debilitar la propia autoridad de éstas. La <<pena>>, por ello, sería expresión y medida del interés del Estado en el cumplimiento de cada una de las leyes. El Estado — concluye Binding — reconoce el principio de legalidad no porque sea necesario manifestar al delincuente, antes de que cometa el acto punible, la pena a que se ha hecho acreedor, sino siempre y por un acto legislativo se produce la transformación de su derecho a castigar en un deber de castigar, al objeto de que no sea necesario en el caso concreto determinar si hay que imponer una pena y qual deba ser ésta.⁹⁷

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 361/362

⁹⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 308

Com efeito, é certo afirmar que, para Binding, o *ius puniendi* se traduz em um “direito público subjetivo”, que pertence única e exclusivamente ao Estado.

2.4.2 A Caracterização do *Ius Puniendi* como Direito Subjetivo e a sua Crítica: Tese de Ferri

A doutrina majoritária sempre preferiu a denominação *ius puniendi* para descrever o direito de castigar o delinqüente, caracterizando como “direito subjetivo” a intervenção punitiva do Estado. Contudo, a corrente minoritária questiona tal natureza e prefere falar em poder de castigar (potestade), e não em direito subjetivo. Aqueles autores que seguem esta última corrente costumam criticar a própria definição de “direito subjetivo”, negando a possibilidade de transferir esta categoria de origem iusprivatista aos domínios do Direito Público. Para eles, a efetiva limitação do poder punitivo do Estado continua sendo o seu objetivo prioritário, jamais admitindo o exercício de um poder totalitário. Por essa razão, o conceito de Direito Penal “subjetivo” encontra-se submetido a todas as objeções que se formulam contra a teoria do “direito subjetivo”, categoria frontalmente criticada pelo normativismo, por ser equívoca e imprecisa.⁹⁸ Consoante entendimento de Antonio García-Pablos de MOLINA:

La doctrina privatista polemiza sobre cuál sea la característica definitoria del derecho subjetivo: si la autonomía de la voluntad, el interés jurídicamente protegido, o ambos. Tampoco es pacífico el propio concepto de derecho subjetivo. Cabe entender éste como conducta autorizada y protegida, definida por el deber negativo de los demás, de no realizar ninguno de los actos que puedan perturbarla; como facultad de exigir una conducta de otro, poniendo para ello en movimiento el aparato coercitivo del Estado; o como poder jurídico de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Pero si el concepto de <<derecho subjetivo>> se cuestiona en la propia teoría general del Derecho, más polémica es aún la posibilidad de transplantar al Derecho público una categoría iusprivatista con el objeto de explicar la naturaleza del poder punitivo del Estado.⁹⁹

Enrico Ferri ao escrever sobre o tema, censurou os “neoclássicos” por caracterizarem de maneira tão excêntrica o poder estatal, situando num mesmo plano igualitário o Estado e o infrator, como se tratasse de um negócio jurídico privado. Para ele, o delito não pode ser equiparado a um negócio jurídico, eis que Estado e infrator não se encontram em plano de igualdade, pois o primeiro dita a lei

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 362

⁹⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 309

em cumprimento de seu dever de defesa social e não se apresenta como litigante. Segundo Ferri, “a superioridade jurídica e moral do Estado e dos cidadãos de vida honrada frente ao delinqüente” conduz à configuração do poder punitivo não como um absurdo “direito subjetivo”, mas como um poder soberano.¹⁰⁰

Nesse contexto, ainda, discute-se se é efetivamente possível falar em “direito público subjetivo” e, em caso positivo, se é admissível ser titular das correspondentes esferas de poder o próprio Estado ou apenas o particular em relação ao Estado, sendo ambos os temas polêmicos.¹⁰¹ Em seus estudos, Antonio García-Pablos de MOLINA assevera que:

Son, pues, dos las cuestiones que se suscitan. La primera, desde Jellineck, parece puede responderse en términos afirmativos: cabe hablar de derecho subjetivo en relación al Derecho público, haciendo titular del mismo a los particulares, entre sí o frente al Estado. La segunda cuestión, más debatida, depende de la personalidad que se atribuya al Estado, pues <<persona>> y <<derecho subjetivo>> son términos estrechamente relacionados, en el Derecho público y en Derecho privado. Jellineck basa la personalidad del Estado en la idea de <<autolimitación>>, en el sentido de que la personalidad jurídica del Estado, a falta de una instancia superior que la establezca, ha de producirse por la sumisión de sus poderes (estructura sociológica del Estado) al Derecho emanado del propio Estado. Sólo así podría convertir-se en sujeto de derechos: una instancia operante — advierte el autor — que no sea en absoluto sujeto de deberes, constituye un poder de hecho, no un sujeto de de derecho. El <<Derecho público>> es, en puridad, un <<deber público>>y sólo a través de la conciencia de este deber el Estado se transformaría de sujeto de una potestad de hecho (<<Machtsubjekt>>) en sujeto de Derecho. En cualquier caso aunque esta tesis de Jellineck, fuertemente influenciada por el pensamiento de Binding se comparta por muchos autores, forzoso es resaltar que se trata de un tema muy debatido.¹⁰²

2.4.3 O *Ius Puniendi* como “Poder” ou “Faculdade”

Muitos autores entendem o *ius puniendi* mais como um “poder” do que propriamente um “direito subjetivo”. Cobo del ROSAL e Vives ANTÓN duvidam que a qualidade de “direito subjetivo” implique desde logo em uma maior margem de autonomia e liberdade do que aquela advinda do “poder” ou da “potestade”, sendo estas últimas mais propensas a se converterem em poder totalitário. Para eles, todavia, uma prova de que tal correlação não corresponde à realidade é que o conservador Binding, apesar de impulsionar tão fortemente o conceito de “direito subjetivo”, concebeu-o como mero reflexo de um liberal dever de submissão. A *contrario sensu*, advertem os autores, que todos aqueles que sustentam que o poder

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 363

¹⁰¹ Idem, p. 363

¹⁰² MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 310

punitivo não é um “direito subjetivo” senão um “poder jurídico”, destacam a sua limitação. Segundo eles, o Direito Penal subjetivo trata de contemplar-se como “potestade” de determinados órgãos do Estado: como “potestade” e não como “direito subjetivo”, eis que o estado não comparece no processo penal para obter o “seu” direito, mas sim, para realizar “o” direito. O Ministério Público é parte imparcial que se rege pelo princípio da objetividade. Seria absurdo falar de “direito subjetivo” se se reconhece que o Ministério Público exercita a pretensão punitiva do Estado, uma vez que a potestade punitiva reside em certos órgãos revestidos de *auctoritas*: os Tribunais. Desta forma, concluem que “não se pode questionar que os Tribunais não exercitem direito subjetivo algum: o poder de julgar é, simplesmente, a potestade de aplicar o Direito objetivo”.¹⁰³

Quintero OLIVARES, por sua vez, afirma que o Estado não exercita um direito subjetivo, senão simplesmente um “poder” quando determina quais serão as leis penais a serem adotadas. Para ele, trata-se de um poder e não de um mero direito subjetivo, porque as convicções sociais expressadas na lei penal, podem não ser compartilhadas por quem a infringe, de tal modo que é um absurdo elevar a existência lógica de uma expectativa de conduta que se frustrara pelo delito. Se o autor de um fato não pode gerir o seu comportamento em conformidade com as disposições legais, é verdade que o grupo social que terá de reprimi-lo para a sua própria conservação. No entanto, segundo OLIVARES, para se chegar a essa repressão, não há necessidade alguma de considerar que a reação punitiva é um direito que frente a ele se tem.¹⁰⁴

Em que pese o embate doutrinário acerca da natureza jurídica, verifica-se que o *ius puniendi* é, de fato, um poder-dever do Estado consubstanciado na idéia lógica de um “Direito Penal subjetivo”.

2.4.4 A Natureza do *Ius Puniendi* nos Três Momentos da Norma Penal

A natureza do *ius puniendi*, para aqueles que admitem o conceito de “direito subjetivo”, divide-se em três momentos, a saber: a) antes da edição da norma

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 363/364

¹⁰⁴ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 311

jurídica; b) depois de sua promulgação e publicação, mas antes de ser violada, e; c) depois de sua violação.

No primeiro momento, ou seja, antes da edição da norma jurídica (“direito objetivo”), a rigor, não se pode falar de um direito subjetivo de impor penas, existindo tão-somente uma faculdade de produzir normas. Todavia, não se pode questionar essa faculdade do Estado em ditar normas penais; já que, antes da existência da lei penal (direito objetivo) não se pode falar em direito subjetivo concreto de punir, pois o primeiro é um *prius* lógico do segundo. Vale lembrar que a capacidade de engendrar normas penais, sendo anterior a estas, não pode ser configurada como direito subjetivo, mas sim como conteúdo específico da função legislativa, emanção da soberania estatal, do seu poder de império.¹⁰⁵

Em um segundo momento, ou seja, após a sua edição e publicação da norma jurídica, nasce um dever de obediência do cidadão, surgindo com ele, concomitantemente, um direito subjetivo do Estado para exigir tal obediência. Ressalte-se que, o dever de obediência em relação ao direito subjetivo, deve ser entendido como: conduta própria juridicamente autorizada, definida pelo dever negativo dos demais de não realizar nenhum dos atos que possa perturbá-la.¹⁰⁶ No entanto, adverte Antonio García-Pablos de MOLINA:

(...) tal punto de vista es muy discutible. En primer lugar, porque el denominado <<deber de obediencia>> que unilateralmente quiere proyectarse sólo sobre el individuo para construir un correlativo *ius puniendi* a favor del Estado. No es sino una manifestación del deber de obediencia que deriva de toda norma jurídica, y obliga al propio Estado. Existe, sin duda, dicho deber de obediencia, pero no es ni un aspecto de la situación de sujeción general de los ciudadanos al Estado, ni un deber que pese exclusivamente sobre el individuo. También el Estado tiene el deber de no entrometerse en la conducta del ciudadano que no sea contraria a la norma, de donde resulta un <<*ius libertatis*>> para el individuo que, con igual criterio, podría calificarse de <<derecho subjetivo>>. En segundo lugar, porque la existencia de un <<deber>> no implica necesariamente la existencia de un correlativo <<derecho>> subjetivo. Toda ley lleva consigo la imposición de una serie de <<deberes>>, pero no siempre aparecen implícitos en éstos los correlativos <<derechos>>: el término contrapuesto a <<deber>> no es <<derecho>>, sino un <<más>>, según ha resaltado la teoría pura del Derecho.¹⁰⁷

Com relação ao terceiro momento, isto é, após a violação da norma jurídica, há também um debate acerca da adequação do termo privatista (“direito subjetivo”) para descrever a relação Estado-indivíduo derivada do delito, disposição que

¹⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 364

¹⁰⁶ Ibidem, p. 365

¹⁰⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos de. p. 312/313

dependerá de dois fatores: de que possa reconduzir-se o poder estatal a dita categoria e de que a situação do indivíduo possa estimar-se como própria de quem tem o dever de sofrer a pena.¹⁰⁸ Para Antonio García-Pablos de MOLINA:

Un sector doctrinal muy representativo estima que, en efecto, el Estado tiene un <<derecho subjetivo>> a castigar, derivado de la violación de la norma por el infractor; al menos, argumenta, entendiendo el concepto de <<derecho subjetivo>> en su acepción de exigir una conducta de otro, poniendo para ello en movimiento el aparato coercitivo del derecho. A lo que se ha objetado, de una parte, que no existe un genuino <<derecho subjetivo>> de castigar, sino, un <<deber>> de hacerlo dado que la potestad punitiva es irrenunciable e imprescriptible; de otra, que no tendría el individuo el <<deber>> de someterse a la pena, por no existir tal deber sino una situación de sujeción, consistente en la necesidad de someterse a la sanción sin el derecho de resistir. Se presume, pues, que la disponibilidad es una característica esencial del concepto de <<derecho subjetivo>>, y que dicha facultad faltaría, por definición, en la <<potestas>> punitiva del Estado. Sin embargo, no existe una incompatibilidad absoluta entre los conceptos de <<derecho subjetivo>> y de <<deber>>, sobre todo en el campo del Derecho público. Y, como ha resaltado un sector de la doctrina, la obligatoriedad o no obligatoriedad del ejercicio de este derecho depende no de cuestiones <<conceptuales>>, sino de razones de técnica legislativa y procesales: de la opción principio de legalidad *versus* principio de oportunidad. En todo caso, y aunque la distinción parezca demasiado sutil, la norma de la que deriva la obligación de castigar no es la misma norma que fundamenta el *ius puniendi*, sino la que vincula al órgano de acusación, al Estado-administración, es decir el ejercicio del derecho subjetivo de castigar puede no ser libre pero no porque excluya la posibilidad de una renuncia la norma penal que genera tal derecho, sino porque, por deber de oficio, el Ministerio Público debe promover la acción penal ante todo hecho delictivo. La segunda objeción arguye que no hay, por parte del individuo, ninguna <<obligación>> de sufrir la pena, porque — se razona — <<obligación es algo más que necesidad de someterse a algo>>; <<obligación>> implica, además, deber de <<prestación>>, de acatamiento por el sujeto a lo que integra el contenido de la pretensión de otro. No existiría — se dice — un <<deber>> de someterse a la pena, sino una <<sujeción>>, <<consistente en la necesidad de someterse a la sanción sin tener el derecho de resistir>>. Todo parece indicar, sin embargo, que sí existe tal obligación de someterse a la pena, (...) por más que se pretenda, por quienes lo niegan, contraargumentar con una artificiosa distinción entre <<situación de sujeción a la pena>> y <<deberes>> que derivan de esta situación.¹⁰⁹

Portanto, segundo a ordem conceitual, antes da criação da norma jurídica o Estado conta com o poder para editá-la; depois de editada, o Estado conta com o direito subjetivo *in abstracto* de punir; e, depois de infringida a norma, o Estado conta com o direito subjetivo concreto de aplicar a pena correspondente.¹¹⁰

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 365

¹⁰⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 313/314

¹¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 366

3 O DIREITO DE PUNIR E O ESTADO

O estudo do *ius puniendi* não se resume apenas à análise da evolução histórica, nem tampouco aos fundamentos que recobrem o referido instituto, mas sim, à pesquisa do processo de monopolização pelo Estado do poder de castigar. Vale lembrar que o Estado sistematizou a justiça penal, estruturando o controle exclusivo do poder e atribuindo garantias de ordem pública.

3.1 PROCESSO DE MONOPOLIZAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR

Como foi visto anteriormente, com a evolução histórica do Direito Penal o Estado passa a exercer o controle do poder sancionatório, monopolizando o uso da violência legítima. Frise-se, que nesse caso, a violência é legítima porque se manifesta através daquele que detém a soberania (vide item 2.3 deste trabalho).

Com o aparecimento e o desenvolvimento do Estado moderno, só o *ius puniendi* estatal pode atuar como poderosa instância pública capaz de resolver o conflito criminal de forma pacífica e institucional; de forma racional e previsível, formalizada, eficaz, com escrupuloso respeito às garantias individuais, quando fracassam os mecanismos primários de autoproteção da ordem social. Somente o *ius puniendi* estatal se encontra em condições de assegurar a justa proteção dos bens jurídicos fundamentais, monopolizando a violência privada e a autotutela.¹¹¹

Com efeito, o cuidado destinado aos direitos e garantias fundamentais torna-se imprescindível à credibilidade e validade da instância pública, consistindo em condição de legitimidade à edição do ordenamento jurídico-penal e da aplicação do direito, haja vista as finalidades, características e limites do direito de punir.¹¹²

Consoante entendimento de Rogério ZEIDAN:

Nos dias atuais, é inconcebível que o *ius puniendi* tenha um titular distinto do Estado, ou que comparta com outros poderes ou instituições esse *múnus*. O processo histórico de aparição da pena pública e o de consolidação do recurso da coação física corroboram com a idéia de que a potestade punitiva é intransmissível, indelegável e insusceptível de ser compartilhado por uma pluralidade de titulares. Nessa esteira de raciocínio, cabe ressaltar que mesmo nos delitos de ação privada ou de ação pública condicionada à representação

¹¹¹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 304/305

¹¹² ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais*: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 53

do ofendido, os respectivos titulares do direito de ação não compartilham com o exercício do *ius puniendi*, mas trata-se de uma simples condição ao exercício do direito de punir do Estado. Vale dizer que o exercício de queixa ou representação supõe um direito ou faculdade de natureza processual e não substantiva.¹¹³

Com isso, denota-se que o monopólio da violência pelo ente estatal decorre de um lento e progressivo processo histórico, onde o poder punitivo é diretamente influenciado pelo desenvolvimento da sociedade, exigindo meios legítimos de controle social.

3.2 ASPECTOS JURÍDICOS DO *IUS PUNIENDI*

O poder de punir apresenta-se como um dado de realidade fática inafastável, inquestionado pela sociedade quando são atingidos interesses vitais de sua organização e desenvolvimento, correspondendo a uma exigência sentida não somente pela vítima, mas também por toda a coletividade, que reconhece a necessidade de proteção promovida de forma organizada pelo Estado.¹¹⁴

Daí verifica-se que o *ius puniendi* estatal encontra-se em conformidade plena com o ordenamento jurídico a que é submetido, vez que condensa valores fundamentais para a subsistência do corpo social, atuando maciçamente na repressão da criminalidade, sem olvidar, no entanto, dos mecanismos de proteção da sociedade. A legitimidade e o interesse de agir também se encontram presentes, delineados de acordo com o modelo de Estado e a Política Criminal por ele adotada.

Cumprir destacar ainda que, juridicamente, a doutrina costuma distinguir duas formas de manifestação do *ius puniendi*: o direito do Estado de estabelecer normas penais e o direito de exigir o cumprimento delas. Nas precisas palavras de Antônio García-Pablos de MOLINA, verifica-se bem esta distinção:

El primero de los momentos del *ius puniendi* entronca con el propio poder o función legislativa en la que se integra, sin más, la potestad de dictar normas penales: el denominado <<poder político penal>>, según expresión de Rocco. No se trata, pues, de un problema penal, sino político o constitucional, como afirmara M. E. Mayer. En cuanto al segundo, es obvio que el derecho del Estado a exigir el cumplimiento de las normas penales, encuentra su apoyo en la misma ley: de la violación de ésta surge el derecho del Estado a aplicar y ejecutar la pena al infractor.¹¹⁵

¹¹³ ZEIDAN, Rogério. Op. cit., p. 53/54

¹¹⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 17

¹¹⁵ MOLINA, Antônio García-Pablos de. Op. cit., p. 306/307

Seguindo nesse contexto, há autores que defendem a idéia de que o *ius puniendi* apresenta três e não apenas dois momentos jurídicos, como estabelece MOLINA. A clássica lição de Franz Von LISZT, divide o *ius puniendi*, visto como direito subjetivo do Estado, em: a) direito (poder) de ameaçar com pena; b) direito de aplicar a pena; c) direito de executá-la. O primeiro momento traduz-se na idéia de punibilidade abstrata, que consiste no poder de o Estado, por meio de lei, ameaçar o cidadão com uma pena, visando evitar que ele venha a violar a norma penal respectiva. O segundo momento figura-se no direito do Estado de perseguir o infrator (*ius perseguendi*), apurando o fato e aplicando a sanção penal, por meio da chamada pretensão punitiva. O terceiro e último momento visualizado por Liszt, ocorre quando encerrada a pretensão punitiva (aplicada a pena e transitada em julgado a ação penal), dá-se início a pretensão executória.¹¹⁶

Destarte, observa-se que juridicamente o poder punitivo manifesta-se de várias maneiras dentro do Estado, sempre mantendo consonância com a ordem jurídica pré-estabelecida.

3.3 MODELOS DE ESTADO E SUAS CONSEQUÊNCIAS LÓGICAS

Entende-se melhor o poder punitivo quando se sabe qual modelo de Estado que está sendo analisado. Ao organizar o ordenamento jurídico estatal, implicitamente o constituinte está dando forma ao direito de punir, isto porque ao elaborar as leis integrantes da ordem jurídica, também está engendrando normas de conduta social, as quais deverão ser seguidas e respeitadas por toda a coletividade, sob pena de sanção.

No entanto, uma das principais dificuldades neste cenário é descobrir quais os elementos que compõem o poder punitivo dentro da célula estatal. Para tanto, faz-se mister uma análise detalhada da estrutura que constitui cada um dos Estados, separadamente, para só então ter a exata noção da espécie de poder punitivo concebido em cada um deles.

¹¹⁶ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 465

Cumprido ressaltar, que as mais significativas características do *ius puniendi* decorrem da identidade e do regime político adotado pelo Estado, o que, de certa forma, também delimita a sua capacidade de atuação.

Como poderá ser visualizado no decorrer deste capítulo, quanto mais democrático for o Estado, maior é a limitação ao poder punitivo, tendo em vista o aumento considerável dos direitos e garantias fundamentais reconhecidas aos seus cidadãos. Por esta razão, adverte-se que o direito de punir oscila conforme a política criminal projetada pelo Estado, que é diretamente influenciada pelo regime político escolhido; ou seja, esta forma de exercer o poder é que induz a espécie de política criminal a ser adotada pelo Estado.

Diante desta singela, mas relevante observação, é possível o exame do poder punitivo em cada um dos regimes políticos estatais.

A começar, nos Estados totalitários ou absolutos, verifica-se a subordinação total e irrestrita dos indivíduos aos interesses do próprio Estado. Este regime político normalmente é arbitrário, já que produz normas e aplica sanções como bem entende. O poder punitivo justaposto sobre aqueles que praticam condutas ilícitas não padece de limitações, senão àquelas que o próprio ditador, ao outorgar sua Constituição, assim as determinou. Todavia, muitas vezes estas escassas limitações não são observadas, aplicando-se métodos cruéis de violência física e psíquica quando comportamentos delituosos encontram-se em contrariedade com os interesses do Estado.

No tocante aos Estados autoritários, o *ius puniendi* tem aplicabilidade direta, sendo empregada à força com certa freqüência em detrimento aos direitos e garantias fundamentais. Isto significa dizer que o abuso de poder é latente e ocorre sempre que verificada alguma irregularidade não quista pelo governante. A repressão e o controle são características marcantes desse regime, eis que o exercício do poder político se dá através do autoritarismo.

Com relação aos Estados democráticos, o poder punitivo adquire maiores limitações, haja vista a gama de princípios fundamentais que os restringem. Nesse regime, o *ius puniendi* apresenta-se como poder legítimo e ganha forma por intermédio da legalidade que circunda toda esfera jurídica estatal. Não há espaços para arbitrariedade e nem abuso de poder, levando em consideração a diversidade

de direitos e garantias fundamentais reconhecidos aos seus cidadãos (vide item 3.4 deste trabalho).

Diante dessa rápida análise, é possível aquilatar que as características do poder de punir estão consubstanciadas nos ideais políticos de cada modelo de Estado, materializando-as através da Política Criminal adotada.

Insta salientar ainda, que a pena nada mais é do que um instrumento que o Estado possui para reprimir a criminalidade através do seu poder punitivo. Santiago Mir PUIG assevera que a função da pena também varia de acordo com o modelo de Estado, como se pode observar:

En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado. En el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino. En un Estado absoluto, erigido en fin en sí mismo, la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos: fue la época del <<terror penal>>, consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites. El Estado liberal clásico, preocupado en cambio por someter el poder al Derecho — en esto consiste el <<Estado de Derecho>> —, buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre-razón. Podía, entonces, fundarse coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de Justicia, base de la retribución. Constituía un límite al poder punitivo del Estado, que sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena adonde no era necesaria.¹¹⁷

Daí conclui-se que o poder punitivo estatal encontra-se adstrito à identidade e ao modelo de Estado, bem como ao regime político por ele escolhido, porquanto apresentam influências e limitações marcantes ao seu desenvolvimento.

3.4 O PODER DE PUNIR FRENTE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como visto anteriormente, o poder punitivo encontra guarida nas mais distintas concepções políticas existentes. No entanto, é no Estado Democrático de Direito que o *ius puniendi* assume um caráter mais restrito, em razão da grande quantidade de princípios fundamentais que o norteiam.

Importante frisar, que nesse modelo de Estado, a ordem jurídica central denomina-se “Constituição”, e traz consigo mecanismos de defesa tanto para o

¹¹⁷ PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal**: parte general. 7 ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p.

Estado, quanto para o seu cidadão. A respeito do tema, Miguel REALE JÚNIOR afirma que: “A Constituição em um Estado Democrático de Direito se de um lado consagra direitos fundamentais e estabelece limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo frente ao Estado, por outro fixa diretrizes, com a finalidade de promover valores e ações de cunho social”.¹¹⁸ Desta forma, demonstra-se que os princípios constitucionais relativos aos direitos e garantias fundamentais são limites que o próprio constituinte estabeleceu como forma de mitigar o poder punitivo estatal. Por esta razão, fala-se que o poder de punir dentro de um Estado Democrático de Direito não pode ser um poder absoluto, mas sim, um poder submetido aos limites a ele próprio estabelecidos. Nesse sentido, vem José Lisboa da Gama MALCHER ensinar:

Nos Estados democráticos o direito de punir está limitado, no exercício e na forma de sua exteriorização, pelas normas jurídicas; e só jurisdicionalmente pode ser exercido, pois a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos individuais concernentes à vida, à segurança, à propriedade e à liberdade; e para tal afirma que: qualquer lesão a esses direitos não pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. Assim o conflito penal, que tem de um lado o Estado e do outro o indivíduo, deve ser conhecido e decidido por um órgão a quem caiba, por definição constitucional, e privativamente, a função jurisdicional.¹¹⁹

Assim, verifica-se a harmonia existente entre o Estado Democrático de Direito e as perspectivas de Política Criminal, erigido pela Constituição como princípio vetor de toda atividade estatal.¹²⁰

Nesse modelo de Estado, o que de fato importa como limite ao *ius puniendi* é o respeito obrigatório dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos princípios constitucionais. A obediência concreta e irrestrita aos postulados basilares da ordem jurídica decorre da identidade e do regime político adotado por cada um dos Estados. Em virtude disso, Miguel REALE JÚNIOR assevera que:

A idéia de Estado de Direito é inseparável, contudo, da idéia de limites. É importante, pois, destacar que o exercício legítimo da força só se justifica no Estado de Direito se houver limites, e em especial limites materiais, ou seja, na defesa de interesses os mais relevantes da vida social. Por isto é de se rejeitar a compreensão do funcionalismo sistêmico, que contenta-se em verificar a função de controle social formal exercida pelo Direito para manutenção do sistema consensual, reafirmando as normas e pretensamente reforçando a

¹¹⁸ REALE JUNIOR, Miguel. Op. cit., p. 27

¹¹⁹ MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 3

¹²⁰ ZEIDAN, Rogério. Op. cit., p. 121

lealdade perante as mesmas. O aspecto funcional, ou seja, a finalidade operacional do Direito, é vazia quando posta sem exame da legitimidade do conteúdo do Direito, cuja finalidade essencial está na imposição da positividade de determinados valores, para o que utiliza a qualidade de controle social, sendo ainda mais vazia sem defesa de direitos do próprio infrator frente ao Direito Penal.¹²¹

Todavia, um Estado Democrático de Direito é muito mais do que um mero Estado de Direito, pois não apenas proclama a igualdade formal entre todos, mas também estabelece mecanismos de sólidos de desenvolvimento e estruturação de uma sociedade livre, justa e solidária. Sua fórmula concentra três elementos essenciais característicos ao desenvolvimento político-social da função punitiva, a saber:

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.¹²²

Os distintos componentes ora assinalados são características indispensáveis ao modelo de Estado em comento, já que traçam as diretrizes de Política Criminal a serem adotadas pelo ente estatal, bem como demonstram a efetividade desse modelo na manutenção da ordem pública. Assim, Fernando CAPEZ afirma que:

O Direito Penal é muito mais do que um instrumento opressivo em defesa do aparelho estatal. Exerce uma função de ordenação dos contatos sociais, estimulando práticas positivas e refreando as perniciosas e, por essa razão, não pode ser fruto de uma elucubração abstrata ou da necessidade de atender a momentâneos apelos demagógicos, mas, ao contrário, refletir com método e ciência, o justo anseio social.¹²³

Feitos estes modestos apontamentos, chega-se a conclusão de que num Estado Democrático de Direito, o exercício do poder punitivo do Estado só será legitimado se houver respeito aos direitos e garantias fundamentais, e, ainda sim, deverá estar pautado nos princípios que orientam o conceito de justiça e equidade.

¹²¹ REALE JUNIOR, Miguel. Op. cit., p. 20

¹²² PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 113/114

¹²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 12

4 LIMITES DO PODER PUNITIVO DO ESTADO

Ao longo dos séculos a doutrina penal se debruçou sobre o assunto na incessante tentativa de apurar fatos e fundamentos que pudessem estabelecer formas de controle da criminalidade, sem, no entanto, suprimir direitos e garantias fundamentais já conquistados pelos cidadãos a despeito do poder punitivo estatal.

Importante destacar que “todo poder dentro do Estado constitucional e democrático de Direito não é um poder absoluto e onímodo, senão um poder submetido a limites”.¹²⁴ Nesse sentido, fazendo uma correspondência histórico-científico Julio B. J. MAIER assevera:

Vienen de antaño lãs limitaciones al poder penal, pues toda regla jurídica acerca de una potestad, por elemental que ella sea, cumple la función básica de ceñirla; así, por ejemplo, entregar la competencia a alguien significa vedarla a los demás, y, en materia penal, limitar la venganza a la intensidad de la ofensa — talión — expresa la voluntad de mostrar como antijurídica aquella reacción que sobrepasa ese límite. Pero un programa racional de limitaciones, para que el poder penal no se convierta en instrumento del sometimiento político, sólo aparece cuando se expresa la sentencia que nos coloca a todos en posición de igualdad frente a la ley y nos permite ejercer nuestra influencia para formar la voluntad de la ley, al menos a través de nuestros representantes, esto es, desde las ideas que tuvieron su origen en el siglo XVII y su principio de realización práctica en el siglo XVIII. Desde allí en adelante, con la creación del *Estado de Derecho*, se declara una serie de derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, miembros de una comunidad determinada, contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado; ellos conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal de un Estado, el marco político dentro del cual son válidas decisiones que expresa acerca de su poder penal, sean ellas generales o referidas a un caso concreto.¹²⁵

As idéias iluministas deram ao Direito Penal um contorno menos cruel do que aquele que predominou na Idade Média, durante a fase dos Estados Absolutistas, impondo limites à intervenção estatal. Inúmeros princípios limitadores gerados naquela época, passaram a integrar os atuais Códigos Penais dos países democráticos, recebendo assento constitucional, como forma de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.¹²⁶

Entretanto, nos últimos anos, com o fenômeno da globalização, o Direito Penal acabou experimentando uma exagerada expansão da força punitiva incontrolada que se difundiu na linha político-criminal. O clássico Direito Penal

¹²⁴ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 370

¹²⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p.

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 9

liberal, constituído a partir do pensamento iluminista de Beccaria, encontra-se totalmente deformado e desfigurado,¹²⁷ em virtude da quantidade de tipos penais que vieram tutelar bens jurídicos irrelevantes à sociedade. Todavia, para que o Direito Penal não sofra um novo golpe em decorrência do exercício exacerbado do poder e nem se torne um instrumento de controle meramente formal, faz-se mister impor ao Estado todos os limites estabelecidos na sua Constituição, a fim de dar cabo ao descontrole punitivo, bem como a banalização da justiça penal. Como diria Michel FOUCAULT, “é preciso punir exatamente o suficiente para impedir”.¹²⁸ Em virtude disso, é possível afirmar que “embora o Estado detenha o *jus puniendi*, não poderá fazê-lo atuar com o uso direto da força”.¹²⁹

Portanto, em face do exposto, verifica-se a necessidade de um planejamento de Política Criminal sólido e eficaz, capaz de estabelecer mecanismos coercitivos adequados à realidade social do Estado, sem, contudo, deixar de observar os princípios limitadores do poder punitivo estatal.

4.1 PRINCÍPIOS LIMITADORES AO PODER PUNITIVO DO ESTADO

O *jus puniendi* limita-se por meio dos princípios fundamentais adotados pelos Estados em relação à Política Criminal assumida por cada um deles. Conforme expõe Antonio García-Pablos de MOLINA:

El problema de los límites del *jus puniendi* preocupa, y preocupa con razón, porque el Estado social de nuestro tiempo tiene una declarada vocación intervencionista. Y, sobre todo, porque la intervención penal es, siempre, una intervención traumática, dolorosa, restrictiva, con elevadísimos <<costes sociales>>. Durante mucho tiempo preocupó <<fundamentar>> — legitimar — la intervención penal: hoy interesa, sobre todo, someter la misma a límites claros y efectivos.¹³⁰

Em face disso, faz-se mister uma análise sistemática dos princípios mais relevantes à limitação do poder punitivo dentro de um Estado Democrático de Direito.

¹²⁷ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 370/371

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 79

¹²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 12

¹³⁰ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 358

4.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade ou da reserva legal estabelece uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado. Muito embora atualmente este princípio seja considerado fundamental ao Direito Penal, seu reconhecimento é fruto de um longo processo, com avanços e recuos, não passando de simples formalismo para determinados Estados. Este princípio é um imperativo que não tolera desvios nem exceções, representando uma conquista da consciência jurídica que corresponde às exigências de justiça e equidade.¹³¹

Ressalte-se, que o princípio da legalidade apresenta registros anteriores à Revolução Francesa; porém, foi no iluminismo que se elevou às exigências de legitimação da lei.¹³² De acordo com Santiago Mir PUIG:

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nulum crimen, nulla poena sine lege*, procedente, pese a su formulación latina, de Feuerbach, quien vino a reflejar y precisar un de las conquistas centrales de la Revolución francesa (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791).¹³³

Diante disso, verifica-se que o princípio da legalidade constitui fundamentalmente o limite formal do *ius puniendi*, delineando formas e contornos para a atuação estatal diante dos princípios que decorrem da lei.¹³⁴

Assim, pelo princípio da legalidade, “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente”.¹³⁵

Vale a pena lembrar, que este princípio não é apenas uma exigência de segurança jurídica, que somente requer o conhecimento prévio das leis e das penas, mas também uma garantia política de que o cidadão não poderá ser submetido incondicionalmente às ordens estatais, tampouco às penas não admitidas pela vontade popular.¹³⁶ Portanto, pode-se afirmar que a legalidade nada mais é do que a força acrescida de legitimidade.

¹³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 10

¹³² ZEIDAN, Rogério. Op. cit., p. 56

¹³³ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 114

¹³⁴ ZEIDAN, Rogério. Op. cit., p. 56

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 10

¹³⁶ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 115

O princípio da legalidade expressa um dos postulados essenciais do Estado de Direito, verdadeiro cerne deste instituto, eis que legitima a aplicação da legislação penal na proteção de bens juridicamente relevantes e veda o emprego arbitrário da justiça. Por isso, pode-se dizer que o referido princípio encontra-se intimamente vinculado à idéia de direitos e garantias fundamentais, por se elevar a esta categoria e, ainda, por viabilizar o seu exercício através da norma no aperfeiçoamento das funções relativas ao Estado Democrático de Direito.¹³⁷

4.1.2 Princípio do Fato

O Direito regula a coexistência externa dos indivíduos, não a sua consciência. Isso significa dizer que cada ser humano responde legalmente pelo seu comportamento, não pelo que é ou pelo que pensa. Desse modo, o princípio do fato determina que “el Estado sólo puede incriminar penalmente conductas humanas que se exterioricen a través de concretas acciones u omisiones, esto es, de hechos: comportamientos exteriorizados susceptibles de percepción sensorial”.¹³⁸

Destarte, o simples fato do Direito Penal ater-se ao fato, sem prejuízo dos aspectos pessoais da individualização da pena e da gradação da culpabilidade, já constitui um importante limite ao poder punitivo do Estado, pois visa preservar a segurança jurídica.¹³⁹

4.1.3 Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos

O Direito Penal em um Estado Democrático de Direito não pode castigar qualquer conduta, ativa ou omissiva, senão somente aquela, socialmente nociva, que lesione ou coloque em risco as condições elementares da vida em comum dos cidadãos, isto é, que lesione ou ponha em perigo bens jurídicos.¹⁴⁰ Nesse sentido, Damásio de JESUS assevera que “o Direito Penal só deve ser aplicado quando a

¹³⁷ ZEIDAN, Rogério. Op. cit., p. 57/58

¹³⁸ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 359

¹³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 36

¹⁴⁰ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 365

conduta lesiona um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa”.¹⁴¹

Insta salientar, que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é, antes de mais nada, um limite ao poder punitivo do Estado, posto que sua função não é meramente imperativa, reguladora de vontades individuais, mas sim, um sistema de proteção aos bens juridicamente relevantes. Isto se torna mais claro ao analisar a lição de Cezar Roberto BITENCOURT:

Constata-se, nesses termos, que o princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce dupla função no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: a) função político-criminal – esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) função interpretativa ou dogmática – esta finalidade manifesta-se *a posteriori*, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, *in concreto*, a norma penal elaborada. Em outras palavras, a primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete.¹⁴²

Vale lembrar, que o princípio da ofensividade ou lesividade, também denominado de exclusiva proteção de bens jurídicos, tem suas raízes na doutrina do contrato social, de origem iluminista e cunho liberal, que mais tarde assumiria o movimento político-constitucionalista. Assim, consoante tais proposições, só será legítima a intervenção penal se esta for imprescindível para garantir direitos e liberdades à sociedade.¹⁴³ Sobre o assunto, discorre Santiago Mir PUIG:

Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental.¹⁴⁴

¹⁴¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v.2. p. 10

¹⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 21

¹⁴³ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 365

¹⁴⁴ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 129/130

Por isso, “a intervenção penal deve ser aquela necessária, como único meio, forte, mas imprescindível para a afirmação do valor violado, e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social”.¹⁴⁵

Ressalte-se ainda, que a exigência de intervenção do Direito Penal na proteção bens jurídicos constitui uma garantia fundamental, sendo a mais pura manifestação da tensa confluência entre os princípios garantísticos da proporcionalidade e da intervenção mínima.¹⁴⁶

4.1.4 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da legalidade impõe limites ao poder punitivo do Estado, impedindo o arbítrio judicial. No entanto, este princípio não impede que o ente estatal crie tipos penais iníquos e sanções injustas e degradantes. Em função disso, faz-se mister limitar o campo de atuação do Estado, ou, se possível, acabar com o arbítrio do legislador.¹⁴⁷

Com efeito, o princípio da intervenção mínima trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social e contemporâneo, que deve buscar um maior bem estar com um menor custo social.¹⁴⁸ De acordo com Antonio García-Pablos de MOLINA:

El Derecho Penal debe hacer presencia em los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos. El Derecho Penal es la <<*ultima ratio*>>, no la solución al problema del crimen; como sucede con cualquier técnica de intervención traumática, de efectos irreversibles, sólo cabe acudir a la misma en casos de estricta necesidad, para defender los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves, y sólo cuando no ofrezcan garantías de éxito las restantes estrategias de naturaleza no penal.¹⁴⁹

Cumprе salientar, que o princípio da intervenção mínima tem como postulado duas características marcantes ao seu desenvolvimento, a fragmentalidade e a subsidiariedade. Quanto ao primeiro atributo, Santiago Mir PUIG

¹⁴⁵ REALE, Miguel. Op. cit., p. 21/22

¹⁴⁶ ZEIDAN, Rogério. Op. cit., p. 60/61

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 11

¹⁴⁸ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 126/127

¹⁴⁹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 379

estabelece que “el Derecho penal no há de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, si no las modalidades más peligrosas para ellos”.¹⁵⁰ Já no tocante a segunda característica Fernando CAPEZ descreve:

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).¹⁵¹

Sendo assim, pode-se afirmar que o Direito Penal não serve para tutelar todo e qualquer bem jurídico, mas sim, aqueles que detêm uma relevância plena e eficaz à sociedade. Nas palavras de Rogério ZEIDAN, “o Direito Penal deve tutelar conflitos sociais somente quando seja estritamente necessário, utilizando um controle razoável para o trato da criminalidade. Deve postar-se em *ultima ratio* e não como o único meio de solução para o problema da criminalidade”.¹⁵²

4.1.5 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade não é aqui examinado como categoria dogmática da teoria do delito, mas sim, como limite material do *ius puniendi*. No entanto, não se pode pretender isolá-lo em um único significado, porquanto, conforme se denota, o termo “culpabilidade” assinala diversas outras acepções, que alicerçam o fundamento do poder punitivo estatal. Nas palavras de Santiago Mir PUIG, o princípio da culpabilidade pode traçar diferentes limites ao *ius puniendi*, como se pode observar:

En su sentido más amplio el término <<culpabilidad>> se contrapone al de <<inocencia>>. Em este sentido, bajo la expresión <<principio de culpabilidad>> pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda <<culpase>> a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: principio

¹⁵⁰ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 127

¹⁵¹ CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 19

¹⁵² ZEIDAN, Rogério. Op. cit., p. 64

de personalidad de las penas. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de uns <<Derecho penal del hecho>>. Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: principio de dolo o culpa. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: principio de imputación personal (también denominado de culpabilidad en sentido estricto).¹⁵³

Não importa em que sentido o princípio da culpabilidade esteja descrito, há sempre alguma espécie de limitação imposta ao Estado. Não obstante, até mesmo a dogmática “culpabilidade” prevista na teoria do delito é medida de limitação ao *ius puniendi*. De acordo com Luiz Régis PRADO:

Postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade — proporcionalidade na culpabilidade — é uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado de Direito democrático delimitadora de toda a responsabilidade penal. A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. Esse princípio diz respeito ao caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano.¹⁵⁴

Nesse sentido, insta salientar, que todos os princípios derivados da idéia geral de culpabilidade se fundamentam na dignidade da pessoa humana, tal como deve ser entendido um Estado Democrático que respeita os direitos de seus cidadãos. O Estado deve oferecer ao indivíduo a possibilidade de evitar a pena comportando-se em conformidade com o Direito, guardando certa relação com a segurança jurídica.¹⁵⁵

Ressalte-se que “a observância material ao princípio da culpabilidade mostra que não se trata de simples observação teórica, mas que é o único caminho da Política Criminal que deve ser seguido em todos os sistemas políticos, se se quer resolver os problemas práticos da justiça penal em concordância com as convicções valorativas da sociedade”.¹⁵⁶

Em razão disso, pode-se afirmar que o princípio da culpabilidade é indispensável para o Direito Penal, servindo tanto como fundamento jurídico

¹⁵³ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 132

¹⁵⁴ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1. a 120. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1. p. 145/146

¹⁵⁵ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 132

¹⁵⁶ ZEIDAN, Rogério. Op. cit., p. 69

aplicado à teoria do delito, quanto como limite ao poder punitivo delineado pela própria Política Criminal adotada pelo Estado.

4.1.6 Princípio da Proporcionalidade

A intervenção penal de um Estado Democrático de Direito deve encontrar-se em consonância com a proporcionalidade, levando em consideração o mal causado pelo crime e o mal que se pretende com a punição do agente delitivo.¹⁵⁷ De acordo com Antonio García-Pablos de MOLINA:

El principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad em abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad em concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global. Tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionadas, em abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste). Complementa, por tanto, las exigencias del principio de culpabilidad que, em sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena.¹⁵⁸

Por esta razão, o princípio da proporcionalidade determina que “a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é medida da pena”.¹⁵⁹ Sobre essa vertente, o poder punitivo deverá ser proporcional na responsabilidade da conduta incriminada e na aplicação da respectiva punição.

Frise-se que há uma grande dificuldade em estabelecer critérios proporcionais de limitação ao poder de castigar dentro de um Estado Democrático de Direito, eis que não se pode realizar tal avaliação sem o conhecimento da realidade social. Nesse contexto, Santiago Mir PUIG descreve dois aspectos que se distinguem no princípio da proporcionalidade das penas, a saber: “Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca em base a la importancia social del hecho (a su <<nocividad social>>)”.¹⁶⁰

¹⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit., p. 29

¹⁵⁸ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 398

¹⁵⁹ JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 11

¹⁶⁰ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 137

Em virtude do exposto, afirmar-se que a proporcionalidade implica em um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação legal,¹⁶¹ sem, no entanto, olvidar da gravidade do fato antijurídico perante à sociedade.

Pertinente recordar ainda, que a proporcionalidade é uma idéia de justiça imanente a todo o Direito, porque ela dá a cada um o que merece, retribuindo o valor de sua conduta. Nesse sentido, a hipertrofia qualitativa do Direito Penal própria do Estado totalitário representou uma quebra histórica à exigência de adequação, à consequência jurídica e a seu pressuposto. Porém, a idéia de proporção, como limite do poder de punir, convém também à prevenção, já que condiciona a própria eficácia da pena. Não existe pena mais efetiva que a pena justa e proporcionada, pois, a pena desorbitada pode chegar a ser criminógena.¹⁶²

4.1.7 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade foi o ponto central do programa iluminista, vindo a se concretizar com a obra de Beccaria, no século XXVIII. Importante salientar, que este princípio não deixou de inspirar a evolução doutrinária e um bom número de reformas penais que foram produzidas posteriormente. O sistema penal ganhou uma estrutura diversa daquela anteriormente vista em sua origem, eis que as penas corporais desapareceram e a pena de morte vem sendo gradativamente abolida nos países civilizados.¹⁶³

Assim, o homem deixa de ser considerado um mero cidadão e passa a valer como “pessoa”, independentemente do vínculo político ou jurídico que tenha com o Estado. O reconhecimento do liame valorativo do homem enquanto homem provoca o aparecimento de uma esfera indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de admitir, verdadeira delimitação do poder estatal.¹⁶⁴ Nesse sentido, Cezar Roberto BITENCOURT estabelece que “o princípio da humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam

¹⁶¹ MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. cit., p. 398

¹⁶² Ibidem, p. 402

¹⁶³ PUIG, Santiago Mir. Op. cit., p. 131

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 143

a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”.¹⁶⁵

Insta salientar, que a humanidade como princípio lógico do Direito Penal veda ações estatais que torturem ou que ofereçam tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes às pessoas que violem normas de conduta tipificadas em lei; do mesmo modo, impõem respeito à integridade física e moral daquelas.

Seguindo os ensinamentos de Eugenio Raúl ZAFFARONI é correto afirmar que “o princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito”.¹⁶⁶ Daí tem-se que toda lei que viole a dignidade humana deve ser declarada inconstitucional.

Diante disso, mostra-se relevante ao tema os ensinamentos de Luiz Régis PRADO:

A noção de dignidade humana, como dado inerente ao ser humano enquanto tal, encerra, também, a promoção do desenvolvimento livre e pleno da personalidade individual, projetando-se, assim, culturalmente. Desse modo, e coerentemente com a finalidade maior, o Estado de Direito democrático e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização. Todavia, convém evidenciar que não se trata de simples criação legislativa, porquanto apenas se reconhece no texto constitucional a eminência da dignidade como valor (ou princípio) básico, cuja existência, bem como o próprio conceito de pessoa humana, são dados anteriores, aferidos de modo prévio à normação jurídica. Como postulado fundamental e peculiar ao Estado de Direito democrático, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo — como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica. Trata-se de um princípio de justiça substancial, de validade a *priori*, positivado juridico-constitucionalmente.¹⁶⁷

Destarte, pode-se afirmar que o poder punitivo dentro de um Estado Democrático de Direito é restrito, não sendo permitida a aplicação de penas que atentem contra a dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 15

¹⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 177

¹⁶⁷ PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 144

CONCLUSÃO

Como se pode vislumbrar ao longo do trabalho, durante muito tempo o direito de punir (*ius puniendi*) esteve em poder dos particulares, que agiam por vingança a um mal sofrido. Geralmente o revide à agressão injusta era desproporcional, vez que o ofendido se utilizava de todas as formas de violência disponíveis, agindo de maneira impetuosa contra o seu ofensor. Nesta época, não havia qualquer espécie de limitação à vindita, sendo a autotutela o único instrumento de controle e repressão à criminalidade.

Com o decorrer dos anos, a sociedade foi se tornando cada vez mais complexa, fato este que exigiu a criação de um instituto central que assegurasse a ordem pública, o Estado. A formação progressiva do centralismo do Poder Político foi gradativa e lenta, mas contribuiu de maneira significativa para a materialização do Direito Penal Público, onde a legitimidade era vastamente reconhecida e aprovada por todos. Com isso, o poder punitivo adere-se ao Estado, que passa a estruturar mecanismos de controle social, visando a conservação do ordenamento jurídico e a manutenção do interesse coletivo.

Com efeito, o poder punitivo estatal retira definitivamente da esfera privada qualquer possibilidade de pretensão punitiva, rechaçando de vez a autodefesa. Ressalte-se que a legitimidade do *ius puniendi* se dá em virtude da necessidade experimentada pela sociedade perante a violação da ordem jurídica, que acaba por reconhecer a inevitável proteção estatal. Deste modo, o Estado torna-se o único ente legitimado à exercer o direito de punir em todas as suas formas.

Muito se indaga acerca da natureza jurídica do *ius puniendi*, se é um “poder” propriamente dito ou se é um autêntico “direito subjetivo” do Estado. Como foi visto, há um embate doutrinário a este respeito, pois aqueles que defendem o primeiro posicionamento dizem não haver autonomia e nem tampouco liberdade suficiente para aplicação coercitiva do direito objetivo sobre o infrator. Para aqueles autores que defendem o segundo posicionamento, o *ius puniendi* trata-se exclusivamente de um “direito subjetivo” do Estado, submetido à obediência da lei penal. Todavia, em que pesem as referidas percepções antagônicas, o *ius puniendi* deve ser visto como o poder que possui o Estado de disciplinar condutas, estabelecer limites e aplicar sanções penais a todos aqueles que, de algum modo, causam lesões à bens

juridicamente tutelados, descumprindo a ordem jurídica pré-estabelecida. Em não havendo obediência à legislação penal, o Estado está devidamente legitimado a impor medidas de repressão, o que deverá ser feito coercitivamente de maneira obrigatória, tendo em vista a violação do ordenamento jurídico estatal. Por isso, é imperioso afirmar que o *ius puniendi* é um poder-dever do Estado, e como tal, apresenta limitações formais e materiais em seu campo de atuação.

Não obstante, o modelo de Estado influencia a política criminal a ser adotada, seja através de características sólidas de repressão, seja por elementos de defesa social. Cada Estado estabelece o seu próprio mecanismo de combate à criminalidade, aderindo à política criminal que melhor satisfaça os seus interesses.

O *ius puniendi* no Estado Democrático de Direito assume um caráter restrito, em função da vasta gama de princípios fundamentais que o orientam. O respeito a esta situação jurídica institucional garante a efetividade das normas, estabelecendo mecanismos de controle social, dentro dos limites determinados pela própria política criminal escolhida. Assim, conclui-se que quanto mais democrático e social for um Estado maior serão as limitações ao seu poder punitivo; e, por via de consequência, maior serão os direitos e garantias fundamentais assegurados aos seus cidadãos.

Portanto, há a necessidade de um planejamento de Política Criminal sólido e eficaz, capaz de estabelecer mecanismos coercitivos adequados à realidade do próprio Estado. Esse poder deverá ser instrumentalizado de maneira sistêmica, com o intuito de fornecer subsídios ao Direito Penal para a aplicação das penas que se mostrarem necessárias, sempre havendo a observância aos princípios fundamentais, sob pena de se transformar em um poder ilegal e arbitrário.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1973. v.2

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Atena, 1956.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Tomo I.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996. v.1

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Campinas: Russell, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Luiz Flavio (Coord.). **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1 e 2.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v.2.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. v.1.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. 4. ed. Madri: Reus, 1999. v.1.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v.2.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Edipro, 2001. v. 1.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MALCHER, José Lisboa da Gama. **Manual de processo penal**. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006. v.1.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Espanha: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1. a 120. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho penal**: parte general. 7 ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da ação penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZEIDAN, Rogério. **ius puniendi, Estado e direitos fundamentais**: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.