

O DIREITO PENAL E O PROCESSUAL PENAL SOB A ÉGIDE DE UMA JURISDICIONALIDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE
UNDER A JURISDICTIONALITY VIEW IN THE
CONSTITUTIONAL STATE OF LAW

DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL BAJO LA EGIDA
DE UNA JURISDICCIONALIDAD EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Do novo constitucionalismo à sociedade atual: um olhar subjetivo a partir de sua complexidade e adoção de riscos; 2. Do novo constitucionalismo à sociedade atual: um delinear contemporâneo sobre a função do direito penal e a teoria da pena; 3. O delinear da teoria da proteção social no estado constitucional de direito; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O presente artigo, a partir do método dedutivo, objetiva fomentar um debate sobre o protagonismo do Poder Judiciário que repousa sua legitimidade no Constitucionalismo Contemporâneo, no contexto de uma sociedade de crise, pautando-se na efetividade dos direitos garantidos na Constituição Federal e no poder de interpretação constitucional para as tomadas de decisões que envolvam direitos fundamentais. Sob esses vértices, apresenta-se o Processo Penal

Como citar este artigo:

DEZAN, Sandro,
GUERRA
JUNIOR, James,
CUNHA, Ricarlos.
O direito penal e o
processual penal
sob a égide de uma
jurisdicionalidade no
Estado Constitucional
de Direito. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 39, 2023,
p. 183-204

Data da submissão:

22/02/2022

Data da aprovação:

28/04/2023

1. Centro Universitário
de Brasília - Brasil

2. Centro Universitário
de Brasília - Brasil

3. Faculdade de Direito
de Vitória - Brasil

Contemporâneo como instrumento do Estado Constitucional e Democrático de Direito à inserção dos valores indiretamente normativos, axiomáticos e, por corolário, dos direitos e garantias fundamentais, buscando agir com mais flexibilidade na persecução da verdade processual penal, de forma a atender melhor aos anseios constitucionais contemporâneos da sociedade, a função do Direito Penal e a teoria da pena, com vistas a promover uma atenção para a relevância da problemática em questão, e a teoria da Proteção Social, evidenciando a necessidade de compreensão da nova teoria da pena e, assim, a dimensão de um Direito Penal como instituição indispensável ao desenvolvimento social.

ABSTRACT:

From the deductive method, this article aims to promote a debate about the role of the Judiciary Power that rests its legitimacy on Contemporary Constitutionalism, in the context of a crisis society, based on the effectiveness of the rights guaranteed in the Federal Constitution and in the power of constitutional interpretation for decision-making involving fundamental rights. Under these vertices, the Contemporary Criminal Procedure is presented as an instrument of the Constitutional and Democratic State of Law for the insertion of indirectly normative, axiomatic values and, as a corollary, of fundamental rights and guarantees, seeking to act with more flexibility in the pursuit of procedural truth in criminal law, in order to better meet the contemporary constitutional aspirations of society, the role of criminal law and the penalty theory, with a view to promoting an attention for the relevance of the issue in question, and the theory of Social Protection, highlighting the need for understanding the new penalty theory and, thus, the dimension of criminal law as an indispensable institution for social development.

RESUMEN:

El propósito de este artículo, a partir del método deductivo, es fomentar un debate acerca del protagonismo del Poder Judicial que reposa su legitimidad en el Constitucionalismo Contemporáneo, en el contexto de una sociedad en crisis, con base en la efectividad de los derechos garantizados en la Constitución Federal y la facultad de interpretación constitu-

cional para la toma de decisiones en materia de derechos fundamentales. Bajo estos vértices, el Proceso Penal Contemporáneo se presenta como un instrumento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho a la inserción de valores indirectamente normativos, axiomáticos y, por corolario, de derechos y garantías fundamentales, buscando actuar con mayor flexibilidad en la búsqueda de la verdad procesal penal, a fin de satisfacer mejor las aspiraciones constitucionales contemporáneas de la sociedad, la función del Derecho Penal y la teoría de la pena, con miras a promover la atención acerca de la relevancia del problema en cuestión y la teoría de la Protección Social, destacando la necesidad de comprender la nueva teoría de la pena y, con ello, la dimensión de un Derecho Penal como institución indispensable al desarrollo social.

PALAVRAS-CHAVE:

Constitucionalismo Contemporâneo; Poder Judiciário; Processo Penal Contemporâneo; Direito Penal; Teoria da Pena.

KEYWORDS:

Contemporary Constitutionalism; Judicial power; Contemporary Criminal Procedure; Criminal Law; Penalty Theory.

PALAVRAS CLAVE:

Constitucionalismo Contemporâneo; Poder Judicial; Processo Penal Contemporâneo; Direito Penal; Teoria de la Pena.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta uma discussão sobre o protagonismo do Poder Judiciário que repousa a sua legitimidade no Constitucionalismo Contemporâneo, pontuando a busca pela efetividade dos direitos e seus princípios garantidores previstos na Constituição Federal, destacando os instrumentos capazes de alcançar as premissas ideológicas que marcam essa nova fase, como o protagonismo e o poder de interpretação constitucional do Poder Judiciário nas decisões que envolvam direitos fundamentais em uma sociedade de crise.

Objetiva-se, por meio do método dedutivo, fomentar o debate sobre

o protagonismo do Poder Judiciário à vista de sua legitimação ancorada no Constitucionalismo Contemporâneo, em contexto de uma sociedade de crise, pautando-se na efetividade dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal e no poder de interpretação constitucional para as tomadas de decisões que envolvam esses matizes. Nesse contexto, quanto à legitimidade do *jus puniendi* do Estado, o Processo Penal passa a ocupar um protagonismo central e instrumental no mister do Estado Constitucional e Democrático de Direito à inserção dos valores indiretamente normativos, axiomáticos, concretizadores de direitos, tributário de uma maior flexibilidade na persecução da verdade processual. Isso se impõe com o escopo de atender às balizas constitucionais, assim como à função do Direito Penal e à teoria da pena, para se alinhar à atual noção de *proteção social*. Com efeito, evita-se a necessidade de compreensão da nova teoria da pena e, assim, a dimensão de um Direito Penal como instituição indispensável ao desenvolvimento social.

Desse modo, o estudo ancorou-se no advento da Constituição Federal de 1988, com direitos e princípios garantidores dos direitos e deveres individuais, inicia-se uma fase de “constitucionalização do processo”, exigindo-se dos juízes a aplicação desses mesmos direitos e princípios durante as fases processuais, aflorando o debate contemporâneo, da importância do protagonismo do Poder Judiciário no âmbito do Direito Penal e do Processo Penal, pilares de todo o processo, e na literatura que implementa o debate em questão.

1. DO NOVO CONSTITUCIONALISMO À SOCIEDADE ATUAL: UM OLHAR SUBJETIVO A PARTIR DE SUA COMPLEXIDADE E ADOÇÃO DE RISCOS

Nesse itinerário do novo Constitucionalismo e sociedade atual, caracterizada pela sua complexidade e pela adoção de riscos, termo usado por Ulrich Beck (2011), em seu livro *Sociedade de risco*, para descrever a maneira pela qual a sociedade moderna se organiza em resposta ao risco, onde coloca as origens e as consequências da degradação ambiental no centro da sociedade moderna contemporânea em que faz sobressair o fato dos aspectos negativos ou riscos superarem os aspectos positivos e, acima de tudo, escaparem do controle das instituições sociais.

Nessa compreensão dialoga-se com Baldissera (2014, p. 09), ao di-

zer que se verifica um aumento da criminalidade no Brasil no que se refere à massificação do crime, em especial aqueles praticados com requinte de crueldade ou praticados por organizações cada vez mais fortalecidas (JAKOBS, 2006).

Creia-se que o Processo Penal Contemporâneo é o novo olhar do juiz na direção do processo, utilizando-o não somente como efetivação do direito material, mas como disposto na Constituição Federal, inserindo no processo todos os valores e garantias fundamentais, permitindo-o agir com mais flexibilidade no processo de forma a atender melhor aos anseios constitucionais contemporâneos da sociedade.

No conjunto posto, destaca-se Roxin (1989) ao afirmar que essa relação mútua chega à própria determinação da política criminal, pois afirma a complementariedade das disciplinas, afirmando ainda terem o mesmo valor. Entretanto, é preciso deixar claro que esta complementariedade respeita a autonomia desses subsistemas, até porque os objetos científicos são diferenciados (JAKOBS, 2008).

Nessa perspectiva, a relação de complementariedade é vista no CCP português de 1987, especialmente na parte que trata da ressocialização do apenado. Esse movimento que reconhece a complementariedade das disciplinas, também é reconhecido na Itália, onde Marafiotte fala na necessidade de um diálogo entre os sistemas, “um ponto de partida para um repensar dogmático”.

Percebe-se assim, toda uma confluência no sentido de reconhecermos a autônoma e a complementariedade dos subsistemas criminais. Nesse aspecto funcional é que se pode concluir que os subsistemas orientam sim a política criminal, cuja limitação é a própria observância dos princípios e dos valores que regem cada subsistema.

Nesse contexto, entende-se que cada um desses subsistemas com sua autonomia de objetos, valores e princípios limita o outro subsistema, ambos com a missão de serem funcionais em uma política criminal que precisa ser eficiente. Ora, se o Direito Penal limita as liberdades individuais e estabelece formas de funcionamento, também o Processo Penal deve limitar essas mesmas premissas de garantias de funcionalidade (JAKOBS, 2001).

O resultado dessa interação estabelece uma política criminal que deva equilibrar-se nesse binômio, pois caso contrário, a prevalência de

um dos lados terminaria por comprometer o sistema como um todo (JAKOBS, 2004). Assim, acredita-se que a complementariedade se dá entre os eixos da garantia e da funcionalidade do processo, como assevera Fernando Fernandes (2001) ao dizer que,

Desse modo, assim como Direito Penal material, também o Direito Processual Penal seria um subsistema aberto, servindo o modelo de processo penal respectivo para a exteriorização das proposições de política criminal nos modus da validade jurídica, nos limites fixados pelos valores e princípios constitucionais postos pelos modelos de Estado Garantista. (FERNANDES, 2001, p. 46)

Nessa concepção, o Direito Penal material teve reconhecida sua força, inicialmente, a partir da formação do Estado Moderno no final do século XVIII, e também longo foi o caminho para sua consolidação com limites ao abuso estatal. É certo também que a partir da década de 1970 surgiram discussões mais aprofundadas sobre a temática da legitimidade/eficiência e sobre o acesso à justiça, como bem aponta Fernandes (2001 p.56), ao afirmar que se encontra “consolidada a ideia das garantias fundamentais também é verdade que as discussões de hoje são, sobretudo a celeridade, a concentração e o reforço da eficácia do processo que dominam as atenções legislativas”.

Na conjuntura apresentada, também se presencia no Brasil essa discussão quanto à eficácia do processo, podendo ser dada como exemplo a Lei 9.099/95 que institui princípios como celeridade, eficiência, oralidade etc., na implantação dos juizados especiais no Brasil.

Nos últimos cinquenta anos, tem-se evidenciado um embate permanente entre dois vetores que inicialmente apresentavam-se como distintos, são eles: as garantias individuais e a eficiência do processo (JAKOBS, 2001 e 2004). Essa dicotomia vem da apresentação de dois modelos: o primeiro, devido processo legal, de cunho garantista e o segundo modelo, estabelecido pelo Estado Social, que defende uma resposta eficiente no controle do crescimento descontrolado da criminalidade que afeta a todos.

Compreende-se que esse modelo de embate trazido pelo discurso liberal de um lado, e do Estado Social de outro, teve uma conformação a partir de decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 15.12.1965, estabelecendo como princípios de igual importância as garantias individuais e os da eficaz ação penal, afirmando que em caso de

conflito, tais princípios devem ser ponderados conjuntamente.

Registra-se que, na década de 1970, vários julgados do mesmo tribunal reconheceram a eficácia do procedimento penal como um valor de ordem constitucional. Assim, cabe ao Estado de Direito preservar direitos e garantias individuais ao lado da eficácia e da aplicação corretas das normas, gerando a necessidade de se admitir que existe um dever de tutela, não apenas em relação aos particulares, mas também um dever de tutela em relação à totalidade de cidadãos. Nessa lógica, se crê ser inevitável concluir que no Estado Democrático de Direito devem-se resguardar valores individuais ombreados aos direitos relativos à proteção da coletividade, notadamente no sistema punitivo estatal.

Entende-se que a proteção ao direito da coletividade vem da ideia de que o Estado de Direito somente se concretiza quando há segurança de que se perseguirá o delinquente, aplicando-lhe uma pena justa dentro da lei vigente, ao mesmo tempo em que o Estado deve velar pela segurança dos cidadãos e de proteger a sua confiança na funcionalidade das instituições estatais e o direito de todos de um tratamento igualitário no Processo Penal (JAKOBS, 2004).

Observa-se, que esse embate entre garantia e eficiência no Processo Penal não corresponde à exata relação de complementariedade que se estabelece entre eles, pois muitos mais interligam-se do que se opõem. Isto nos leva a procurar identificar a melhor solução na composição da aplicação desses vetores quando tratamos de um sistema penal contemporâneo. É lógico, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro esteja inserido nessa realidade, pois, não fosse assim, jamais teríamos decisões em nossos tribunais superiores com tanta inconsistência e falta de critérios estabelecidos numa metodologia capaz de decidir de forma fundamentada nas questões que envolvem a prisão preventiva no Brasil.

Em consonância com a temática desse forte embate, Fernandes (2001, p. 67) assevera que se impõe uma ponderação entre os interesses da funcionalidade e das garantias individuais tendo como limite o máximo da preservação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a funcionalidade deve atuar nas bases do vetor de garantia, podendo superá-la quando for necessário e respeitando o limite da dignidade da pessoa humana.

O contexto referenciado delinea a construção de como se dá esse

debate ideológico entre os direitos e garantias individuais e a necessária efetividade do Processo Penal, à vista da crescente criminalidade e da própria sobrevivência do direito criminal como sistema.

Considera-se ser importante sim, apresentar-se uma visão da relevância do Poder Judiciário – hoje tão protagonista – no enfrentamento dessa crise. Faremos isso a partir de uma releitura da aplicação da prisão preventiva como mecanismo eficaz na afirmação do sistema jurídico penal.

Nessa perspectiva, em outras palavras, pretende-se expor o mérito da atuação do poder Judiciário, em especial, na decretação ou manutenção da prisão preventiva no Brasil com fundamento no princípio constitucional da Proteção Social no âmbito do Processo Penal brasileiro.

Desse contexto, faz-se necessário, pontuar uma breve abordagem sobre a função do Direito Penal através da definição da natureza da pena e do Processo Penal, expondo os seus principais fundamentos para compreensão do estudo das prisões provisórias e sua utilização com mais “tranquilidade” pelo Poder Judiciário, eis que encontra guarida, igualmente ao princípio da presunção de inocência, na própria Constituição Federal.

Em seguimento, uma vez desenvolvido, o Direito Penal e Processual Penal como matérias, também devemos tratar com profundidade a função do Direito Penal e as Teorias da Pena, que nos permitirá ver o caráter ressocializador e que a sua aplicação atualmente está um tanto quanto distorcida e ineficaz perante a sociedade moderna e perante um novo ciclo do ordenamento jurídico que se inicia.

2. DO NOVO CONSTITUCIONALISMO À SOCIEDADE ATUAL: UM DELINEAR CONTEMPORÂNEO SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E A TEORIA DA PENA

Nesta seção discute-se sobre a função do Direito Penal e a Teoria da Pena com vistas a promover uma atenção para a relevância da problemática em questão.

Na sucessão apresentada, consta-se que a função do Direito Penal está intimamente ligada com as diversas teorias da pena, eis que a origem desta última coincide com o surgimento do próprio Direito Penal, e pontua a pena como a principal consequência jurídica destinada àquele que infringiu a legislação penal. As diversas teorias existentes sobre a pena, a

sua natureza e os fundamentos de sua aplicação no ordenamento jurídico são, igualmente, teorias sobre a função que deve cumprir o Direito Penal.

Nesse seguimento, diversas discussões e linhas de pensamentos têm sido levantadas em busca de uma definição da função do Direito Penal, posto que isso significa definir os próprios fundamentos legitimadores da aplicação da pena e dos poderes penais do Estado. As possíveis respostas, pois, deram origem, a partir do final do século XIX, à luta de diferentes escolas em torno da definição destes princípios legitimadores do Direito Penal (ROXIN, 1981).

O encadeamento destaca que a função do Direito Penal está intimamente ligada com as diversas teorias da pena, eis que a origem desta última coincide com o surgimento do próprio Direito Penal. Sendo a pena a principal consequência jurídica destinada àquele que infringiu a legislação penal, as diversas teorias existentes sobre a pena, a sua natureza e os fundamentos de sua aplicação no ordenamento jurídico são, igualmente, teorias sobre a função que deve cumprir o Direito Penal (ROXIN, 1998).

Desse ponto de vista, a doutrina demonstra a necessidade de se distinguir as principais linhas de pensamentos que explicam a finalidade da pena, que, assim, se classificam: *as teorias absolutas da pena*, ligadas à doutrina da retribuição; *as teorias relativas da pena*, ligadas à doutrina da prevenção; e, por fim, *as teorias mistas ou unificadoras* (ROXIN, 1981).

Em concordância, urge ressaltar as teorias absolutas da pena, as quais são defendidas pela Escola Clássica, cujos representantes mais característicos na Idade Moderna e Contemporânea foram Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, ao afirmarem que as teorias absolutas ou retributivas da pena carregam em seus moldes uma influência filosófica de base ética e moral fundada na ideia do livre arbítrio (HEGEL, 1997, p.33).

Esses pensadores defendem que o Direito Penal e, por conseguinte, o intuito da punição, teria um fim em si mesmo, consistente num ideal de justiça ou de necessidade moral de compensar o mal causado pelo crime, como forma de retribuição ao criminoso pela conduta ilícita, ficando de fora do seu fundamento jurídico qualquer consideração acerca de suas consequências sociais (efeitos secundários) e, assim, indiferente à pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade (ROXIN, 1988).

Desse modo, para os principais defensores desta teoria, a finalidade da pena esgotava-se no ideal da retribuição, com o seguinte diferencial.

Para Kant (1978), tratava-se de uma retribuição de cunho ético que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada e do castigo que lhe é imposto, aplicada tão somente porque houve a infringência da lei; enquanto Hegel, por sua vez, tratava-se de uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o direito, por meio de uma violência, em sentido contrário (KANT, 1978, p. 51).

Nessa congruência, sobre o pensamento de Kant, suas teses de definições da pena sempre valoraram a importância da espécie e medida da pena, explicando que cada um tem o castigo segundo a conduta ilegal que cometeu. Basta tomar por base a hipótese de Kant, para quem, se a sociedade se dissolvesse, ainda assim o último assassino deveria ser punido a fim de pagar pelo mal cometido, como afirma Hassemer e Muñoz Conde (2017, p. 230), ao dizer:

Si una sociedad viera que disolverse y sus miembros debieran espacirse por el mundo, antes de llevar a cabo dicha decisión el último asesino que se encontrara em prisión debería ser ejecutado para que así todo el mundo supiera el valor que merecían sus.

Assimila-se que, a favor das teorias absolutas, sustenta-se, como bem salientou Bacigalupo (2005, p. 24), o impedimento do sacrifício do indivíduo em favor da coletividade, impossibilitando a utilização do condenado para fins preventivos gerais, limitando a gravidade da pena aplicável (ROXIN, 1981).

Desse examinar, observa-se que duramente criticada pela irracionalidade, já que destinada somente a retribuir um mal com outro mal, pondera-se que ela contribui negativamente para a sociedade acabando por, na realidade, somar-se o mal da pena ao mal do delito, indiferente a qualquer tentativa de ressocialização do infrator ou de prevenção do delito com vistas à proteção dos bens jurídicos tutelados. Para esta teoria, a pena não possuiria nenhuma utilidade à sociedade, pressupondo-se, apenas, a sua necessidade (SHECAIRA, 2004, p. 28).

Destarte, em que pesem tais considerações, na atual conjuntura jurídica moderna, não há como se sustentar a execução de uma pena ignorando-se os seus efeitos secundários dentro da sociedade. Igualmente, sequer admite-se na era do Constitucionalismo Contemporâneo a execução da pena sem que esta guarde íntima relação com o princípio da proporção-

nalidade entre a sua aplicação e a gravidade do delito, desmitificando a possibilidade de sacrificar-se um indivíduo em favor da intimidação da coletividade e com este propósito apenas.

Por conseguinte, aflora nesta conjuntura outras teorias denominadas de teorias relativas da pena, pela Escola Positiva, que por sua vez são as teorias que atribuem à pena a utilidade como seu critério legitimador, concedendo à pena a função de prevenção de novos delitos de forma a manter a paz social, evitando a proliferação de condutas criminosas. Reconhecem que, segundo sua essência, a pena se traduz num mal para quem a sofre, mas, como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, a pena não pode bastar-se em si mesma, destituída de um sentido social-positivo, como salienta Nery (2015, p. 2), para quem a pena deve alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal: a prevenção.

Nessa percepção, tendo como critério legitimador a utilidade da pena, o seu caráter preventivo pode consistir um *caráter preventivo geral*, se o fim consistir na intimidação de autores potenciais do crime, ou um *caráter preventivo-individual*, se o fim consistir sobre o autor do delito cometido para que não reitere seu feito. Para melhor elucidação, Bacigalupo (2005, p. 25) assevera que:

O representante mais característico das teorias preventivos-gerais é Feuerbach, que sustentava que era uma preocupação do estado, que aquele que tenha tendências antijurídicas se veja impedido psicologicamente de se motivar segundo tais tendências. A ameaça da pena teria precisamente esta função de persuadir. [...] A prevenção especial se fundamenta em que a prática de um delito revela uma ameaça de futuras lesões ao ordenamento jurídico.

A concepção evidencia uma preocupação do Estado sobre as teorias em foco, sobretudo se aquele que possua tendências antijurídicas se veja impossibilitado psicologicamente de se atrair segundo tais orientações propostas pelas teorias da prevenção geral.

Nesse abranger, a teoria da prevenção geral sustenta a noção de que é por meio do Direito Penal que se pode solucionar a questão da criminalidade através da cominação penal que, ao mesmo tempo, pode intimidar os delinquentes potenciais (concepção estrita ou negativa da prevenção geral) e, por outro lado, servir para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito (concepção ampla ou positiva da

prevenção geral), firmando-se, estas, como as duas bases fundamentais da prevenção geral (ROXIN, 1981).

Nessa teoria da prevenção geral negativa, Zaffaroni e Batista (2003, p.117) explicam que “a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir tentação de cometer delitos”, de modo a se concluir que, para esta, se tal caráter retributivo não cumpre sua intimidação na sociedade, a pena também não cumprirá esta função.

Na compreensão posta, o aspecto positivo da teoria da prevenção geral relaciona-se com a manutenção da fidelidade jurídica dos cidadãos a partir do estabelecimento de diretrizes de conduta para a sociedade, através da demonstração do especial valor de determinados bens jurídicos, que se faz por meio da criação dos tipos penais e da cominação das penas correspondentes.

Nesse entender e inspirada na doutrina alemã, em especial nas ideias de Niklas Luhman (2016, p.45) e defendidas por Jakobs (1983, 6) a teoria de prevenção geral positiva opera através do efeito de pacificação que se produz quando, em virtude da aplicação e execução da sanção penal, a consciência jurídica da sociedade se tranquiliza e considera solucionado o conflito com o autor da infração, demonstrando-se que a legitimação da pena ocorrerá com a confirmação da vigência da norma, em que ao Direito Penal cumpre garantir a função orientadora das normas jurídicas. Nesse sentido, Baratta (1985, p. 5) assinala que

La pena es prevención-integración em el sentido que su función primaria es “ejercitar” el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad. [...] El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad social, em cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho.

A apreciação, destaca o pensamento de Günther Jakobs (*apud* BACIGALUPO, 2015, p. 33), resume o ponto de vista da teoria da prevenção geral positiva de maneira adequada ao dizer que “[...] o ilícito é um mal e o dever de suportar o custo deste mal que incumbe ao autor também é um mal. Por isso, a pena deve ser definida positivamente; é demonstração de validade da norma a cargo de quem era competente para o seu cum-

primento”.

No cenário em estudo, pontua-se que a pena, para esta concepção preventiva geral positiva, pois, caracteriza-se como uma medida capaz de reestruturar o sistema porque parte de uma concordância geral da sociedade, que depende da sua crença na pena e nas suas consequências severas para estabelecer o equilíbrio essencial à vida em sociedade, independente do delinquente ou de seu delito.

Acrescente-se o pensamento de Jakobs (2003, p. 1) ao defender que o funcionalismo jurídico penal é concebido como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade da norma, a “garantir a constituição da sociedade”. Desse inferir, no modelo em que o Direito Penal é parte da sociedade, é possível afirmar que somente a compreensão comunicativa do fato criminoso entendido como afirmação contrária à norma e a compreensão da pena como resposta que confirma a norma é que é possível estabelecer-se uma relação racional, conforme afirma Jakobs (2003, p. 3).

Ainda neste intuir, para Jakobs (2003, p. 7) existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal: cabe ao Direito Penal realizar esforços para assumir novos problemas sociais.

Feitos esses esclarecimentos e elucidadas as bases fundamentais da prevenção geral, essa teoria, de maneira geral, sofre críticas por se considerar que ela nega a ideologia da ressocialização e desconsidera que o delinquente tem a certeza de que não será descoberto, concluindo-se que a imposição da pena não é ameaça suficiente para impedir a realização do crime.

Essa ininterrupção desponta a teoria da prevenção especial, que considera a pena como uma necessidade. Empenha-se em evitar a prática do delito, entretanto, diferentemente da prevenção geral, direciona-se exclusivamente ao delinquente para que este não reincida na atividade delituosa, obedecendo a uma noção de ressocialização, porém, indiferente ao restabelecimento da ordem jurídica.

Dessa maneira julga-se importante salientar que esta teoria sofreu algumas modificações ao longo da história, pois em um primeiro momento, quando o positivismo fez dela a sua teoria da pena, houve um deslocamento do centro do Direito Penal do fato praticado ao seu autor, de modo que a pena seria uma medida de prevenção mediante repressão do

delinquente, podendo subdividir-se em duas outras possibilidades, cuja diferenciação baseava-se nas distintas formas de atuar da pena, seja na correção, na intimidação e segregação, ou seja, no segundo tipo de delinquente formado por principiantes ocasionais e habituais. Esta doutrina teleológica da diferenciação da pena ganhou destaque com os estudos de Franz VonLiszt, exposto em seu Programa de Marburgo em 1882, como bem ressaltou Bacigalupo (2015, p. 25-27).

Nesse encadeamento surge ainda na linha histórica exposta pelo referido autor, que a teoria da prevenção especial novamente experimentou outra roupagem na década de 1960, a partir de conhecimentos pedagógicos mais evoluídos e pontos de vista novos, em que o fim da pena foi definido de maneira uniforme por meio do conceito de ressocialização, ampliou-se espaço a considerações sobre a corresponsabilidade da sociedade no crime e sublinhou a importância da execução penal basear-se na noção de tratamento.

Até o presente, em que pese esse novo ponto de vista, as teorias preventivas fundadas na ressocialização do criminoso foram duramente criticadas face aos questionamentos acerca da sua possibilidade de verificação do ponto de vista prático, alcançável; ainda mais, se observada no âmbito dos estabelecimentos carcerários vigentes. Igualmente, mostra dificuldades nos casos em que não há necessidade de ressocializar o indivíduo, não solucionando integralmente a questão dos fins da pena.

Em conformidade com o narrado assoma, por fim, o terceiro grupo de teorias mencionado a respeito da pena, reporta-se às teorias mistas ou unificadoras, que combinam as diversas teorias mencionadas, mesclando os seus aspectos mais importantes. Nesse sentido, Azanha (2009, p. 07) afirma que

A pena seria imputada como retribuição da culpa e subsidiariamente como um instrumento de intimidação da generalidade, de forma a ressocializar o agente na medida do possível. Ou seja, a pena funcionaria como uma ameaça à sociedade, no momento de sua aplicação seria retributiva sendo um instrumento de prevenção geral e quando da sua execução, exerceria a prevenção especial.

Nota-se que, as teorias mistas, pois, tentam agrupar em um conceito único os fins da pena, combinando os princípios legitimadores das teorias absolutas e das relativas, no intuito de superar as lacunas que cada uma

apresenta, de modo a justificar a pena na sua capacidade de reprimir (retribuição da culpabilidade) e prevenir (proteção especial e geral) ao mesmo tempo, combinando os critérios de justiça e de utilidade.

Nesse sentido, Santos, (2006, p. 463) dispõe que na legislação brasileira o Código Penal aproveitou as teorias unificadas ao motivar a aplicação da pena conforme seja imprescindível e suficiente para condenação e prevenção do crime (artigo 59 do Código Penal Brasileiro).

Destarte, a reprovação revela, pois, a ideia de retribuição da culpabilidade, e a prevenção do crime, por sua vez, compreende as modalidades de prevenção especial com a neutralização e correção do autor e de prevenção geral com a intimidação e manutenção ou reforço da confiança na ordem jurídica conferida à pena criminal.

3. O DELINEAR DA TEORIA DA PROTEÇÃO SOCIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Nesse seccionamento aborda-se sucintamente a necessidade de compreender-se uma nova teoria da pena ou a dimensão de um Direito Penal enquanto instituição necessária do desenvolvimento social, e passa por um breve estudo que sirva de fundamento à exposição das ideias, objeto deste trabalho.

Depreende-se que a era da contemporaneidade é justamente rica em conflitos entre o conhecimento já produzido e as perspectivas de soluções para os problemas que se apresentam hoje. Em sua origem, a criminologia tem como função específica compreender e individualizar as causas das diversidades de fatores que determinam o comportamento criminoso (BARATTA, 2011, p. 30).

Advém, nessa lógica, a criminalidade positivista. A partir dos anos 1930 seguiu-se a concepção patológica da criminalidade, também de cunho científico, ora com as teorias sobre o fator biopsicológico, ora sobre as causas da criminalidade, sem, entretanto, pesarem a compreensão de que o modelo positivista tem a função de modelo para identificar as causas e fatores do fenômeno da criminalidade.

Esse modelo liberal positivista não partia da ideia de um delinquente doente ou indiferente, mas sim da ideia do delito como conceito jurídico, cuja resposta ao crime dava-se não como forma de deferir o delinquente, modificando-o, mas como mecanismo legal para defender a sociedade. Já

os limites dessa intervenção ficavam a cargo da utilidade da pena e pelo uso do princípio da legalidade, pois a escola liberal clássica é antecedente à moderna criminologia, e surgiu no final do século XVIII e início do século XIX, tendo como principais expoentes Bentham e Beccaria, sendo sucedido pela criminologia positivista no final do século XIX e início do século XXI.

Assim, as escolas liberais representavam uma crítica ao antigo regime, cujo objetivo era uma política criminal libertária deslocando sua atenção da criminalidade para o Direito Penal.

Ainda que por modos diversos, tanto a escola liberal clássica como a positivista tinham em comum a ideia lançada por Beccaria, que representa verdadeiramente a passagem do conceito filosófico para uma concepção jurídica do delito. Essa ideia é defendida por Baratta (2011, p. 33) a ponto de definir que a passagem do aspecto filosófico jurídico é responsável pela formulação parenquimática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo, num contexto de concepção liberal do direito baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número de pessoas e sobre as ideias do contrato social e da separação dos poderes.

Registre-se que, a base utilitarista de Beccaria, que decorre do princípio utilitarista da máxima felicidade e contrato social, segue o critério de que a pena é a medida mínima de sacrifício necessário da liberdade individual. Para Beccaria, a essência e a medida estão no dano social. Nesse sentido, o dano social e a defesa social são elementos fundamentais da teoria do delito e da pena.

Nessa ótica, Baratta (2011, p. 35) defende que a pena representa uma contraposição ao criminoso e que o fim da pena é a defesa social pela existência e exigência de uma sociedade originária. O sentido de sociedade aqui não é o mesmo da hipótese de pacto social de Beccaria.

Percebe-se que tanto a escola clássica como a positivista (ambas representantes da criminalidade moderna), realizam um modelo de ciência penal integrada, ou seja, na qual a ciência jurídica e a concepção geral de homem e sociedade estão intimamente ligadas, pois ambas defendem uma ideologia de defesa social como nó teórico político fundamental do sistema científico.

Assim, a ideologia da defesa social nasce junto com a revolução bur-

guesa cabendo-lhe a sustentação ideológica da sociedade burguesa e, à ciência, a codificação jurídica, e por esse viés, o conceito de defesa social “corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e aistórica de sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses” (BARATTA, 2011, p. 47).

Nessa concepção, a própria formação do Estado Moderno – como contraponto ao antigo regime no final do século XVIII – funda suas bases no liberalismo clássico tendo como ideologia a defesa social (o Estado é para nos defender), criando por meio da ciência, no caso o direito, a codificação normativa. Temos assim três pilares: o político com o liberalismo, o ideológico com a defesa social e o último pilar com a ciência jurídica e sua normatização.

No prisma posto, o conceito de defesa social é, portanto, a condenação dos modelos processuais realizados pelo Direito Penal moderno, sendo o ponto de chegada à evolução do Direito Penal e penitenciário. Ainda que a modernidade do Direito Penal e processual deva a sua fundamentação à ideia de defesa social, é preciso reconhecer que as bases dessa dogmática nos países em desenvolvimento tem sofrido forte abalo frente ao crescimento da criminalidade em massa. Seria o caso de nos perguntarmos: há uma nova teoria da pena em construção?

Dessa visão, a escola da defesa social baseia-se em seis princípios. Segundo Baratta (2011, p. 43), a) princípio da legitimidade – *que compreende o Estado como legitimado pela sociedade a representá-lo*; b) princípio do bem e do mal – *o desvio criminoso é o mal e a sociedade constituída é o bem*; c) princípio da culpabilidade – *o delito é fruto de uma atitude interior reprovável*; d) princípio da finalidade ou da prevenção – *a pena não tem somente de retribuir mas também a de prevenir*; e) princípio da igualdade – *a lei é para todos*; f) princípio do interesse social – *o delito representa o interesse fundamental de toda a sociedade*.

Em sequência do pensamento de Baratta (2013), um dos grandes expoentes da criminalidade contemporânea, entende que esse espaço definido pela defesa social encontrou seu ponto de origem e sustentação a partir de uma nova criminologia crítica. Segundo o autor (p. 47), o modelo vigente encontra-se superado por representar uma concepção abstrata e aistórica de sociedade.

Em resumo, ele defende que o modelo de defesa social vigente, com

inspiração nas escolas liberal e clássica, encontrou suas limitações no aspecto de sua ausência de contextualização social e representativa do modelo de conflito de classes, sendo hoje insuficiente para as questões contemporâneas, portanto um modelo em construção e uma saída, não uma ação interlocutiva entre a ciência penal e a criminológica, mas uma relação entre a ciência e a técnica, entendida esta última como a preparação de instrumentos legislativos, interpretativos e dogmáticos em vista de finalidades e opções político-criminais conscientemente percebidas no âmbito da concepção lógico apurativa e das discricionariedades valorativas do jurista não só no campo normativo, mas também na sua ampla transformabilidade no quadro constitucional (BARATTA, 2020, p. 156).

Estas teorias atacam os fundamentos da defesa social sem, entretanto, superá-la. Para esse papel de superação, o autor lança luz sobre uma nova ideia de criminologia (criminologia crítica) que seja a fusão do Direito Penal com a criminologia, a partir não de uma nova forma de construir o conhecimento criminológico com a superação das falhas do modelo de defesa social preso às suas amarras estruturais de ordem econômica social para uma ideia de fusão da teoria e práxis que está em construção e que visam um processo de elaboração teórica voltada para a construção de uma teoria materialista do desvio dos comportamentos socialmente aceitos e da criminalização.

Observa-se que esse novo modelo não deve reproduzir as estruturas sociais, mas sim transformá-las a partir do interesse das classes subalternas. Na perspectiva desse estudo, ainda que o modelo do referido autor proponha uma crítica ao modelo social, especialmente no que diz respeito a ele ter um papel de reproduzir um modelo social de desigualdade vigente no modelo capitalista, traduzido como costumes e leis distantes das práxis, é preciso fazer-se algumas considerações: 1) O modelo de Baratta é algo em construção, a partir de uma sociedade ideal e democrata, sem apontar claramente como construí-lo; 2) Baratta também não explica do ponto de vista material como seria possível “identificar os interesses da maioria desassistida” como conteúdo para a maioria desejada; 3) Da mesma forma deixa em aberto a metodologia para se chegar a essa fusão entre teoria e práxis, ou conceituando a melhor técnica jurídica, referindo-se apenas a uma metodologia inovadora.

Assim, afirma-se que um desencontro histórico hoje patente entre o Direito Penal e a criminologia, representada pela absoluta falta de resposta dos sistemas penais aos anseios sociais de eficiência e garantia dos direitos fun-

damentais, implica em uma releitura necessária da defesa social fundamento consolidado do Estado Moderno como resposta ao crime.

Ora, o fundamento do direito e da pena é o de que o Estado está legitimado a defender a sociedade da criminalidade, daí a ideia de defesa social. Se a crítica à defesa social feita por Baratta (2013) reside no fato do distanciamento entre o Direito Penal e a criminologia, ou entre a teoria e a práxis a partir dos problemas contemporâneos, o que se percebe é que na verdade esse desequilíbrio é próprio da dinâmica social, numa sociedade complexa onde o acirramento ou o aprofundamento do modelo capitalista de desigualdade deveria gerar uma resposta social por igualdade de condições. É justamente o elemento de defesa social que deve equalizar essas forças a partir de seus mecanismos, neste caso, o ordenamento jurídico penal.

Dessa perspectiva, o principal ponto da narrativa da defesa social é o fato de que ela é concebida no modelo liberal individualista gerando uma falsa dicotomia conflituosa entre os direitos individuais e a resposta necessária do Estado ao crime. Deve-se lançar luz no ponto central, no fato de que o conflito não entre o indivíduo e o Estado, mas sim entre os direitos do indivíduo e os direitos da coletividade onde o indivíduo também está contido, tornando, assim, a relação mais humanizada, pois iguala os polos do enfrentamento.

No conjunto apresentado, estabelecidas as premissas e em que pesem os posicionamentos em contrário, na verdade, há que se atentar que as teorias ecléticas adotadas no Código Penal (1940), no Código de Processo Penal (1941) e na Lei de Execução Penal (1984) refletem a realidade da sociedade e do modelo de Estado de quando editados e, portanto, anteriores à Constituição Federal de 1988.

Por esse ângulo, em meio ao século XX e aos novos anseios da sociedade contemporânea, percebe-se que a pena não apresentou capacidade de reprovar, retribuir, reparar, ressocializar, ou seja, não alcançou os seus objetivos, permanecendo apoiadas em considerações teóricas que, até então, não puderam ser demonstradas. Para isso, basta analisarmos a crescente massificação do crime no país, a realidade carcerária brasileira, a inexistência de mecanismos mais eficazes de ressocialização dos condenados, a impunidade, a ausência de mecanismos de reparação às vítimas do crime, a crise da segurança pública, a tensão, o medo e caos em que vive, hoje, a sociedade.

Observa-se que a finalidade da pena, segundo as teorias do século

XX, focava-se na prática apenas na figura do criminoso em detrimento do coletivo, adotando-o como única referência para a qual a pena deveria se destinar. Atualmente, em sede do Novo Constitucionalismo e de tudo que o movimento representa, o panorama da teoria da pena deve ser modificado e ampliado, segundo novos paradigmas, em razão das multifaces que a sociedade contemporânea representa e das mais diversas sensações que experimenta diante dos acontecimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No itinerário deste artigo, apresentou-se uma discussão teórica sobre o Direito Penal e o Processual Penal contemporâneo pontuando principalmente o novo constitucionalismo e a sociedade atual, considerando sua complexidade e adoção de riscos; a função do Direito Penal e a Teoria da Pena e a teoria contemporânea da pena pontuando sucintamente a teoria da proteção social.

O Direito Penal e o seu ramo processual exercem fundamentais papéis para a concretização do que se pode denominar Estado Constitucional de Direito, na medida em que devem ser compreendidos como instrumentos de concretização dos direitos e garantias fundamentais. Não são fins em si mesmos, mas componentes do sistema jurídico, tributários da Constituição Federal e de seus objetivos democráticos e de justiça.

Nesse arcabouço, pode-se verificar que a pena não pode e nem deve tornar-se um meio de vingança social em detrimento dos condenados, assim como também não deve estabelecer as linhas a serem seguidas pelos legisladores e pelos operadores do direito a fim de aplicá-la com o único intuito de ressocializar o apenado e lhe reabilitar para voltar a conviver com seus pares. Consequentemente, nota-se também a importância de se obedecer aos princípios informadores da pena, isto é, a necessidade de se obedecer a Constituição Federal e os Direitos Humanos de cada cidadão.

Percebeu-se também que na doutrina brasileira predominam as teorias unificadas, em que não se exige a prevalência de uma determinada função, mas ao contrário, apresenta diversas finalidades: reprovar, retribuir, reparar, ressocializar e prevenir, como disposto em diferentes artigos no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

Por fim, constatou-se que a nova realidade vivenciada no século XXI exige que se lance um olhar ao crime e à pena sob outro viés que não só o

do criminoso, impondo-se o dever de repensar uma nova teoria da pena e, conseqüentemente, da razão de ser do próprio Direito Penal, e o papel do Estado na proteção social é interferir na ordem econômica/social para favorecer igualdade de oportunidades e o exercício das liberdades básicas dos indivíduos e da coletividade, tornando-se fundamental uma proteção social efetiva para a garantia do bem-estar social e da paz coletiva.

REFERÊNCIAS

AZANHA, Débora de Macedo. **Fundamentos da pena: teorias e limites constitucionais da pena.** Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/debora-de-macedo-azanha.pdf>>. Acesso em nov. 2018.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte Geral.** Tradução de André Estefan. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. Tradução do espanhol da 2ª edição do Derecho Penal – Parte General, Buenos Aires, Editoria Hammorabi, 1999. Editora Malheiros Editores LTDA.: São Paulo, 2015.

BALDISSERA, Rafaela dos Reis. O juiz como garantidor do processo penal. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XVII, n. 127, ago. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12425?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15114&revista_caderno=22>. Acesso em 15 nov. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** 6. ed. Rio de Janeiro:

REVAN, 2011. 7. ed. Reimpressão, julho, 2020.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

FERNANDES, Fernando. **O processo Penal como instrumento de Política Criminal.** Coimbra: Almedina, 2001, p. 46 (Coleção Teses)

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología.** Valencia, 10. ed. Tirant lo Blanch, 2017.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios Fundamentais da Filosofia do Direito.** Tradução Orlando Vitorino São Paulo: M. Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004.

_____. **El derecho penal como disciplina científica**. Madri: Civitas, 2008.

_____. **La pena estatal: significado y finalidad**. Tradução Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 2006.

_____. **¿Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Santiago: Cuyo, 2001.

_____. Strafrecht. Allgemeiner Teil. In: BARATTA, Alessandro. **Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, De Gruyter, Berlin, New York, 1983.

KANT, Immanuel. **Introducción a la teoría del Derecho**. Introdução e tradução de Felipe González Vicén. Centro de Estudios Constitucionales. Colección Civitas. Reimp. de la 1ª edic. Madrid, 1978.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Barcelona: Anthropos, 2016, p. 45.

MARAFIOTI, Luca. La Giustizia penale negoziata. **Milano**: Dott A. Giuffrè Editore, 1992.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 20 de jun. de 2005. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2146/teorias_da_pena_e_sua_finalidade_no_direito_penal_brasileiro>.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1998.

_____. Strafrechtliche Grundlangen probleme, 1973; Zugaldía Espinar, In: **Revista Del Poder Judicial**, n. 13, 1989,

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**: São Paulo: RT, 2004.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. A imediação na avaliação da prova no processo penal e o papel dos tribunais. In: **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. Brasília: ANPR, 2016, p. 105–127. Disponível em: <http://anpr.org.br/images/assets/uploads/files/publicacoes/q%20-%20s/Sistema_Acusatorio.pdf>.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.