

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS  
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS  
CURSO DE DIREITO**

**JANF DUDLEY BACKES**

**A RACIONALIDADE LEGISLATIVA, O FUNCIONALISMO DO DIREITO  
PENAL E A ESTRUTURAÇÃO DO INSTITUTO DA PENA.  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa  
2018

**JANF DUDLEY BACKES**

**A RACIONALIDADE LEGISLATIVA, O FUNCIONALISMO DO DIREITO  
PENAL E A ESTRUTURAÇÃO DO INSTITUTO DA PENA.  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira

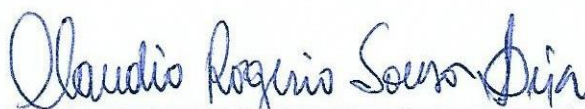
Santa Rosa  
2018

**JANF DUDLEY BACKES**

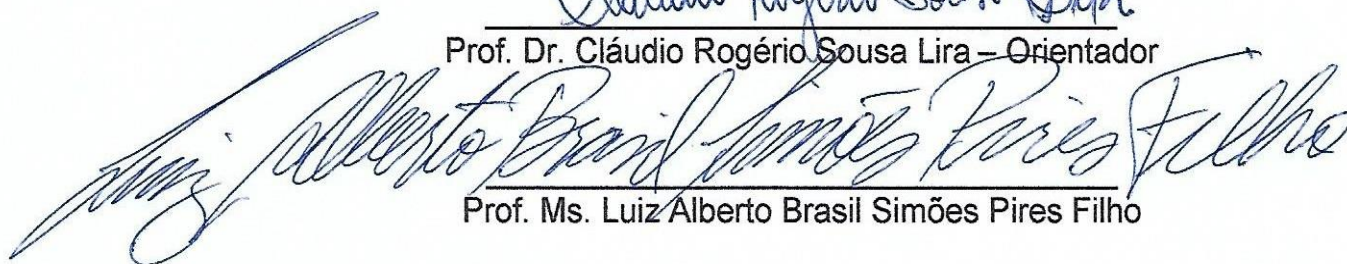
**A RACIONALIDADE LEGISLATIVA, O FUNCIONALISMO DO DIREITO  
PENAL E A ESTRUTURAÇÃO DO INSTITUTO DA PENA.  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira – Orientador



Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho



Prof. Ms. Marcelo Mendes Lech

Santa Rosa  
2018

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus pais e a minha irmã, pois eles representam o que eu tenho de mais valioso na vida. Apesar de todos os contratempos e dificuldades que passamos sempre me incentivaram a estudar e a dar o meu máximo. Eles são meu exemplo e a fonte de tudo que eu represento. Sou o que sou por eles e, também por eles, sempre buscarei ser melhor. A espelho da sua fé na educação, dedico este trabalho, de igual forma, a todas as pessoas que acreditam e investem no conhecimento, pois vocês estão mantendo viva a esperança de um futuro melhor para todos nós.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço inicialmente a Deus, que na sua infinita bondade me permitiu chegar até aqui e a alcançar inúmeras conquistas durante essa caminhada.

Agradeço aos meus pais, Francisco (Gringo) e Ema, pela educação que me proporcionaram e por todos os ensinamentos de vida. Obrigado por me ensinarem o valor do esforço, da dedicação, do respeito e da empatia. A vida se tornou extremamente fácil e gratificante com a presença de vocês.

Agradeço a minha irmã, que muito além de me apoiar, sonhou junto comigo todos os meus sonhos. Obrigado, Mana, por acreditar em mim e no meu potencial, isso sempre me deu forças para continuar.

Sou igualmente grato a todos os meus familiares e amigos, pessoas que participaram junto da minha caminhada acadêmica e pessoal, auxiliando, de alguma forma, para que eu me tornasse a pessoa que hoje sou.

Não poderia deixar de agradecer também ao meu orientador, Professor Cláudio Rogério Sousa Lira, que, dentre tantas qualidades notáveis, é um ser humano de coração enorme, batalhador e inspirador. Agradeço pela confiança que me passou durante os estudos, desde as primeiras aulas de direito penal, até esse momento eufórico da monografia. Guardarei sempre, com enorme carinho, a amizade que construímos.

Sou igualmente grato à Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA), especialmente na pessoa da Professora Bianca, coordenadora do curso de Direito, pelo ambiente aconchegante e familiar que nos fora proporcionado, impulsionando ainda mais a construção do saber.

“O mundo está nas mãos daqueles  
que têm a coragem de sonhar e correr o  
risco de viver seus sonhos.”

Paulo Coelho

## RESUMO

Este trabalho abordará o funcionalismo do sistema jurídico-penal, a sua racionalidade no tocante a atividade legiferante e a estruturação da pena no contexto do Estado e do direito. Delimitar-se-á o estudo na análise do procedimento de construção das leis e da ascensão social do direito, de modo a tecer uma inter-relação entre os fundamentos que legitimam o texto legislativo e a sua função no sistema jurídico, com o objetivo de avaliar os seus reflexos no processo de estruturação da pena no cenário político, social, econômico e cultural. Por meio desta investigação buscar-se-á compreender quais são os efeitos/reflexos da expansão do direito penal (sua funcionalidade) e do conseqüente modelo de estruturação da pena no processo de composição legislativa, considerando a sua racionalidade, os seus objetivos/finalidade, a sua ideologia e o seu protagonismo no meio social. A pesquisa reputa-se de extrema relevância, pois se trata de um assunto complexo, que, de forma específica, ainda encontra certas “limitações” ao seu desenvolvimento (efetiva difusão e aplicação teórica), de modo que, pretende-se, por meio do estudo, servir de norte e inspiração para posteriores estudos que venham a se realizar sobre a temática, bem como colaborar com a construção jurídica acerca dos institutos a fim de auxiliá-los a integrar coesamente o sistema. A pesquisa caracteriza-se como sendo teórica, pois esculpirá a temática delimitada utilizando-se da documentação indireta, cujo procedimento técnico adotado será o bibliográfico-documental. O trabalho irá abordar os dados obtidos de maneira qualitativa por meio do método hipotético-dedutivo, obedecendo aos procedimentos funcionalista e estruturalista. Quanto aos fins, será exploratória e explicativa e os dados alcançados pela presente investigação serão ilustrados de maneira descritiva e explicativa. A divisão será feita em três capítulos que irão buscar uma aproximação conceitual de cada instituto e contextualizá-los de acordo com a proposta do trabalho.

Palavras-chave: funcionalismo – racionalidade – estruturação da pena.

## **ABSTRACT**

This work will address the functionalism of the criminal-legal system, its rationality regarding the legal activity and the structuring of the sentence in the context of the State and law. The study is delimited in the analysis of the procedure of construction of laws and social ascension of the law, in order to interrelate the foundations that legitimize the legislative text and its function in the legal system, in order to evaluate their impact in the process of structuring the sentence in the political, social, economic and cultural scenario. The purpose of this investigation is to understand the effects / reflexes of the expansion of criminal law (its functionality) and the consequent model of sentence structure in the process of legislative composition, considering its rationality, its objectives / purpose, its ideology and its empowerment in the social environment. The research is considered of extreme relevance, because it is a complex subject, that, in a specific way, still finds certain "limitations" to its development (effective diffusion and theoretical application), so that, it intends, through the study, to serve as a guide and inspiration for further studies that may be carried out on the subject, as well as collaborate with the legal construction of the institutes in order to help them integrate the system cohesively. The research is characterized as being theoretical, because it will sculpt the delimited subject using the indirect documentation, whose technical procedure will be the bibliographic-documentary. The work will approach the data obtained in a qualitative way through the hypothetical-deductive method, obeying the functionalist and structuralist procedures. Regarding its purpose, it will be exploratory and explanatory and the data reached by the present investigation will be illustrated in a descriptive and explanatory way. The division will be made in three chapters that will seek a conceptual approximation of each institute and contextualize them according to the purpose of the work.

Key words: functionalism - rationality - sentence structure.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1 RACIONALIDADE LEGISLATIVA: A CRIAÇÃO DAS LEIS E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>12</b>
1.1 ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PENAL: A PERSPECTIVA DA LEI NO CENÁRIO HISTÓRICO E A EVOLUÇÃO DA PENA.....	13
1.2 A EXPANSÃO DOS BENS JURÍDICOS E DOS ASPECTOS AXIOLÓGICOS DOS SEUS PRESSUPOSTOS.....	20
1.3 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E A SUA INTERFERÊNCIA NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO SISTEMA PENAL.....	24
<b>2 A EFICÁCIA DA LEI PENAL: A TELEOLOGIA DA LEI E O FUNCIONALISMO PENAL.....</b>	<b>28</b>
2.1 A POLÍTICA CRIMINAL E A SUA INSERÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA JURÍDICO PENAL.....	29
2.2 A ESTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS E A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL.....	33
2.3 A PERSPECTIVA FUNCIONALISTA NO DIREITO PENAL.....	36
<b>3 A PERSPECTIVA FUNCIONALISTA EM RELAÇÃO À PENA.....</b>	<b>39</b>
3.1 A PENA E SUAS IMPLICAÇÕES.....	40
3.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FINALIDADE PUNITIVA.....	45
3.3 ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DO CONTEXTO SOCIAL E DOS REFLEXOS DO EXERCÍCIO DO JUS PUNIENDI NA ORDEM JURÍDICA.....	48
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho investiga o arcabouço do sistema jurídico-penal, da racionalidade e simbologia dos seus pressupostos e da estruturação da pena no contexto do Estado e do Direito. Este trabalho irá delinear o procedimento de construção das leis e da ascensão social do direito, de modo a tecer uma inter-relação entre os fundamentos que legitimam o texto legislativo e a sua função no sistema jurídico, avaliando os seus reflexos no processo de estruturação da pena no cenário político, social, econômico e cultural.

Para tanto, realizar-se-á a construção de aproximações conceituais e aferições condizentes a cada aspecto ressaltado, assim como a especificação das proposições centrais do estudo e a explanação da afinidade existente entre elas. O referencial teórico no intuito de construir uma resposta satisfatória para entender quais são os efeitos/reflexos da expansão do Direito Penal (sua funcionalidade) e do conseqüente modelo de estruturação da pena no processo de composição legislativa, considerando a sua racionalidade, os seus objetivos/finalidade, a sua ideologia e o seu protagonismo no meio social.

Objetiva-se analisar o contexto do funcionalismo penal e da afirmação do instituto da pena na composição legislativa, sob a perspectiva dos seus fundamentos, objetivos, ideologia e racionalidade, a fim de compreender a lógica dessa hermética estrutura e elucidar o seu significado e desdobramentos. Ainda, pretende-se evidenciar por meio do estudo doutrinário uma síntese que proporcione uma melhor compreensão do funcionalismo do Direito Penal, do processo de estruturação da pena e da racionalidade legislativa, de forma que se possa estabelecer a relação entre a previsão teórica e a efetivação prática de cada instituto no contexto do Estado de Direito, desenvolvendo, por meio das asserções obtidas, uma aproximação conceitual que possa ser identificada nos dois contextos, a fim de edificar uma visão que possa contribuir com o debate e a pesquisa dos assuntos abordados, de forma a desmistificar a elaboração de conceitos vagos e imprecisos sobre o tema.

O trabalho reputa-se de extrema relevância, sendo que os estudos que versam sobre a temática do Direito Penal, hodiernamente, estão em constante debate, figurando com frequência as mesas de discussões políticas, acadêmicas e sociais. Uma nova “faceta” do funcionalismo jurídico/penal tem resultado em contrastes sociais significativos, além de ter interferência direta na instituição e aplicação da sanção punitiva, circunstâncias que instigam a realização deste estudo.

Por se tratar de um assunto complexo, que, de forma específica, ainda encontra certas “limitações” ao seu desenvolvimento (efetiva difusão e aplicação teórica), esta pesquisa pretende servir de norte e inspiração para posteriores estudos que venham a se realizar sobre a temática, bem como colaborar com a construção jurídica acerca do instituto a fim de auxiliá-lo a integrar coesamente o sistema. Ademais, o Direito Penal é um fundamento basilar do sistema jurídico e se apresenta como um verdadeiro alicerce para a sociedade, na medida em que garante, em última razão, a efetivação das premissas básicas que orientam a vida do grupo e possibilitam a convivência harmônica dos cidadãos.

A pesquisa caracteriza-se como sendo teórica, pois esculpirá a temática delimitada utilizando-se da documentação indireta, cujo procedimento técnico adotado será o bibliográfico-documental, dando ênfase à doutrina jurídica e às publicações acadêmicas cujo conteúdo contemple as pretensões dessa investigação. O trabalho irá abordar os dados obtidos de maneira qualitativa, analisando-os de acordo com o método hipotético-dedutivo, por meio do qual se construirá um conjunto de conjecturas baseadas no atual cenário político, jurídico e social, no sentido de elucidar e informar, objetivos almejados por esse trabalho. Para auxiliar o método principal, utilizar-se-á, também, o método histórico, a fim de dar suporte na construção da fundamentação teórica do trabalho.

A pesquisa obedecerá aos procedimentos funcionalista e estruturalista e, quanto aos fins, será exploratória e explicativa. Os dados alcançados pelo estudo serão ilustrados para a academia e demais leitores interessados de forma descritiva e explicativa, com o intuito de esclarecer e instigar o debate acerca do seu campo conceitual e da sua incidência prática no mundo jurídico.

O trabalho irá se estruturar em três momentos, nos quais serão abordados os assuntos relativos à racionalidade legislativa, funcionalidade da lei penal e função da pena, respectivamente.

Buscar-se-á, durante o seu desenvolvimento, reconstruir o contexto de incidência e estruturação da legislação na sociedade, bem como o contexto de situações e elementos que germinaram o que se conhece, atualmente, como o sistema jurídico organizado.

Ademais, irá se explanar, nesse contexto, a finalidade da legislação penal, ou melhor, um contraponto entre o que se entende ser o seu objetivo, de modo a tracejar, ainda que não exaustiva, uma perspectiva acerca da sua teleologia. Abordar-se-á também, para isso, as questões que exteriorizam a estrutura do sistema, mas que estão intimamente ligadas com a sua manutenção.

No último momento trabalhar-se-á a pena no contexto social, as suas implicações no contexto do Estado de Direito, tecendo algumas considerações acerca da finalidade punitiva propriamente dita. De igual forma, procurar-se-á, resumidamente, formular uma análise e interpretação dos reflexos que o exercício do *jus puniendi* produz no círculo social.

## **1 RACIONALIDADE LEGISLATIVA: A CRIAÇÃO DAS LEIS E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**

A racionalidade, antes de tudo, presume um agir pensado, com reflexão, pautado em uma sistemática capaz de favorecer o processo legislativo, tanto na questão teórica (o texto dispositivo) como na questão prática (a aplicação da lei propriamente dita).

Construir uma legislação e, sobretudo penal, não é tarefa fácil. Essa tarefa se avoluma ainda mais quando o “criador” das leis precisa manter uma conexão da norma gestada com o a estrutura jurídica do País. Aliás, essa conexão deve permear o processo de racionalidade legislativa com a estrutura do sistema jurídico. Maior ainda deve ser a atenção do legislador no processo de criação da lei quando a norma se reveste de caráter punitivo, como é o caso da norma penal.

Busca-se, a seguir, analisar a estrutura do sistema jurídico e o processo de racionalidade para a produção de lei penais.

### **1.1 ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PENAL: A PERSPECTIVA DA LEI NO CENÁRIO HISTÓRICO E A EVOLUÇÃO DA PENA**

A pesquisa e estudo de qualquer instituto exigem, indispensavelmente, que seja trabalhada também a sua origem, a fim de evitar que o apanhado cognitivo construído acerca de suas reflexões esteja viciado por lacunas e imperfeições.

A sistemática de exercício do Direito Penal que se conhece é resultado de um processo extremamente complexo e demorado que permanece até hoje, envolvendo as questões sociais, econômicas, políticas e culturais de cada época, sendo influenciado diretamente por suas particularidades. A sua estruturação está diretamente ligada à instituição da sociedade (embrionária) e, posteriormente, do Estado.

Precedendo a instituição do grupo social organizado, houve uma época da história em que o homem viveu sozinho, sem manter nenhuma relação com os seus semelhantes, excetuando-se algumas disputas ímpares que aconteciam esporadicamente quando os indivíduos estabeleciam algum tipo de contato. No entanto, em determinado período, fundamentada em razões que transcendem o

próprio poder de decisão das pessoas, houve a superveniência de uma “necessidade” do grupo, quase que uma exigência de que os indivíduos passassem a estabelecer relações com os demais, para que dessa forma o ser humano pudesse auferir algumas vantagens, e assim, garantir a sua sobrevivência. (DALLARI, 2013).

Na história humana

[...] chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promove-lo. Esse bem é o bem comum ou o bem público, e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a união de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana. (DABIN, *apud* AZAMBUJA, 2008, p. 19).

Frisa-se que existem duas teorias predominantes acerca do processo de estruturação da sociedade: a Teoria da Sociedade Natural e a Teoria da Sociedade Contratual. Em síntese, ambas afirmam ser a sociedade resultado da conjugação de um impulso associativo natural e a cooperação da vontade humana. (DALLARI, 2013).

A organização dessa sociedade primitiva teve como base fundamental de qualificação do “status social” a força bruta do indivíduo. As pretensões dos indivíduos dessa sociedade embrionária e arcaica, relacionadas, primordialmente, a disputas por território, área de alimentação e acasalamento (necessidades básicas), eram orientadas e regidas pela lei do mais forte. Essa forma obsoleta de organização pregava uma liberdade exacerbada, que, por deixar uma ampla margem de manutenção dos “direitos”, fazia com que outros fossem suprimidos ou se submetessem ao exercício daqueles. (ROUSSEAU, 1999).

Conforme preceitua Jean Jacques Rousseau,

Essa liberdade comum decorre da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em zelar pela própria conservação, seus primeiros cuidados são aqueles que deve consagrar a si mesmo, e, tão logo alcança a idade da razão, sendo o único juiz dos meios adequados à sua conservação, torna-se por isso o seu próprio senhor. (ROUSSEAU, 1999, p. 10).

Os próprios efeitos desse sistema organizacional deram causa à sua ruptura. Exigiu-se, por questões de subsistência e preservação da espécie, que fosse adotada uma postura diferente de convivência entre os indivíduos, principalmente no tocante aos direitos e às obrigações inerentes a cada pessoa. A sociedade sentiu a necessidade de estabelecer parâmetros normativos que passassem à regular a conduta dos indivíduos, modulando o exercício das liberdades individuais, para possibilitar, de tal forma, o convívio social e o proveito dos seus benefícios.

A verdadeira teleologia social repousa na satisfação das necessidades básicas das pessoas, na proteção do grupo e na preservação da espécie. O termo sociedade designa, de forma objetiva, um grupo de pessoas que mantem relações e almeja um ideal comum. Esse “agrupamento de pessoas” é a fonte que alimenta e que deu origem aos afluentes do Estado, do Direito, da Pena, dentre tantos outros.

O fato é que somente com a sociedade existiu a necessidade de se ter uma determinada instituição que fosse “gerir” esse poder, subentendido como a soma de vontades da população (a qual também implica em algumas submissões individuais em favor do grupo). Ainda, não se pode perder de vista que o Direito arcaico era equivalente ao uso da força e, essencialmente, com o advento da sociedade, exigiu-se a determinação de regramentos que fossem comuns a todos e que se orientassem por alguns princípios de ordem moral/social. Consequentemente, aos que respeitam esses regramentos, estabeleceram-se sanções com o intuito de prevenir e reprimir as condutas que afrontassem aos seus preceitos (delitos).

Com essa nova perspectiva organizacional surge, então, a figura embrionária do Estado, instituição político-administrativa, encarregada, dentre outras funções, de zelar pelo múnus público. O poder e a liberdade já não são mais orientados por fundamentos anarquistas, pois obedeciam a uma lógica social, a qual primava o coletivo em detrimento do particular. O poder passou a ser centralizado, esculpido na figura soberana do Estado, e limitado nas relações entre particulares. (MAAR, 1985).

Nesse primeiro momento, quando o número de pessoas que compunham a sociedade ainda não era tão expressivo, possibilitou-se que a vontade do grupo (aqui entendida como construção, ou seja, a criação de um regramento) fosse concebida após uma discussão conjunta das pessoas que faziam parte do contexto social daquele local em específico, a chamada democracia direta (um exemplo que retrata de forma fiel esse contexto é a Ágora ateniense). (MALUF, 2007).

Entretanto, com o passar dos anos, houve a incidência de um alto contingente populacional, e já não era mais viável que, para que fossem tomadas as decisões, se exigisse a participação direta de todos os cidadãos na sua construção. Nesse contexto, nasce a figura da democracia representativa, pela qual o povo elege os seus representantes para que decidam acerca das questões de interesse público daquele grupo social. Foi nesse segundo momento que o arcabouço estrutural do atual sistema de exercício do poder passou a evoluir com maior ênfase. (MALUF, 2007).

O conceito de Estado não é simples de construir. As diversas facetas de atuação do Estado resultam em uma pluriconceitualização do termo Estado. Contudo, “as principais contribuições para a compreensão do Estado têm sido dadas pelas teorias clássicas, mormente pelo marxismo e pelo liberalismo<sup>1</sup>”. Morrison (2006, p. 331) defende que o “Estado é tanto uma organização política, algo funcionalmente determinado pelos processos sociais, quanto uma ilusão. Para funcionar, para assumir sua forma, o Estado depende do direito e da ideologia”. Esse autor sustenta que a criação do Estado se deu em razão do trabalho e do desenvolvimento crescente das relações de classe. (2006, p. 331)

Os principais elementos constitutivos do Estado são: território, povo e poder. Hans Kelsen<sup>2</sup> vai dizer que

se o Estado é uma ordem jurídica, então deve ser possível transformar os problemas que surgem dentro de uma teoria geral do Estado em problemas que façam sentido dentro da teoria geral do Direito. Deve ser possível apresentar todas as propriedades do Estado como propriedades de uma ordem jurídica. Quais são, então, as propriedades características de um Estado? A doutrina tradicional distingue três “elementos”: seu território, seu povo e seu poder.

O estudo do Estado pode ser melhor compreendido quando se divide em três momentos: a) o pré-Estado, entendido como aquele da época anterior à modernidade, b) o Estado, do período moderno, e c) o pós-Estado, estruturado no período da pós-modernidade. (DALLARI, 2013).

A figura atual do Estado (fruto de um longo período de evolução), por consequência, é a responsável pela manutenção da vontade do povo, pois

---

<sup>1</sup> VERONESE, Osmar. Constituição: reformar para que(m)? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. Teoria geral do estado e do direito. Tradução Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins fontes, 1990.



representa os seus interesses, e por isso é o detentor direto do exercício do poder, o qual realiza a partir da atividade política. A política é a ciência da organização, direção e administração do Estado, e é elemento essencial e indispensável à sua preservação. (MAAR, 1985).

Sobre isso, leciona Maar que

A atividade política institucional do Estado é um conjunto de respostas a necessidades da vida social desenvolvidas pelos homens em sua história, como a organização da vida coletiva e o atendimento de objetivos comuns. Esta proeminência dos negócios públicos sobre os individuais é a causa básica para o desenvolvimento de uma estrutura de poder – a superestrutura do Estado – que ordena e disciplina a base social a que corresponde. (MAAR, 1985, p. 50)

Denota-se que o Estado é a instituição a que incumbe, por intermédio da aplicação do direito, garantir as condições mínimas existenciais de ordem social. E o Direito é, por excelência, um conjunto positivado desse mínimo existencial necessário à preservação da pessoa e da sua dignidade, que ao Estado cumpre assegurar. (MALUF, 2007, p. 1).

A ordem institucional e social passa a desfrutar de uma garantia que tem como escopo a figura imponente do Estado, sob a premissa argumentada por Azambuja da seguinte forma:

[...] não me posso furtar às suas decisões senão a preço de uma penalidade. Não posso em nenhum caso importante me subtrair à sua jurisdição. Ele é a fonte última das decisões no meio normal da minha existência, e isso dá, à sua vontade, uma importância para mim maior que a dos outros grupos. O Estado pode decidir esmagar-se de impostos, pode opor-se à prática de minha religião, pode obrigar-me a sacrificar a vida em uma guerra que eu considere moralmente injusta, pode negar-me os meios de cultura intelectual, sem os quais, no mundo moderno, não conseguirei desenvolver minha personalidade. (AZAMBUJA, apud LASKI, 2008, p. 21).

Simplesmente, aquilo que se concebe como forma do Estado é apenas um caso especial da forma do direito em geral. (KELSEN, 2009, p. 310). Desse modo, percebe-se que o Estado é tão dependente do Direito, como dele é o Direito. É por isso que existe a forma “Estado de Direito”.

É de conhecimento geral que a concepção da palavra Direito envolve um cenário amplo e implexo, e, por isso, todo operador do direito deve ter a cautela quando pretender formular uma aproximação conceitual sua, devido a toda essa

complexidade substancial que engloba a matéria, para não incidir nos erros do “homem comum”.

Para o homem comum, o Direito

corresponde a uma certa atitude, uma forma de pensar, uma maneira de referir-se às instituições humanas em termos ideais. Trata-se de uma exigência do senso comum, profundamente arraigada, só sentido de que aquelas instituições de governo dos homens e de suas relações simbolizem um sonho, uma projeção ideal, dentro de cujos limites funcionam certos princípios, com independência dos indivíduos. (FERRAZ JUNIOR, *apud* ARNOLD, 2015, p. 11).

A construção histórica dos direitos perpassou por um procedimento complexo e moroso que se presencia, ainda, nos dias de hoje. Apesar de todos os discursos poéticos e utópicos, essa construção de ideologias a fim de perseguir, no seu resultado final, o bem comum social, teve vários enlances contrapostos, alimentados pelo egoísmo pessoal e pela busca do poder. No entanto, a efetivação dos direitos de uma forma justa, na prática, não procede dessa forma utópica.

O fato é que o direito está em praticamente tudo, e percebe-se que ele só pode existir em função do homem. O Direito não é só a lei, o judiciário, o Estado. O Direito não é apenas uma ciência jurídica. E não apenas isso, está em constante transformação do seu conteúdo, atividade, prioridades, etc..., tornando ainda mais difícil esse trabalho de “adaptação”. (DINIZ, 2010).

É por essa razão que Ferraz Júnior afirma que “por tudo isso podemos perceber que o direito é muito difícil de ser definido com rigor.” (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 11). Defini-lo, “[...] é dar uma noção restrita do direito reduzida ao complexo de normas disciplinadoras da conduta social, correspondente, por exemplo, ao direito dos contratos, ao direito de família etc.” (GUSMÃO, 2013, p. 49).

Inobstante a dificuldade em estabelecer uma conceituação que seja suficiente para representa-lo, há de se concordar que um Direito sem efetividade prática não é direito. O Direito existe para ser realizado, e não haveria lógica se de outra forma procedesse. Isso é o que difere o Direito de uma ordem moral, a coercitividade.

Acerca da diferença do Direito das outras normas, Hans Kelsen assim leciona:

Uma distinção entre o direito e a moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O direito só pode ser distinguido da moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma

determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 2009, p. 71).

A interpretação desse contexto nos permite inferir que “por certo a força da lei está e parece ter estado sempre vinculada a normas capazes de serem impostas e respeitadas pela coerção.” (LLOYD, 2000, p. 33). O Direito, não fosse o seu caráter coercitivo/impositivo, não seria diferente dos preceitos morais historicamente cultivados.

Apesar de parecer contraditório, todo Direito positivado hoje, instituído de acordo com as especificidades da sua época, para dispor desse status, passou por uma violação. E, por isso, que o furto só é furto e o assassinato só é assassinato hoje (ambos na tipificação legal), porque a sociedade passou por essas violações. Esse cenário, por assim dizer, ambíguo, é o sítio do qual se extrai a matéria prima para o direito.

Não significa dizer que a simples tipificação legal das condutas nocivas para a sociedade resolve por si só esses problemas. A norma precisa ter uma efetivação prática, ser reconhecida e respeitada, seja pela sua imperatividade e coerção, seja pelos benefícios que possibilita à sociedade disfrutar, para que possa surtir os efeitos esperados.

Surge, nesse cenário, a figura da pena, que, resumidamente, é a ferramenta de realização do Direito no seio social, um instrumento de prevenção e efetivação. A pena é algo tão antigo quanto à própria sociedade, e figurou, no contexto social, de diversas formas ao longo do tempo. Antes de ser contemplada a figura de um Estado Democrático, cenário propenso a decisões orientadas por princípios humanísticos e sociais, a história do direito foi marcada por diversos embates.

A pena não foi instituída para ser um mecanismo de resposta imediata e mecânica, pois, à luz dos princípios que regem o Direito Penal, a pena tem caráter de última *ratio*, ou seja, causa final, e por esse motivo sua aplicação está vinculada à ineficácia de todos os demais meios de que dispõem o Estado e a sociedade para a segurança jurídica e eficácia do direito.

Segundo Ferrajoli,

Existe uma conexão evidente entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de status, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva ou intimidatória, sobretudo só se castiga quem “merece”. (FERRAJOLI, 2010, p. 339)

Formulou-se, entretanto, a partir de uma construção histórica que venerava os grandes suplícios e os shows públicos que contemplavam a punição dos delinquentes, *contaminadores da vida pública*, com o intuito de dar uma resposta efetiva da atuação estatal, e demais ocasiões em que essa natureza fora ignorada, uma imagem conotativa da pena. (WACQUANT, 2003).

Estabeleceu-se um contraponto entre as teorias até então vigentes em relação ao plano estrutural e à finalidade do Direito Penal. O novo momento vivenciado pela sociedade exigiu que fosse “prestado”, também, um “novo direito penal”.

Segundo Gross,

Nas nossas sociedades modernas, encontramos esse hiato entre as modalidades pátrias e o sentido ideal da pena. Organizam-se para os criminosos e os delinquentes espaços fechados de exclusão e de infâmia social: as prisões; e sustenta-se simultaneamente que a punição só tem o sentido de regenera o condenado, esperando secretamente que na prisão o condenado encontre com que se excluir a si próprio. O risco contudo permanece de que, ao sair da prisão, o detido se tenha finalmente excluído, não apenas de si próprio, das suas referências e valores, mas ainda de toda a fora possível de ligação. Que se tenha desconciliado de si mesmo, sem se ter reconciliado com nada. (GROS, 2001, p. 21)

Assim como os regramentos que dispunham sobre as repressões frente a determinadas condutas, a pena também foi evoluindo com a sociedade e o Estado. O que se percebe é que o sistema jurídico de cada lugar se assemelha a um “livro aberto” que permite analisar questões que vão muito além do contexto legal, pois representa um fiel retrato de sua organização, vontades, desenvolvimento cultural e cognitivo, estrutura política e exercício do poder estatal.

A lógica dos dois institutos se assemelha, de forma que a lei pode ser considerada o núcleo da atuação estatal no que diz respeito ao Direito Penal, e a pena se mostra o pilar de sustentação que traz segurança e garante a manutenção do sistema.

## 1.2 A EXPANSÃO DOS BENS JURÍDICOS E DOS ASPECTOS AXIOLÓGICOS DOS SEUS PRESSUPOSTOS

Tanto a evolução da lei quanto a evolução da pena se relacionam ao fato de as práticas delituosas e os seus meios/instrumentos de realização estarem em constante evolução. Seja analisada a questão no contexto quantitativo, devido ao crescimento significativo do contingente populacional, ou mesmo sob o viés do surgimento de diversas inovações industriais e tecnológicas, pode-se afirmar, com convicção, que o Direito Penal arcaico já não era mais capaz de dar uma resposta satisfatória as necessidades sociais.

É daí porque Jesús Maria Silva Sánchez vai sustentar que

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional [...], a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada *ciberdelinquência*), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 36).

A leitura possível de se fazer é a de que o Direito foi se adaptando às condições que cada momento lhe impôs. Essa evolução, à que se faz referência no âmbito das ciências jurídicas, está diretamente ligada às modificações na conjuntura social, constituindo um verdadeiro reflexo do cenário histórico e geográfico.

Nesse processo evolutório a incidência de novas demandas e, sobretudo de novos bens jurídicos a se tutelar, fizeram com que a política criminal expandisse a sua perspectiva de estudos e, por consequência, de resultados. A lógica do sistema precisou ampliar horizontes frente aos novos desafios, para que, dessa forma, comportasse os anseios sócio-estatais modernos.

Segundo Jesús María Silva Sánchez

O direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes -, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 33).

Como bem observado por Sánchez, a expansão do direito penal não se limita, apenas, à aparição de novos bens jurídicos sobre os quais o sistema deve estender proteção, mas também, a reconsideração de aspectos axiológicos/valorativos acerca de matérias já positivadas no ordenamento.

Esse processo de expansão é resultado do surgimento de novos interesses a se tutelar, de novos bens jurídicos que carecem da proteção estatal (como é o exemplo do contexto de crimes cibernéticos que está sendo amplamente debatido no tempo contemporâneo). Ademais, houve também o surgimento de novos riscos, novas afrontas ao contexto de regularidade e bem estar social, que inquietaram e geraram um sentimento de medo e repulsa em toda a sociedade. (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

Importante salientar que, especificamente sobre a valoração de bens jurídicos cujo sistema já despendeu proteção, a alteração no *quantum* punitivo representa um insucesso da política criminal frente aos resultados esperados pela aplicação da norma. Ademais, toda norma em vigência não deixa de caracterizar uma experiência social cuja análise permite inferir asserções relativas ao contexto social sobre o qual vige.

Nessa perspectiva, percebe-se que os contornos teleológicos exteriorizados pela norma penal nem sempre obedecem a uma mesma lógica, podendo ser variáveis. Em outras palavras, pode-se dizer que a norma penal nem sempre observa o conjunto de enunciações principiológicas que orientam e fundamentam o sistema jurídico, atribuindo-lhe sentido diverso da finalidade que lhe é esperada (FERRAJOLI, 2010).

Ao encontro dessas premissas, reflete, conseqüentemente, a subsidiariedade do Direito Penal segundo a qual “somente se deve ameaçar com pena quando regulações civis ou jurídico-administrativas mais leves ou outras medidas político-sociais não sejam suficientes” (CALLEGARI, 2009, p. 29-30).

A questão não deve ser interpretada sob a égide da exclusão de determinados institutos do conceito de bem jurídico, visto que isto ocorre apenas com os que são absolutamente irrelevantes para o Direito, não constituindo um problema jurídico-penal relevante (CALLEGARI, 2009). A atuação subsidiária do direito penal na manutenção da ordem jurídica e na proteção dos direitos não faz desmerecer alguns institutos em face de outros, pois, apenas, caracteriza um

método de abordagem de manutenção das relações sociais que objetiva uma maior eficácia, em que pese o direito penal não ser instrumento de efetivação de direitos sociais, mas sim uma ferramenta de garantia.

Daí a afirmação de Callegari que

É absolutamente compatível com o modelo social-contratualista fazer depender a punição – em verdade intervenção estatal mais dura – da necessidade de proteção subsidiária de bens jurídicos: também o assegurar a salva-guarda das regras culturais de comportamento público, mas de outra forma enquanto isto se mantenha no marco de Constituição e esteja a controles democráticos. (CALLEGARI, 2009, p. 30-31).

Essa forma de compreender o Direito, caracterizada pela presença enfática da política criminal no cenário do sistema penal, deu vida a novos contornos de interpretação e de estudo desse afluente das ciências jurídicas, cujo objetivo perpassa a constatação e a aferição dos aspectos axiológicos dos novos e dos antigos bens jurídicos que compõe o sistema, buscando que a sua integridade oriente a ordem jurídica a fim de alcançar a justiça social. (ROXIN, 2006).

Esse contexto marcado pela evolução social acerca da interpretação do Direito é refletido no campo legislativo, e permite compreender o sentido e a interpretação social da norma jurídica, principalmente quando relacionado com o Direito Penal. Ademais, também se pode observar essa transição no que diz respeito aos sistemas de execução da pena, que transitam desde a vingança privada, até o atual modelo de cumprimento da sanção penal: Justiça Pública.

Ao estabelecer essa relação, entre o modelo de execução penal e a estruturação do sistema legislativo, é possível alcançar o real conteúdo que se faz representar pela norma penal, e, conseqüentemente, entender o arcabouço do seu sistema. (LIRA, 2013).

A palavra sistema remete à ideia de complexidade, o que de fato se verifica ao estudá-lo. E como funciona com qualquer conteúdo de didática mais rebuscada, para se obter êxito ao analisá-lo, precisa-se compreender as “substâncias” que o englobam. (CHAUÍ, 2004).

O estudo de qualquer conteúdo remete, o pesquisador, primeiramente, a origem e a formação dos seus pressupostos. Para compreender o plano atual de conhecimento acerca dos temas delimitados, faz-se mister estudá-los e conhecer acerca dos seus conteúdos, servindo pois, de base e norte para o estudo principal. (CHAUÍ, 2004).

A definição de Sistema Jurídico é tão próxima e tão distante ao mesmo tempo. A atividade complexa, contínua, ininterrupta e maçante do dia a dia jurídico faz-se ignorar detalhes preciosos e de fundamental importância para o estudo do Direito. Aplicar a lei, analisar a conduta do indivíduo e impor a sanção que se adequa às conclusões obtidas a partir desse tríptico, seria essa a sua conceituação? Ou talvez, de forma simples e objetiva, possa se limitar ao conceito de que o sistema jurídico equivale ao conjunto de leis que regulam a conduta dos indivíduos? Qualquer conclusão precipitada e impaciente acerca dessas indagações pode comprometer a função da norma jurídica penal. (ARAGÃO, 2014).

Aragão é pontual acerca do tema, e obtém êxito ao observar que o

[...] sistema constitui o conjunto de objetos e seus atributos, mais a relação entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados por seus atributos, e as relações conferem coesão ao sistema. (ARAGÃO, 2014, p. 25)

A ampliação dos bens jurídicos que compõem o sistema, seus valores e virtudes, fez com que o Direito Penal passasse a ser interpretado e pensado de uma forma diferente, faceta que é denominada como Funcionalismo Penal (um funcionalismo teleológico, que não ignora a sua finalidade, mas que, também, não a tem como único objetivo).

Nesse processo, entram em cena duas variáveis que alteram o processo de racionalidade legislativa: o medo e a insegurança. Esses elementos passaram a constituir figuras importantes no contexto da política criminal hodierna, especialmente no plano de composição normativa.

Acerca do sentido de racionalidade, Lira sugere que

O raciocínio significa o encadeamento, aparentemente lógico, de juízos ou pensamentos. Por conseguinte, raciocinar traduz-se no ato de pensar, refletir, considerar. A racionalidade é a qualidade de conduzir um raciocínio para um agir baseado na razão. Esses conceitos são técnicos, mas servem de base para a compreensão do que se denominou de racionalidade das leis. (LIRA, 2013, p. 125)

Acerca do sentido da linguagem, “sempre que usamos a expressão ‘racional’, supomos uma estreita relação entre racionalidade e saber.” (HABERMAS *apud* LIRA, 2013, p. 125). Dessa forma, subtende-se que a racionalidade pressupõe,



também, um agir cognitivo no que tange ao aspecto abordado, e, por conseguinte, predispõe perspectivas favoráveis no tocante aos seus resultados.

O fato é que a racionalidade deve sustentar a atividade legislativa exercida pelo operador do direito a fim de instruí-lo na tomada de decisões enquanto construtor e estruturador do sistema legislativo. A complexidade do processo exige que a cautela seja redobrada, bem como em relação ao seu processamento de informações, análise e interpretação das mesmas. (LIRA, 2013).

Talvez o viés mais marcante da produção de leis penais e de sua expressão funcional se revele em uma inflação legislativa e, por consequência, da fragilidade da norma penal pelo simbolismo. Esses temas melhores serão abordados a seguir.

### 1.3 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E INTERFERÊNCIA SOCIAL NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

As patologias sociais têm abalado a estrutura comportamental dos indivíduos, principalmente no tocante ao seu relacionamento, fazendo prevalecer, em toda sociedade, a incidência dessas variáveis (medo e insegurança), devido à quebra de algumas premissas básicas. Esse sentimento de vulnerabilidade que paira sobre a coletividade é um fator preponderante na orientação das pretensões e anseios sociais, o qual se traduz, no dia a dia, em uma situação de instabilidade política e jurídica.

O cenário de instabilidade e medo que atormenta a sociedade tem influência direta na atuação do Estado, isso porque, a sociedade, começa a pressionar o Estado no sentido de exigir uma contraprestação sua para repelir essa iminente ameaça, passando a exigir “justiça”, e, por conseguinte, que o Estado demonstre aos cidadãos que seus direitos fundamentais estão sendo preservados/garantidos.

Essa lógica pode ser compreendida na seguinte afirmação:

Se o mundo natural é regulado pelo acaso e pela oportunidade, e o mundo técnico pela racionalidade e pela entropia, o mundo social só pode ser caracterizado como existindo no medo e no temor. (BELL *apud* BICUDO, 2015, p. 115).

Então, quando a solução não se encontra no seu “lugar natural”, e o Direito Penal é utilizado de forma equívoca, ele perde a sua essência de última *ratio* para se

tornar uma ferramenta a serviço dos anseios calorosos da sociedade. Sua utilização, enquanto resposta a esse cenário, se dá de forma ambígua, balizada e sistematizada na perspectiva de uma salvação e justiça ilusória.

Sobre essa lógica, importante o que leciona Gross, a partir de fundamentos kantianos:

A pena jurídica (poena forenses), que é distinta da pena natural (poena naturalis), pela qual o vício se pune a si mesmo e à qual o legislador não atende, não pode jamais ser considerada simplesmente como um meio de realizar um outro bem, seja para o próprio criminoso, seja para a sociedade civil, mas deve apenas ser-lhe infligida, pela única razão de que ele cometeu um crime; com efeito, o homem jamais pode ser tratado apenas como um meio para os fins de outrem e ser confundido com os objetos do direito real; é contra isso que ele está protegido pela sua personalidade civil. Deve previamente ser considerado punível, antes de se pensar em retirar desta punição alguma utilidade para si mesmo ou para seus concidadãos. A lei penal é um imperativo categórico e ai daquele que desliza pelos anéis serpentinos do eudemonismo para encontrar alguma coisa que, pela vantagem que lhe promete, o livraria da pena ou a atenuaria após a sentença farisaica: mais vale a morte de um homem que a corrupção de todo um povo; porque se a justiça desaparece, é a coisa sem valor o fato de os homens viverem na terra. (GROS, *apud* KANT, 2001, p. 35-36)

Essa postura dos indivíduos se comporta de forma singular nas diferentes demarcações geográficas do planeta e, dessa forma, estabelece particularidades típicas da região que se refletem no processo de estruturação do direito penal.

Nessa linha de argumentação, José Luis Díez Ripollés afirma que

[...] A preocupação com o delito ou com a delinquência encontrasse bastante vinculada ao que se costuma chamar de atitudes punitivas presentes em uma determinada sociedade, as quais expressam os pontos de vista dos membros dessa sociedade sobre os contornos e o grau de intervenção penal que consideram necessários. (DÍEZ RIPOLLES, 2005, p. 24).

Os valores sociais, por consequência, passam a ser dependentes do Direito Penal para a sua confirmação. O Estado, evidentemente deficiente, mascara a sua capacidade de ação por meio de ações precipitadas e ineficazes que vem confrontando o modelo de legislação e a sua eficácia. Logo, o problema não pode ser solucionado se a somas dos esforços que objetivam combatê-lo não procurar agir na sua formação. Nessa premissa, o Estado para demonstrar o seu “poder” e capacidade de reação, atua de forma equivocada, e busca, por meio de ferramentas inapropriadas, garantir, para a sociedade, a proteção desses direitos ameaçados.

É nesse sentido que o Estado, então, utiliza-se erroneamente do Direito Penal como ferramenta para alcançar os fins almejados, na medida em que ignora a natureza de última razão do Direito Penal para aplicá-lo na sua totalidade, quando, na verdade, tal conduta deveria dar-se após o trabalho de um conjunto de normas jurídicas que naturalmente o antecedem. Essa “resposta” dada pelo Estado tem seguido uma lógica jurídica controvertida, e a sua efetivação na prática está muito longe dos resultados que se esperam. (NEVES, 1994).

Nesse universo brota a necessidade de impor uma sanção, que, na verdade, enrustida de força coercitiva (aqui se entende coerção nos seus mais diversos desdobramentos), se tornou uma ferramenta de confirmação dos direitos. (COPETTI, 2000).

A questão é que a lei, que deveria ser o produto final de uma construção cognitiva e cautelosa, passa a figurar, cada vez com mais efetividade, como um mecanismo de resposta às pretensões e aos anseios de uma sociedade do medo. Segundo Ripollés, “na hora de consolidar essa difusa percepção social emocionalmente carregada há uma série de variáveis sociais que desempenham importante papel, e que foram tratadas até há bem pouco tempo pela criminologia sob a denominação geral de ‘medo ante delito’.” (DÍES RIPOLLÉS, 2005, p. 24).

É dessa equação equivocada que ocorre a gestação da legislação simbólica, cujo conteúdo, nas palavras de Marcelo Neves, se subdivide em: “a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.” (NEVES, 1994, p. 34). O conteúdo dessa legislação se caracteriza por buscar, muito antes da solução do problema, uma resposta que possa se adequar com as expectativas da sociedade.

O Direito Penal passa a ser utilizado como a primeira e a única forma de solução dos problemas sociais. No entanto, o que acontece é uma falsa impressão de controle da situação por parte da atuação figurada do Estado, que tenta, equivocadamente, preencher as lacunas deixadas pela sua omissão enquanto gestor e administrador da vida e dos bens públicos.

Dessa forma, a legislação simbólica objetiva

[...] também fortificar “a confiança do cidadão no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado”. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema jurídico-político. O legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso

haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. (NEVES, *apud* KINDERMANN, 1994, p. 37).

Em verdade, estrutura-se, por consequência, um sistema legislativo “de aparências”, pois o seu texto torna-se algo excessivamente abstrato e teórico, sem corresponder aos resultados esperados no campo prático. A criação das leis penais deixa de se relacionar com a busca por um resultado que possa modificar o plano social a fim de sanar as patologias sociais que a fundamentam, assumindo um papel de “anestesia emocional” que é “aplicada” na sociedade, e cuja duração se limita a um curto espaço temporal. (NEVES, 1994).

Kant faz uma observação analítica acerca dessa concepção, sendo que ele

não diz que a punição não deve tender a emendar o criminoso ou a proteger a sociedade. Mas, por benéficos que sejam, estes efeitos não podem, estruturalmente, justificar a pena. Não se baseia no lucro, a menos que caia na imoralidade. [...] Quando se faz entrar a pena em cálculos de utilidade, quando se recusa baseá-la apenas no crime cometido, nada impede então que se condenem inocentes, desde que essa pena produza um ganho superior à condenação dos culpados. (GROS, 2001, p. 36-37).

Segundo Gros, “quando se faz entrar a pena em cálculos de utilidade, quando se recusa baseá-la apenas no crime cometido, nada impede então que se condenem inocentes, desde que essa pena produza um ganho superior à condenação dos culpados.” (GROS, 2001, p. 37).

Na medida em que o Estado se sujeita à incidência de questões estranhas à ciência jurídica na estruturação do sistema legislativo, e passa a ignorar ou distanciar a lógica desse processo, para dar espaço e ser alimentado pela análise simples e objetiva do sentimento comum do grupo, ele distorce o sentido ideal e a verdadeira finalidade da norma jurídica.

Uma lei que é elaborada de forma abstrata, cujo conteúdo encontra seu pilar fundamental no senso comum e seu objetivo primeiro deixa de ser a ordem social e a possibilidade de ressocialização dos indivíduos para que tenham a oportunidade de retornar ao meio social, é apenas um símbolo. (NEVES, 1994).

Explicando o simbolismo, Marcelo Neves adverte que,

[...] Nesse caso, as divergências [...] não são resolvidas através do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro

indeterminado. (NEVES, 1994, p. 41).

A essência do conteúdo normativo, quando livre de vícios na sua construção, permite interagir com a realidade dos indivíduos enquanto integrantes do grupo e analisar as suas deficiências baseando-se na situação ou direito positivado. A lei penal, muito antes de sua natureza repreensiva, desempenha um papel de “bússola social”, pois serve de norte para os indivíduos e orienta a sua conduta de acordo com as peculiaridades de cada grupo. (NEVES, 1994).

Contudo, não se pode entender que essas funções atípicas da legislação penal sejam substitutas dos outros meios de atuação do Estado nas questões de ordem social e segurança pública. A lei penal é um imperativo que deve ser utilizado somente em ultima razão, devidamente fundamenta, e quando todas as demais ferramentas de controle e organização social se esgotarem e/ou não forem suficientemente capazes de resolver a situação. (NEVES, 1994).

## **2 EFICÁCIA DA LEI PENAL: A TELEOLOGIA DA LEI E O FUNCIONALISMO PENAL**

O objetivo da lei penal, historicamente, se materializou na proteção de bens jurídicos (o que implica na expressão segurança jurídica) e na própria proteção do sistema jurídico. O contexto de evolução social fez com que ao longo dos anos os contornos interpretativos e de proteção do Direito Penal fossem se expandindo.

A eficácia da lei penal, sua vigência e compromisso com o respeito aos bens jurídicos e a efetivação dos seus princípios encontraram algumas complicações. Nesse sentido, precisou ser trabalhada uma nova perspectiva de abordagem acerca dessas novas questões e reafirmar a definição dos princípios e premissas básicas que orientam a lógica de atuação do direito penal.

### **2.1 A POLÍTICA CRIMINAL E A SUA INSERÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA JURÍDICO PENAL**

A regra de criação da lei penal obedece, desde muito, a um critério de necessidade/convencionalidade. A decisão acerca desse binômio ficava a cargo de

determinadas pessoas ou grupos que detinham a capacidade de atribuir ao conjunto de normas carácter coercitivo (de forma persuasiva ou impositiva). Na história, os exemplos mais próximos desse contexto são a atuação da igreja (na forma persuasiva) e dos monarcas (na forma impositiva). (RADBRUCH, 2012).

A coercitividade, a exemplo da doutrina de Kelsen, é uma característica essencial da norma jurídica, o que a difere, conseqüentemente, dos preceitos de ordem moral, tornando-a obrigatória (KELSEN, 2009). Porquanto,

Há muito mais envolvido na ideia de lei do que a simples obediência, mas o fator de obediência é, não obstante, crucial. [...] O que a noção de autoridade subentende é que alguma pessoa tem o direito de exigir a obediência de outras, independentemente de essas outras pessoas estarem preparadas ou não para considerar aceitável ou desejável a ordem ou a lei que são intimadas a acatar. (LLOYD, 2000, p. 23).

A técnica legislativa ficou condicionada à discricionariedade e a soma de vários fatores fez com que houvesse, ao longo do tempo, certa instabilidade em relação às necessidades e interesses dos “agentes legislativos”. Tal afirmação pode ser identificada ao se analisar os incontáveis diplomas jurídicos históricos (dos quais se tem conhecimento) que versam de formas “peculiares” sobre os mesmos conteúdos.

A legislação penal, diferentemente dos dias atuais, era constituída, modificada e extinta conforme critérios “aleatórios” utilizados pelas pessoas que detinham o poder político para tal. Dessa forma, o Direito se materializava, na maioria das vezes, na expressão da mais íntima vontade da nobreza e do clero.

Nessa perspectiva, o Direito é entendido como

[...] aquilo que for útil ao povo. Isto quer dizer: arbítrio, violação de tratados, ilegalidade serão direito desde que sejam vantajosos para o povo. Ou melhor: praticamente: aquilo que os detentores do poder do Estado julgarem conveniente para o bem comum, o capricho do déspota, a pena decretada sem lei ou sentença anterior, o assassinio ilegal de doentes, serão direito. E pode até significar ainda: o bem particular dos governantes passará por bem comum de todos. (RADBRUCH, 2012, p. 2).

O texto jurídico procurava, a partir de uma redação rebuscada e de difícil compreensão aos destinatários da época, mascarar interesses diversos dos fins sociais a que a lei se destina. A mensagem transmitida pelo texto jurídico positivado

é a de que, ignorado o contexto e seus possíveis reflexos, a ascendência da legislação imposta seria de utilidade pública.

Seguindo esse entendimento, poderia se dizer, conotativamente, o contrário do que afirmava Maquiavel, ou seja, os meios (objeto da técnica legislativa) justificam ou buscam justificar os seus fins (objetivos da técnica legislativa). A integridade e a coesão do sistema irão nortear os objetivos pretendidos pelo exercício da lógica penal.

Nesse viés,

A técnica legislativa é instrumento do Estado de Direito, na manutenção da segurança jurídica, na medida em que os cidadãos que têm de cumprir as leis devem poder conhecer com clareza os seus comandos, sem que existam duplas interpretações ou normas contrapostas ou obscuras. (LIRA, 2013, p. 66).

É por isso que não se pode afirmar que houve a instituição de um sistema jurídico no tempo arcaico, visto que o processo legislativo não seguia uma lógica de instituição e, tampouco, era balizado por princípios ou diretrizes que garantissem a sua integridade e coesão.

Esse fenômeno permitiu que fossem adotadas penas verdadeiramente austeras, cujas prescrições ignoraram todo o círculo de garantias que atualmente é compreendido pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

García-Escudero Marquéz afirma que:

O objeto da técnica legislativa não é apenas uma boa redação das leis, mas também engloba questões mais genéricas como a unidade e coerência do ordenamento jurídico e a qualidade, a publicidade e a viabilidade das normas. (GARCÍA-ESCUADERO MARQUÉZ, *apud* LIRA, 2013, p. 65).

A ausência de um procedimento legislativo, estruturado em princípios e diretrizes de ordem geral, que atribuísse às normas um caráter funcional (voltado a uma finalidade comum), resultou, muito além da fragmentação e da presença de antinomias, em uma estrutura hipossuficiente.

A debilidade do sistema frente à evolução social tecia contornos não muito otimistas no tocante à sua continuidade. Nesse sentido, as fragilidades então constatadas, seja no modo de aplicação da lei como também na sua formulação, resultariam na corrosão do próprio sistema.

Nesse cenário, tornou-se indispensável o aperfeiçoamento do processo de produção normativa até então vigente. O arcabouço societário já não suportaria mais servir de “rato de laboratório” para os experimentos sociais que vinham sendo realizados por meio da aplicação da lei.

Essa experiência foi utilizada como base para efetuar o processo de reorganização, pois o conhecimento (no caso, empírico)

sempre foi considerado o meio mais precioso e eficaz para combater o medo, a superstição e as crendices. Ora, no caso da modernidade, o vínculo entre ciência e aplicação prática dos conhecimentos (tecnologias) fez surgirem objetos que não só facilitaram a vida humana [...], mas aumentaram a esperança de vida [...]. Do ponto de vista dos resultados práticos, sentimos que estamos em melhores condições que os antigos e por isso falamos em evolução e progresso. (CHAUI, 2000, p. 328).

Uma evolução normativa (que acompanhe a sociedade e ao mesmo tempo a auxilie no seu desenvolvimento), nessa perspectiva, não pode limitar o seu resultado tão somente a um procedimento empírico (testes). À luz desse entendimento, o estudo e a reflexão de maneira prévia, a fim de organizar uma linha de raciocínio na qual se deseja operar de forma coesa, se apresentou como um mecanismo capaz de realizar os reparos necessários a esse contexto jurídico. (NUCCI, 2017).

Trata-se da instituição da política criminal, que ao longo dos anos passou a desenvolver contornos mais delineados no tocante às preocupações e anseios juridicamente relevantes. A elaboração do conteúdo normativo, além do binômio necessidade/convencionalidade, passou a respeitar, antecedentemente, um planejamento composto por estudos, princípios e diretrizes que passaram a orientar todo o ordenamento jurídico. (NUCCI, 2017).

A política criminal pode ser metaforicamente caracterizada como uma escada que permite ao direito penal elevar-se em relação ao nível em que está situado. A atividade desenvolvida pela política criminal exige que o operador jurídico submerja num elevado grau de reflexão acerca da matéria, trabalhando com questões antropológicas, hermenêuticas, empíricas, dentre outras. (NUCCI, 2017).

De acordo com Nucci, ela

é uma maneira de raciocinar, estudar, elaborar e aplicar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento. (NUCCI, 2017, p. 5)



A política criminal envolve todo o processo, dependendo esforços de maneira prévia a fim de instruir os agentes legislativos, bem como depois da própria revogação da lei, com objetivo de reunir informações úteis ao processo legislativo que a sucederá. Além disso, a política criminal atua de maneira crítica no sentido de buscar a autossuficiência do sistema, a integridade das suas normas e a coerência das mesmas com os princípios constitucionais.

Importante salientar que a política criminal se difere da criminologia, ao ponto que essa se dedica, resumidamente, a estudar o crime, seus desdobramentos e os seus agentes, enquanto aquela se debruça no sentido de pensar, organizar e estruturar um sistema de mecanismos capazes de atuar eficazmente na repressão do delito, na ressocialização do indivíduo infrator e na manutenção da paz social (NUCCI, 2017).

O (in)sucesso do sistema jurídico-penal está diretamente ligado ao desenvolvimento da política criminal e a utilização dessa na sua estruturação (modo de utilização). Ela serve de “bússola” para atuação estatal no que diz respeito ao exercício do *jus puniendi* e todos os seus reflexos, prescrevendo diretrizes e preceitos de extrema relevância para a instituição e execução de normas.

Nesse sentido, ensina Nucci que

A ausência de uma política criminal definida espelha um ordenamento penal desconexo, repleto de falhas, lacunas e contradições, acarretando ao Poder Judiciário maior volume de trabalho, em particular, buscando interpretar coerentemente as lei penais para evitar erros e injustiças. (NUCCI, 2017. p. 5).

A conjugação da política criminal com toda a sistemática de manutenção do sistema jurídico é notadamente satisfatória. Não que, hodiernamente, não sejam cometidos mais erros, ou que o sistema e suas ferramentas funcionem perfeitamente, mas, o sistema em si, está mais organizado, e os seus objetivos e princípios podem ser facilmente compreendidos.

Como bem observa Nucci, parte dos problemas vivenciados hoje no Brasil, em termos jurídico-penais, é resultado de os seus Poderes, em especial o Legislativo e o Executivo, que elaboram as leis penais, não terem uma política criminal definida (NUCCI, 2017).

Então a política criminal se dá tanto antes da criação da norma penal como por ocasião de sua aplicação (NUCCI, 2017, p. 4). Mais do que isso, a política criminal auxilia, cognitivamente, na prescrição das condutas a serem observadas e das consequentes sanções para o seu descumprimento.

## 2.2 A ESTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS E A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

Com a utilização da política criminal na formação da lei, a expectativa era não de chegar a um modelo utópico, mas de se aproximar de uma realidade onde as lacunas e as imperfeições fossem, praticamente, insignificantes. Nessa perspectiva, deve-se buscar a efetiva aplicação da lei, de modo que o contexto de desenvolvimento pretendido seja alcançado.

O triunfo da lei carece de um âmbito organizado de atuação estatal no que diz respeito à vida pública dos cidadãos, a conduta particular de cada e a sua posição no meio social. Porquanto, existem sociedades que tendem a fazer cumprir seus comandos normativos de forma mais eficaz que em outros grupos.

O elemento volátil é, sem dúvida, o divisor de águas. Não significa, contudo, reduzir, simploriamente, a transgressão na vontade do indivíduo. A ignorância dos detalhes pode comprimir ou mesmo fechar a janela de compreensão.

A vontade do indivíduo se desdobra em situações que envolvem a construção do seu próprio caráter, experiências de vida ou morte, amor ou ódio, miserabilidade ou fartura, prestígio ou anonimato, responsabilidade ou negligência, vivência ou sobrevivência, etc. Nessa linha de interpretação, pode-se afirmar que nenhum indivíduo se torna um criminoso apenas pela vontade de ser tal.

Esse cenário contrasta a atividade estatal no que diz respeito ao exercício de políticas públicas que visem amenizar os problemas sociais e buscar uma vida digna para a sua população. Ineficazes ou inexistentes as políticas públicas da instituição encarregada de gerir o poder político, os reflexos negativos dessa omissão ou imperícia irão desaguar no direito penal.

Cumprir destacar, ainda, o papel da sociedade privada, fechando, assim, o tripé de sustentação do organismo social (Estado, Justiça e Sociedade). A comunidade exerce papel de extrema relevância no seio social, na medida em que

íntegra e insere o cidadão àquele contexto, tornando-o um semelhante, criando um sentimento de pertença àquele local, alguém que deseja o bem daquele grupo e, por consequência, baliza sua conduta no sentido de preservá-lo. (DIAS, 2013).

Tanto a aplicação de políticas públicas como o papel exercido pela sociedade civil desenvolvem-se no sentido de prevenir o delito, mantendo a ordem jurídica íntegra. Fala-se em respeito ao ordenamento jurídico e suas normas, não pelo exercício do *jus puniendi* (que, em regra, só ocorre depois da prática da transgressão), mas mediante a conscientização da conduta desejada no meio social. (FERRAJOLI, 2010).

Em um primeiro momento, o procedimento materializa-se no agir de maneira prévia sustentando a estabilidade do sistema normativo. No segundo momento, que é posterior a prática do delito, operar-se-á o Direito Penal. (FERRAJOLI, 2010).

Quando os mecanismos que não estão envolvidos diretamente com o sistema jurídico são incapazes de fazer cumprir a disciplina legislativa, o Estado socorre-se no Direito Penal, por meio do exercício do *jus puniendi*, para manter a integridade e a observância das normas jurídicas. (FERRAJOLI, 2010).

O efetivo cumprimento das leis reflete um cenário de segurança jurídica, denotando uma harmonia tanto nas questões teóricas, quanto na execução prática. Dessa forma, vislumbra-se a necessidade de o texto normativo dispor de mecanismos que permitam a sua concretização no mundo fático. (MEDAUAR, 2015).

A esse respeito, ensina Medauar,

Em essência segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas. Expressa a condição do indivíduo como sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram. A sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente sobretudo do sistema jurídico. A segurança jurídica permite tornar previsível a atuação estatal e esta deve estar sujeita a regras fixas. Diz respeito, assim, à estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal. (MEDAUAR, 2015, p. 2).

Então a sanção penal é o cerne de proteção da estabilidade do sistema jurídico-penal. Todo indivíduo que praticar uma conduta contrária aos princípios e preceitos positivados no texto jurídico terá, como resposta correspondente, decretada sobre si a pena apropriada.

Enfatiza-se, como se ressaltou na primeira parte do trabalho, que a sanção penal não é a única forma de proteção do sistema, sendo caracterizada como última *ratio*. A pena atua de forma posterior ao delito, momento em que já ocorrera a violação do sistema. As demais ferramentas buscam prevenir e orientar os cidadãos de forma anterior à prática da conduta delituosa. (FERRAJOLI, 2010).

Sempre que determinada conduta viola a lógica de atuação de um sistema jurídico, ocorre a conjugação de fatores que influenciam a análise das consequências resultantes. A sua existência, validade e eficácia são colocadas em xeque. (KELSEN, 2009).

A perda de respeito pelos princípios de ordem moral (uma germinação do atual modelo jurídico) nas organizações sociais anteriores levou a ruína grupos milenares. Todavia, a moral, diferentemente do direito, não tem coercitividade. Parece que a diferença principal entre ambos os institutos, moral e direito, está nos mecanismos de imposição. (KELSEN, 2009).

Assim,

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária as normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 2009 p. 71).

A moral atua, exclusivamente, com uma questão psicológica, ou seja, não existe uma sanção (instituída para a finalidade específica) a ser aplicada para determinada conduta que contrarie as disposições morais usualmente cultuadas pelo grupo. O que acontece, de fato, é uma reprovação por parte de seus semelhantes, que, perante o autor da conduta imoral, pode gerar complicações psicológicas.

A lógica penal age de forma diferente. O sistema jurídico somente “sobrevive” pela efetividade dos seus comandos normativos. A letra “morta” da lei não subsiste no mundo prático por, tão somente, estar codificada. O Direito existe para ser realizado, e, por isso, se faz necessário que existam instrumentos capazes de garantir a sua concretização.

O elemento de coercitividade do texto jurídico, por meio da pena, é o fator preponderante no exercício da lógica penal, denotando a supremacia estatal em consonância com o interesse público na persecução do bem comum.

A estabilidade é uma condição *sine qua non* para que o desenvolvimento e a atuação de qualquer sistema alcancem os seus objetivos. O seu inverso, ou seja, a instabilidade do sistema, reflete no campo social, na vida dos cidadãos, gerando um sentimento de insegurança e insatisfação com o mesmo.

Importante destacar que o termo estabilidade não deve ser confundido com estática jurídica, ou seja, um sistema dogmático, fechado, que, não obstante as evoluções sociais, tecnológicas, dentre outras, não se expande, altera ou adapta. A estabilidade deve ser interpretada no sentido de eficácia e validade das disposições legais.

É por isso que Ferraz Júnior vai dizer que

O caráter estático do sistema significa que se prescinde do processo contínuo de formação, atuação e desaparecimento das normas, o qual caracteriza uma dinâmica. O sistema estático concebe o conjunto normativo como um dado, abstração feita de seu câmbio permanente. Não se indaga, por isso, da emissão de normas, sua revogação e da emissão de novas normas: o quadro é estático. (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 101).

A estabilidade do sistema jurídico tem a finalidade de trazer segurança aos cidadãos que estão a ele sujeitos, delineando, nitidamente, os direitos e deveres de cada indivíduo para com o meio social, e as consequências previstas para a sua inobservância. A unidade, integridade e coesão do sistema são indispensáveis para o exercício sadio da jurisdição e a efetividade dos seus pressupostos.

Por esse viés, a sanção penal funciona como um remédio dosado e aplicado em face das patologias sociais que afrontam e ameaçam o sistema. O Direito Penal, portanto, exerce papel de destaque na conservação do sistema e na manutenção da sua estabilidade.

### 2.3 A PERSPECTIVA FUNCIONALISTA NO DIREITO PENAL

Apesar de ter uma atividade nitidamente tracejada no sistema jurídico, existe certa perplexidade ao tentar delimitar a função que o Direito Penal exerce nesse contexto. A ampliação do seu campo de atuação é um fator que contribui para essa

imprecisão.

A análise da lógica de atuação das normas penais tem encorajado alguns operadores do direito a tecer comentários sobre a indagação, com o intuito de expandir a sua exploração e reflexão, e não de limitá-la em um ponto específico.

Todavia, parece que, de forma inicial, a outro questionamento que precisa ser feito, perquirindo sobre qual é o objeto de proteção cuja preocupação do Direito Penal se despende: os bens jurídicos ou a vigência da norma? (LIRA, 2013).

A discussão doutrinária sobre a teleologia da norma penal é estabelecida entre Claus Roxin e Gunther Jakobs. (LIRA, 2013). Roxin vislumbra a prioridade da ciência penal como sendo a proteção de bens com relevância jurídica. Para Jakobs, a função do direito penal seria a proteção da vigência normativa.

Essa era a dicotomia estabelecida quando à função do Direito Penal:

Para Roxin, a funcionalidade do Direito Penal deve ser pensada em resposta à derrocada do causalismo e do finalismo. O pensamento de Roxin em relação à função do Direito Penal é norteado por finalidades político-criminais, buscando a proteção dos bens jurídicos indispensáveis ao indivíduo e à sociedade. Para isso, Roxin se vale da prevenção geral positiva, não da especial ou negativa. A partir dessa base argumentativa, Roxin parte da perspectiva de que cabe ao Direito Penal a defesa da sociedade e dos indivíduos dos riscos “*sócio-politicamente intoleráveis*”.(LIRA, 2013, p. 97).

Nessa linha de pensamento, o Direito Penal não pode legitimar-se tão somente pela discricionariedade do legislador. Sua legitimação deve considerar as garantias que pretende preservar e os bens jurídicos que tutela. (ROXIN, 2009).

Toda norma penal deve fundamentar-se em conteúdo válido, relevante socialmente. Foi nessa linha de raciocínio que se firmou o contrato social, ou seja, quando as pessoas abriam mão de uma parcela de sua liberdade (que fosse prejudicial ao grupo) em prol de um bem comum (atualmente representados pelos bens jurídicos tutelados), que poderia ser aproveitado por todos.

Essa proibição é legítima quando representa a proteção dos interesses/direitos da coletividade. Em outras palavras, apesar de a proibição estar diretamente ligada a uma comissão ou omissão em determinado ato, o objeto a que faz referência é, sempre, um bem jurídico.

É por isso que Roxin vai sustentar que

A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode

apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...]. A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que legitime algo desde o qual pudesse surgir seu sentido. (ROXIN, 2009, p. 15-16).

Observa-se que a intervenção estatal na liberdade privada por meio do Direito Penal, corresponde apenas a condutas que extrapolam a legalidade e causem danos ou ameacem a integridade dos bens jurídicos.

Roxin desenvolve, também, a teoria da imputação objetiva moderna, como “o juízo pelo qual determinado fato aparece como obra de um sujeito” (LIRA, *apud* MAYRINK DA COSTA, 2013, p. 98). Friza-se que a teoria da imputação objetiva fixa a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social e politicamente necessárias.” (ROXIN, 2009, p. 43).

Importante destacar que “o funcionalismo penal de Gunther Jakobs também se alinha à prevenção geral positivo, mas aproxima sua concepção à filosofia de Hegel e, em parte, à Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.” (LIRA, 2013, p. 98). Aliás, o autor alemão observa “desde um princípio, que a função do Direito Penal é a confirmação da vigência da norma, e não da proteção de bens jurídicos.” (ROXIN, 2009, p. 14-15).

Veja-se que quando se fala em prevenção geral positiva se interpreta a proteção do direito penal como resposta a determinadas condutas previstas na legislação (positivadas) e que ameaçam a higidez e integridade do sistema.

Então, não é desarrazoada a defesa do argumento de que

O direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito e, portanto, serão considerados, bens jurídicos. (LIRA, *apud* JAKOBS, 2013, p. 98)

O que se pode afirmar, interpretativamente, de ambas as teorias (Jakobs e Roxin), é que, em um primeiro plano, as duas concordam que a função do direito penal é uma proteção, divergindo, porém, acerca do seu objeto.

A diferença mais enfática da teoria de Jakobs para a teoria de Roxin é na acepção de que “a função do sistema penal é reafirmar a vigência do ordenamento jurídico contra possível lesão”. (LIRA, *apud* LYRA, 2013, p. 99). Dessa forma, pode-se afirmar (apenas para fins de especificação) que, enquanto Roxin diz ser a

proteção de bens jurídicos a função do direito penal, Jakobs acredita que a teleologia da lei penal busca a proteção do sistema.

A análise das teorias e o estudo do contexto jurídico-social permite aferir, exemplificativamente, que existem dois planos funcionais (de proteção), quais sejam: o direto e o indireto. Essa caracterização se dá no tocante aos efeitos da atuação do direito penal, bem como de seus resultados.

O funcionalismo direto engloba a divergência doutrinária entre Roxin e Jakobs, ou seja, trata sobre a proteção de bens jurídicos (para Roxin) e da vigência da norma (para Jakobs). Fala-se em funcionalismo direto pois, conforme demonstrado, esse é o primeiro resultado que se espera obter por meio da aplicação da lei penal no contexto social.

Há, todavia, um segundo aspecto a ser considerado. Nesse ínterim, fala-se nos reflexos dessa atuação, nos efeitos que, perante a sociedade, ela gera. O funcionalismo penal indireto configura uma proteção cujo contexto de atuação é mais amplo, implexo e delicado. Cuida de questões relacionadas aos próprios indivíduos, e não, unicamente, ao sistema.

Por isso infere-se que, além do aspecto direto,

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla. (ROXIN, 2009, p. 16-17).

O funcionalismo penal, portanto, estrutura-se a partir de uma lógica de fundamentação e legitimação de comandos normativos, os quais desempenham um papel de extrema relevância para o sistema, seja no tocante aos bens que protege ou mesmo em relação à estabilidade de suas normas. Essa lógica de atuação faz transparecer o verdadeiro objetivo do Direito Penal.

Essa atividade permite que o próprio contexto social usufrua de certas vantagens (retribuições do pacto social a que todos os indivíduos se submeteram), o que, teoricamente, não deixa de ser, também, uma função do direito penal. A análise *lato sensu* acerca dos resultados obtidos por meio do exercício do Direito Penal nos permite formular uma ligação entre os seus meios e os seus fins.



### 3 PERSPECTIVA FUNCIONALISTA EM RELAÇÃO À PENA

Toda edificação tem em sua constituição um pilar de sustentação principal que garante a sua preservação. Justamente nesse sentido se dá o papel desempenhado pela sanção penal no sistema jurídico, garantindo, em última razão, a efetivação dos seus pressupostos. (FERRAJOLI, 2010).

Muito além das funções de prevenção e retribuição, que são de praxe discutidas na doutrina penal, a sanção tem um papel único e fundamental no sistema, que se relaciona com diversas questões que exteriorizam o próprio campo jurídico. Dessa forma, pretende-se elucidar essa perspectiva e expor, conseqüentemente, as suas implicações.

#### 3.1 A PENA E SUAS IMPLICAÇÕES

A pena (sociológica e jurídica) instituiu-se na sociedade pela necessidade de se fazer cumprir as disposições legais. Ela responde às violações que o sistema sofre, responde aos ânimos sociais acalorados frente à prática de condutas delituosas, responde ao indivíduo, para que ele, como pessoa sujeita a determinado regime normativo, o respeite e o considere.

A primeira materialização da pena esculpiu-se na justiça divina. Acreditava-se que uma divindade (entidade superior) exercia a vigília dos malfeitores e corrompidos que confrontavam a sociedade com as suas condutas. Essa ordem era respeitada por todos os seus adoradores.

A esse respeito, ensina Lloyd o seguinte:

Entretanto, esses antigos adoradores da autoridade divina, por mais absoluta e irrestrita que pudesse ser, reconheciam, mesmo assim, que não existia nenhuma garantia de obediência automática às ordens vindas do alto. Portanto, disposições tinham de ser tomadas para punir os recalcitrantes, fossem eles deuses ou mortais. Logo, foi invocado o poder da tempestade, o poder compulsório, o deus da coerção, que executava as sentenças dos deuses e os conduzia à guerra. (LLOYD, 2000, p. 21).

Em um segundo momento, estruturou-se a vingança de sangue (vingança privada), pela qual a punição tinha uma função meramente retributiva, orientada no sentido de fazer com que o indivíduo infrator sofresse, em proporções

correspondentes ou ainda maiores, os efeitos da sua conduta delitiva. Não existiam, praticamente, limites à aplicação da pena.

Quando uma pessoa praticava determinada conduta que afrontasse a integridade física ou psíquica de outro indivíduo ou grupo de indivíduos, tal grupo respondia-a diretamente. A pena não era aplicada por um terceiro, ou mesmo precedida de um julgamento. Era um mecanismo de resposta imediata a “afrota sofrida”.

Segundo Gross,

[...] a vingança de sangue é privada e indeterminada, privada, porque ela só defende os interesses vitais e religiosos de uma família e não da sociedade inteira. Indeterminada porque ela tende essencialmente a derramar sangue sem visar de maneira absolutamente prioritária quem se tornou culpado de um crime. Um parente do criminoso poderá tratar do assunto. A partir do momento em que o sangue corre, o morto será satisfeito e reparada a honra da família ultrajada. Ao sangue derramado terá correspondido sangue derramado. (GROS, 2001, p. 16).

Em verdade, a vingança de sangue caracterizava-se como uma maneira de buscar a satisfação pessoal (de determinado indivíduo ou grupo) por meio de um conceito “distorcido” de justiça, o qual se legitimava pelo clamor público e tinha por objeto principal um suplício.

Nesse contexto, pode-se interpretar que

A justiça é violenta de várias maneiras: só pode exercer autoridade encostada a um poder de coação de que tem o monopólio do uso legítimo. A sua autoridade só tem sentido se puder fazer aplicar a sanção penal, que é uma forma de fazer mal, de retribuir o mal cometido ao mal sofrido. (GARAPON, 1997, p. 118).

De acordo com Nucci, “vislumbrando a tendência destruidora da vingança privada, adveio o que se convencionou denominar de vingança pública, quando o chefe da tribo ou clã assumiu a tarefa punitiva.” (NUCCI, 2017, p. 12).

A pena pública tem as suas raízes num fundo emocional: o horror fascinado, o terror sagrado. O crime não é então refletido como uma agressão exterior, mas como a transgressão por um dos membros de uma lei sagrada do clã. Não constitui um ataque grave vindo de fora contra o qual é necessário defender-se, mas um mal que ameaça o interior que é preciso purificar. (GROS, 2001, p. 17).

Apesar de o exercício do poder punitivo não continuar sendo exercido pelo agente passivo da conduta infratora, seu caráter “sangrento” permaneceu, como explica Nucci:

Nessa época, prevalecia o critério do talião (olho por olho, dente por dente), acreditando-se que o malfeitor deveria padecer do mesmo mal que causara a outrem. Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. (NUCCI, 2017, p. 12).

Ademais, a punição era utilizada como meio de intimidação social e por tempos legitimou a vontade de déspotas e demais pessoas que ocuparam cargos de poder na história. Vislumbra-se que, nesse período, a pena foi uma ferramenta a serviço de “vontades” e não do sistema jurídico-social.

Houve, contudo, a necessidade de se estabelecer um castigo sem suplício, pelo qual fossem levadas em considerações, também, questões que extrapolassem o desejo único de punir. Resultado da própria indignação da sociedade frente à barbárie, ou resultado lógico do uso da razão, a punição deveria passar, independente do criminoso ou do crime praticado, a respeitar, pelo menos, a sua humanidade. (FOUCAULT, 1987).

O procedimento até então utilizado se tornou inaceitável, sendo que, do ponto de vista da coletividade, ele revela uma faceta cruel e dominante, que deixou manchada a história da humanidade. A punição se transformou em uma ferramenta pública, voltada realmente à função de punir e não de se vingar, de modo que a sanção fosse atribuída à prática da conduta reprovada socialmente e não propriamente a pessoa que a executou. (FOUCAULT, 1987).

A questão é que o Estado não pode punir pelos mesmos motivos (ou por motivos assemelhados) que o infrator comete o delito, pois, nessa perspectiva, nada dele se diferenciaria. Esse foi um dos passos mais importantes no tocante à evolução da pena, qual seja: o motivo que fundamenta a sua aplicação.

Na medida em que assumiu o caráter público, a sua finalidade também fora redirecionada. Estruturaram-se novos conceitos acerca da lógica penal, orientados por princípios de ordem prática e humanística, que fizeram vislumbrar a pena com novos olhos, uma figura menos sombria e mais prestativa.

Nesse aspecto, ensina Michel Foucault que

O sofrimento físico e a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”. (FOUCAULT, 1987, p. 15).

A sociedade passou a buscar uma purificação: regenerar-se, recuperar a pureza inicial, excluindo o criminoso a sociedade cura-se de um mal interior pela sua supressão e erradicação definitivas, podendo ela acontecer com o próprio indivíduo, “exigindo-se que ele seja excluído de si mesmo e reentregue transformado: outro, diferente do antigo, se pretende tornar a ser o mesmo que os outros”. (GROS, 2001, p. 20).

A purificação indica o exercício de uma atribuição essencial da pena, pois, por meio da aplicação da sanção penal, busca-se afastar o mal do círculo social e ressocializar o indivíduo infrator. Além disso, na medida do possível, busca reparar o dano sofrido pela vítima, bem como pela sociedade em geral.

Essa aproximação conceitual não é observada em sua literalidade na prática. É uma situação, de fato, curiosa, onde deveriam ser formuladas duas aferições: (a) uma ideal, que se espera alcançar; (b) e outra real, denotando a verdade do sistema. Ocorre que operador do direito não pode incorrer no erro de afirmar, categoricamente, que o conceito teórico de pena, amplamente difundido pela doutrina, seus ideais e funções, se aproximam daquilo que a sua execução prática representa hodiernamente. (FERRAJOLI, 2010).

Tem-se que a teoria e prática não correspondem a uma mesma representação e, ao se formular essa diferenciação, principalmente enquanto pesquisa do instituto, é de extrema importância na análise concreta dos efeitos do sistema de execução penal e de suas finalidades.

A pena, hodiernamente, representa a soberania estatal nas relações sociais, o exercício do *jus puniendi*, a resposta do Estado frente às transgressões que afetam negativamente o círculo da vida pública. É, ela, o símbolo maior do Direito Penal, a última razão do sistema jurídico, a garantia de cumprimento dos seus preceitos. Como sustenta Gross, “para a filosofia, a punição é a intimação da violência.” (GROS, 2001 p. 12).

Pune-se em benefício do sistema sem, no entanto, haver uma utilidade. A pena não deve ser interpretada como algo útil, pois iria ignorar os seus próprios

preceitos, sua característica de última razão. Pune-se pois houve uma transgressão, e, indiretamente, sim, isso será benéfico ao sistema e a sociedade. Todavia, a sua aplicação não pode entrar em critérios de utilidade.

De acordo com os ensinamentos de Gross:

A pena jurídica [...] não pode jamais ser considerada simplesmente como um meio de realizar um outro bem, seja para o próprio criminoso, seja para a sociedade civil, mas deve apenas ser-lhe infligida, pela única razão de que ele cometeu um crime; com efeito, o homem jamais pode ser tratado apenas como um meio para os fins de outrem e ser confundido com os objetos do direito real; é contra isso que ele está protegido pela sua personalidade civil. Deve previamente ser considerado punível, antes de se pensar em retirar desta punição alguma utilidade para si mesmo ou para seus concidadãos. A lei penal é um imperativo categórico e ai daquele que desliza pelos anéis serpentinados do eudemonismo para encontrar alguma coisa que, pela vantagem que lhe promete, o livraria da pena ou a atenuaria após a sentença farisaica: mais vale a morte de um homem que a corrupção de todo um povo; porque se a justiça desaparece, é a coisa sem valor o fato de os homens viverem na terra. (GROS, 2001, p. 35-36)

A pena implica em uma reafirmação do dever de cumprir e respeitar os comandos normativos positivados no sistema jurídico. Ela se direciona ao indivíduo infrator e pretende modular a sua conduta para que possa viver em sociedade, sendo, assim, sociavelmente aceito.

Nesse sentido, as pessoas são

Punidas pelo castigo que se atribui a função de tornar o criminoso “não só desejoso, mas também capaz de viver respeitando a lei e de suprir às suas próprias necessidades”; são punidas pela economia interna de uma pena que, embora sancione o crime, pode modificar-se (abreviando-se ou, se for o caso, prolongando-se), conforme se transformar o comportamento do condenado; são punidas, ainda, pela aplicação dessas “medidas de segurança” que acompanham a pena (proibição de permanência, liberdade vigiada, tutela penal, tratamento médico obrigatório) e não se destinam a sancionar a infração, mas a controlar o indivíduo, a neutralizar sua periculosidade, a modificar suas disposições criminosas, a cessar somente após obtenção de tais modificações. (FOUCAULT, 1987, p. 22).

Toda sua evolução se reflete nas características e contornos que, atualmente, carrega. Reflete a atuação estatal frente à instituição de afrontas a normalidade do sistema, ao desenvolvimento do Estado de Direito. Há muitas maneiras de se perceber uma estrutura social, de tecer uma análise sobre o seu funcionamento, e a sanção penal, suas características estruturais e o modo de execução, dizem muito sobre o contexto social que se pretender estudar. (FERRAJOLI, 2010).

### 3.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FINALIDADE PUNITIVA

Inicialmente cumpre destacar que a função/finalidade da pena se difere de funcionalismo penal, o qual fora abordado em capítulo próprio neste trabalho. Quando se fala na finalidade da pena, também, não se trata da função normativa, ou, especificamente, da lei. Ao abordar a finalidade da pena busca-se efetuar uma análise da sanção penal propriamente dita.

Para se chegar à finalidade da pena precisa-se, antes, entender o porquê do seu exercício: por que se pune?

Segundo Ferrajoli,

A resposta que geralmente é dada a esta pergunta por parte do pensamento jurídico-filosófico está expressa na máxima *nulla poena sine crimine*[...]. A pena, segundo este princípio formulado nitidamente nas célebres definições de Grócio, Pufendorf e Thomasius, é uma sanção cominada *ab malum actionis*, ou *antegressi delicti*, ou *propter delictum*, isto é, aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica. Trata-se do princípio de retribuição ou do caráter de consequência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, como escreve Hart, expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*. (FERRAJOLI, 2010, p. 339).

A pena só existe em face da presença de um delito. Se pune pois houve a transgressão de uma norma. Dessa forma, “[...] o crime é a razão primeira e última da pena. Não se pune um homem para que ele não cometa outro crime, mas porque cometeu um.” (GROS, 2001, p. 36). Então, “uma punição é um mal cominado pela autoridade pública a quem se lhe tem feito ou omitido algo que essa mesma autoridade julga ser uma transgressão à lei.” (HOBBS *apud* FERRAJOLI, 2010, p. 388).

Todavia,

O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a sua comprovação judicial do delito. (FERRAJOLI, 2010, p. 339).

Não se pune tão somente como uma forma de retribuição. O que justifica a aplicação da sanção penal é o crime, mas o exercício do *jus puniendi* não se limita apenas a isso. De acordo com Gross “punir em virtude apenas do crime cometido é [...] ceder à cólera, não punir por razão, mas por paixão.” (GROS, 2001, p. 37).

Pune-se em razão do crime, mas não pelo crime. Pune-se pela sociedade, pela integridade do sistema jurídico, pelo respeito à base principiológica do Estado de Direito. Pune-se pelo próprio indivíduo, no intuito de ressocializá-lo e reinseri-lo no contexto social. Pune-se para recordar a lei.

Segundo Gros,

É a partir desta representação fundamental da lei como interdito que a punição pública compreende sempre uma dimensão expiadora e sagrada. Enquanto o delinquente será sempre como um pequeno Édipo. Quando o juiz afirma que a função primeira da punição é recordar a lei, ele assume a função de fazer compreender ao delinquente que, quando ele queima viaturas ou rasga sacos, é um pouco como se matasse o pai ou dormisse com a mãe. (33) Frédéric Gros

Há, também, um segundo aspecto a ser ressaltado. A retribuição, como fora salientado, ocorre após a prática da conduta delituosa. No entanto, a pena exerce uma outra característica de extrema importância no sistema jurídico: a prevenção. Faz-se recordar a lei.

A certeza de retribuição no tocante à prática de uma conduta infratora gera uma sensação de repulsa e de medo. Justamente nesse ponto, a pena age, também, no sentido de intimidar práticas criminosas.

É por isso que Ferrajoli vai dizer que

Existe uma conexão evidente entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status*, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva ou intimidatória, sobretudo se se castiga a quem “merece”. (FERRAJOLI, 2010, p. 339).

Ambas as características, retribuição e prevenção, são conjugadas em harmonia e estão presentes na mesma medida. Seria equívoco ignorar uma em face de outra, ou mesmo analisa-las separadamente. Exemplificando, não se pode punir um indivíduo desviado, perigoso, propenso à prática de delitos (por consequência

das suas particularidades), em nome do caráter preventivo da pena, se o mesmo não praticou nenhum ilícito (o que se estaria retribuindo?). (FERRAJOLI, 2010).

A prevenção, todavia, atua de forma anterior ao delito, no sentido de inibir possíveis agentes infratores. Claro que, também, existem outros fatores de que devem ser considerados nessa equação. A vulnerabilidade do indivíduo, a questão econômica, o círculo familiar, etc. Tudo isso são fatores preponderantes para que o teor preventivo da pena goze de êxito.

No entanto, a pena, caso resumida nessa dualidade de prevenção e retribuição, terá limitada sua interpretação. Quando se fala em prevenção e retribuição estamos direcionando o discurso apenas para o delito, pois o que se previne e o que se retribui é o ato delituoso.

O campo de contribuição da pena (no que tange, também, à sua finalidade) é muito mais amplo. A pena, como apontado anteriormente no estudo, traz segurança às pessoas e ao próprio ordenamento jurídico.

Por meio da pena o Estado busca reestruturar o indivíduo, ressocializá-lo, de forma que o mesmo possa retornar ao convívio social. As consequências da sua aplicação têm desdobramentos que se estendem muito além da abstração de sua previsão legal, até, objetivamente, a sua aplicação. (FOUCAULT, 1987).

No entender de Gross,

Nas nossas sociedades modernas, encontramos esse hiato entre as modalidades pátrias e o sentido ideal da pena. Organizam-se para os criminosos e os delinquentes espaços fechados de exclusão e de infâmia social: as prisões; e sustenta-se simultaneamente que a punição só tem o sentido de regenera o condenado, esperando secretamente que na prisão o condenado encontre com que se excluir a si próprio. O risco contudo permanece de que, ao sair da prisão, o detido se tenha finalmente excluído, não apenas de si próprio, das suas referências e valores, mas ainda de toda a fora possível de ligação. Que se tenha desconciliado de si mesmo, sem se ter reconciliado com nada. (GROS, 2001, p. 21).

Os estabelecimentos de cumprimento da sanção penal, as pessoas que participam desse trabalho e a comunidade cujo aquele indivíduo pertence, todos estão relacionados e exercem papel ímpar no funcionamento da estrutura.

Antes de se adentrar diretamente na abordagem do *jus puniendi*, é preciso advertir que não se quer ignorar o fato de que a pena se fundamenta na afronta ao ordenamento jurídico, na transgressão propriamente dita. Pretende-se, apenas, expandir o seu campo de discussão, fazendo com que detalhes importantes,



analisados em um contexto, não passem despercebidos e sejam considerados nessa equação.

### 3.3 ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DO CONTEXTO SOCIAL E DOS REFLEXOS DO EXERCÍCIO DO JUS PUNIENDI NA ORDEM JURÍDICA

A sociedade, como fora ressaltado anteriormente no trabalho, é resultado da conjugação de vontades entre os homens. Historicamente, sua formação, estruturação e desenvolvimento se deram pela soma do esforço comum, orientado pelos costumes que se transmitiam de geração para geração.

Por meio de experiências não muito satisfatórias, no que diz respeito ao descumprimento ou afronta aos costumes cultuados, teve-se a necessidade de impor, a essas pessoas, o que até então era acordado pelo grupo, sendo que, nesse sentido, a lei foi utilizada como solução.

Se a lei é estruturada como uma ordem de coação, ou seja, um comando normativo que impõe atos de coerção, então a conjectura jurídica que melhor retrata o Direito é, portanto, a inferência de que a lei deve ser executada, cuja imposição e observância estão ligadas a um ato de coação. Estes atos executam-se mesmo em discordância de vontade da pessoa cujo qual é dirigido, legitimando ainda, se necessário, o emprego da força física. (KELSEN, 2009).

A ordem impositiva trazida pelo texto legislativo se contrapôs a excessiva individualidade que vinha sendo exercida pelos indivíduos. Assim, a sanção penal, à luz do funcionalismo, passou a dar importância a bens jurídicos que aproveitassem a todas as pessoas do grupo. Mesmo sendo um bem particular, o seu caráter de generalidade e abstração tornou a conduta prescrita coletiva.

Determinados critérios englobam, de forma genérica, as definições substanciais das condutas socialmente reprovadas, sob as quais a lei penal atua de forma cogente no sentido de defender o sistema jurídico. Respeitado o princípio da legalidade, as descrições formais das condutas delitivas são consideradas, interpretativamente, prescrições acerca do conteúdo normativamente proibido. (FERRAJOLI, 2010).

A sanção estatuída, em repressão à determinada conduta, por conseguinte, tem reflexos, não só no ordenamento jurídico, mas também no círculo social, que é “lugar comum numa sociedade com um sistema desenvolvido de direito a

necessidade de existência de uma autoridade investida de poder legislativo.” (LLOYD, 2000, p. 209).

Nesse sentido, o Direito Penal (por meio de todos os seus mecanismos, o que inclui, inclusive, a pena) trabalha na perspectiva de se fazer respeitar o grupo, a sociedade. Por isso, trata-se o Direito Penal de um ramo do direito público, e as questões que opera, não raramente, são de enorme complexidade.

É daí a conclusão a que se chega que pode haver uma racionalidade legislativa penal orientada por um discurso populista e midiático, que desvirtua e desestabiliza a função do Direito Penal, gerando uma legislação simbólica e, por consequência, impõe à pena uma função muito menor do que realmente é sua “missão” dentro de um sistema jurídico e de uma cultura jurídica punitivista.

## CONCLUSÃO

O sistema jurídico-penal é resultado de uma conjugação de fatores (sociais, econômicos, culturais, políticos...) que permanecem em constante evolução, tentando acompanhar as transformações sociais e a própria lógica de atuação do Estado. Todo o direito posto, hodiernamente, foi estruturado nessa perspectiva e, conseqüentemente, passou por alguma violação ao longo da história.

A evolução da lei penal está relacionada, com o desenvolvimento social, e as suas ferramentas, disposições e princípios têm se adaptado as condições impostas nos diferentes momentos. O surgimento de novas condutas ilícitas e novos bens jurídicos relevantes, fez com que o Direito Penal, por meio do uso da política criminal, expandisse o seu campo de reflexão e, conseqüentemente, de atuação. Por conseguinte, os desdobramentos cominados em consonância com essa nova perspectiva, fizeram com que o Direito Penal não só passasse a atuar de forma mais ampla, mas que reconsiderasse aspectos sob os quais já despendia atenção.

O reflexo social deixado pela atuação de forma expansiva do Direito Penal é, notadamente, insatisfatório. A reconsideração acerca das questões positivadas no ordenamento jurídico somada ao uso desenfreado do direito penal para suprir outros campos da atuação estatal representa um insucesso da política criminal. Nessa lógica de atuação ignora-se a função de última *ratio* do Direito Penal, segundo prescreve que, a despeito da sua subsidiariedade, a pena deve ser utilizada somente quando todas as demais ferramentas que estão a encargo do aparato estatal não forem suficientes para preservar o direito e a ordem jurídica.

Deve-se entender que a atuação subsidiária do direito penal na proteção do sistema jurídico não diminui determinado instituto em face de outro, sendo que, apenas, materializa uma atuação pautada por princípios e diretrizes que buscam a manutenção das relações sociais por meio da efetivação plena dos direitos sem a necessidade, primeira, de exercício do poder de punir.

A teoria, no entanto, nem sempre corresponde à prática. Isso ocorre que as “doenças sociais” (assim caracterizadas as condutas que fragmentam e afrontam o

sistema jurídico) têm tornado instável a estrutura estatal, fazendo com que o sentimento de insegurança e medo paire sobre o círculo social. Esse contexto tem legitimado uma produção legislativa irracional, que ignora os pressupostos e princípios que deveriam nortear a sua constituição, passando a ser, tão somente, uma resposta aos anseios acalorados da sociedade.

A legislação simbólica trabalha na perspectiva de dar uma resposta que venha ao encontro desse “desejo social de justiça”, denotando, assim, a atuação e presença estatal nas relações sociais. Ademais, faz transparecer o poder do Estado que mascara uma solução para os problemas vivenciados, postergando, na verdade, os seus verdadeiros resultados e consequências.

A necessidade de impor a sanção penal ultrapassa a sanidade do processo, desvirtuando a sua verdadeira finalidade, transformando-a, por consequência, em uma ferramenta de confirmação de valores e direitos.

É preciso registrar que a lei deve ser decorrência de um processo racional de formulação, que leve em consideração todos os aspectos que são, especificamente analisados pela política criminal, de forma que a sua estruturação seja coordenada e orientada no sentido de fazer valer os objetivos sociais que fundamentaram a sua constituição e até hoje sustentam a teoria da convencionalidade.

O produto dessa equação não pode ser, simplesmente, algo aparente. O texto normativo de nada serve se não pode ser executado, em inteiro teor, na prática. A criação das leis penais deve buscar um objeto que seja capaz de interferir no campo social eficazmente, a fim de sanar as suas patologias por meio da sua dosagem e aplicação adequadas.

O sistema normativo não carece e nem se sustenta de símbolos. A praticidade, racionalidade e capacidade de efetivação dos comandos normativos, quando acompanhados dos princípios norteadores do direito penal, devem ser o caminho trilhado no processo de produção legislativa.

O respeito à ordem social, a busca pela ressocialização do indivíduo infrator e a ascensão da norma penal são premissas que devem ser consideradas nesse processo. A lei penal deve interagir com a realidade social a que está exposta e servir de norte orientador para os cidadãos no que diz respeito a sua conduta para com os seus semelhantes. Ademais texto jurídico deve expor comandos normativos que possibilitem aos seus destinatários a exata compreensão e interpretação daquilo que, deles, se espera.

No contexto de formulação da norma penal há outro aspecto que deve ser enfatizado: o uso da política criminal. Apesar da evolução que visivelmente ocorre na sociedade e que também exige mudanças no campo normativo, a pesquisa e reflexão de forma antecedente, a fim de estruturar um processo lógico e organizado, é a ferramenta capaz de realizar, satisfatoriamente, essas mudanças.

A utilização da política criminal permite que o legislador efetue um processo mais didático e coeso, de forma a organizar e sistematizar princípios e diretrizes essenciais à sadia manutenção do ordenamento jurídico. É de extrema importância pois se configura como uma técnica de aplicação e análise do direito, permitindo elevá-lo de patamar, no que tange a sua coerência e integridade.

A simples utilização da política criminal (única medida) não significa um “trunfo” da legislação penal, pois, para isso, o ambiente social e jurídico precisa de uma conjugação de fatores. O que se pretende, na verdade, é alcançar uma realidade em que o sistema não seja tão fragmentado, onde a presença de lacunas e imperfeições não seja tão enfática, e o sistema possa se tornar autossuficiente.

A pena se apresenta, nesse cenário, como uma garantia de cumprimento das disposições legais, última razão da lógica penal, o que denota todo o seu valor. Quando a lei não se faz cumprir mediante a boa vontade dos cidadãos, ou mesmo com o desempenho da atividade conjunta Estado/sociedade na efetivação de políticas públicas no sentido de conscientizar o povo, busca-se socorro no Direito Penal.

A sanção penal deve ser o núcleo de proteção do sistema jurídico e de sua estabilidade, o que, conseqüentemente, corrobora na ideia de segurança. Então, de acordo com a teoria funcionalista, busca, também, tutelar os bens jurídicos relevantes socialmente.

Pune-se em face do delito, da transgressão que o ordenamento jurídico sofreu, e é justamente essa conduta exteriorizada pelo infrator que legitima o exercício do *jus puniendi*. No seu exercício prático, ao mesmo tempo em que busca retribuir a conduta delituosa, também, pretende intimidá-la (prevenir). Em verdade, a sanção penal representa o poder soberano do Estado nas relações jurídicas, o qual detém o monopólio do poder punitivo.

Pode-se auferir resultados extremamente gratificantes em relação às hipóteses inicialmente perseguidas por esse trabalho. Nessa perspectiva, a própria expansão do Direito Penal demonstra/caracteriza um reflexo da realidade social que

se vivencia, na medida em que se apresenta como uma resposta aos anseios e pretensões sociais de uma sociedade instável política e emocionalmente, orientada, na maioria das vezes, pelo medo.

Todo o contexto da atuação estatal, relacionada ao funcionalismo do Direito Penal e a utilização da pena nesse cenário, enquanto detentor do monopólio do poder jurídico, configura um mecanismo/ferramenta de controle social exercida/empregada pelo Estado para mascarar possíveis omissões/falhas no desempenho das suas precípuas atribuições e na incumbência de suas obrigações. Dessa forma, representa uma falha histórica na construção do sistema legislativo (penal), uma vez que a soma de todos os desdobramentos desse processo de estruturação desencadeia os efeitos que hodiernamente afrontam o seio jurídico/social, e, a teor da argumentação exposta, precisa ter um aperfeiçoamento.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Sistemas jurídicos na visão dos jusfilósofos**: Alf Ross, Emil Lask, Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Lourival Vilanova, Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 4. Ed. São Paulo: Globo, 2008.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2015.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2004.
- CALLEGARI, André Luís e GIACOMOLLI, Nereu José. **A proteção do bem jurídico como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DALLARI, Damo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia do direito, à sociologia jurídica... 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. Ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 8. Ed. São Paulo; Atlas, 2015.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhe. Vozes: Petrópolis, 1987.
- GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em Democracia – e a justiça será**. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 46. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado e do direito**. Tradução Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins fontes, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 8. Ed. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2009.

LIRA, Cláudio Rogério. **Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco**. Curitiba: Juruá, 2013.

LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAAR, Leo Wolfgang. **O que é Política**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e confiança legítima**. Direito, v. 1, n. 8, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RADBRUCH, Gustav. **5 MINUTOS DE FILOSOFIA DO DIREITO**. Publicações da Escola da AGU 1.17 (2012).

ROUSSEAU, Jean Jacques, 1712-1778. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VERONESE, Osmar. **Constituição: reformar para que(m)?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.