

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

Rejane Martins de Melo

**DA ORIGEM DA PENA AO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI: UMA
BREVE ABORDAGEM**

Brasília – DF

2015

Rejane Martins de Melo

**DA ORIGEM DA PENA AO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI: UMA
BREVE ABORDAGEM**

Monografia apresentada como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito da pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Orientador: Prof. (sem orientador)

Brasília – DF

2015

Rejane Martins de Melo

**DA ORIGEM DA PENA AO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI: UMA
BREVE ABORDAGEM**

Monografia apresentada como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito da pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Orientador: Prof. (sem orientador)

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____.

Banca examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Brasília – DF
2015

*Dedico este trabalho ao meu marido, Castruz, e à
minha filha, Betina.
Amor da minha vida! Alegria dos meus dias!*

*Agradeço ao meu Senhor Jesus Cristo, sempre e por
tudo. A Ele toda honra e toda glória!
Minha gratidão, também, à Maria Galdina, pelo
suporte, auxílio e dedicação diários.*

“O ideal é que o homem se movimente na vida social, sem peias, livremente, somente tendo impedidas suas condutas, quando danosas a outro homem ou à sociedade dos homens.”

Marco Aurélio Costa Moreira Oliveira

RESUMO

O presente trabalho adota a pesquisa bibliográfica do tema como sua principal metodologia, dado o seu caráter teórico argumentativo. Partimos de uma abordagem histórico-evolutiva, desde as origens mais remotas da pena, suas formas primitivas e finalidades, até o surgimento da pena privativa de liberdade. Destacamos a importância da obra de Cesare Beccaria, como marco de um movimento humanitário e reformista. Demonstramos a evolução do pensamento criminológico, através das Escolas Penais, das Teorias da Pena e das Teorias Sociológicas acerca do crime e da criminalidade, concluindo com a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli e o princípio da intervenção mínima, quando são abordadas as questões da justificação, (des)legitimação e limitação do Direito Penal.

Palavras-chave: Pena. Origens. Evolução. Criminologia. Intervenção mínima. Teoria Garantista.

ABSTRACT

This paper adopts literature theme as the main methodology, given its theoretical argumentative character. We start from a historical-evolutionary approach, from the earliest origins of the sentence, its primitive forms and purposes, until the emergence of deprivation of liberty. We underline the importance of the work of Cesare Beccaria, as the framework of a humanitarian and reformist movement. Shows the evolution of criminological thought, through the Criminal Schools, the Theories of Pena and Sociological Theories about crime and criminality, concluding with the Garantista Theory Luigi Ferrajoli and the principle of minimum intervention when the questions of justification are addressed, (de)legitimation and limitation of criminal law.

Keywords: Sentence. Origins. Evolution. Criminology. Minimum intervention. Garantista Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	
1.1 - Origens: o <i>totem</i> e o <i>tabu</i>	11
1.2 - Autoridade sacral e temporal das regras de conduta: o vínculo de sangue.....	12
1.3 - A proporcionalidade da vingança (Talião) e a composição: o progresso na direção de um castigo racional	13
1.4 - O surgimento da pena com caráter público nas antigas civilizações: a vingança pública	14
1.5 - A pena no mundo medieval: uma função político-jurídica.....	15
2. AS ESCOLAS PENAIAS	
2.1 - O reformismo humanitarista de Beccaria e a Escola Clássica: a defesa dos direitos humanos.....	17
2.2 - O método empírico-indutivo: precursor do positivismo criminológico.....	20
2.3 - A Estatística Moral e a Escola Cartográfica: o delito como fato social.....	21
2.4 - A Escola Positiva: a etiologia do crime	23
2.5 - A Escola ou Movimento da Defesa Social: uma postura eclética.....	26
3. AS TEORIAS DA PENA E A IMPORTÂNCIA DAS TEORIAS SOCIOLÓGICAS NO ESTUDO DA CRIMINALIDADE	
3.1 – As Teorias Penais: finalidade da repressão punitiva	28
3.2 – As Teorias Sociológicas: criminalidade e estrutura social	29
3.2.1 – A Sociologia Jurídica de Emile Durkheim	29
3.2.2 – O pensamento da Escola de Chicago.....	31
4. A TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI	
4.1 – A questão da justificação e (des)legitimação do Direito Penal	34
4.2 – O princípio da intervenção mínima: limitação ao Direito Penal	42
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, por seu caráter intervencionista, afeta violentamente a vida e a liberdade dos cidadãos, sendo, por isso, necessário que sua intervenção seja regrada, mínima, restrita aos casos de absoluta necessidade, quando estiver em jogo os bens jurídicos mais importantes para o homem e quando nenhum outro instrumento da política criminal se mostre adequado e eficaz para apaziguar os conflitos, mantendo a paz social.

Essa subsidiariedade se estende, por óbvio à pena. Por isso, partimos de uma abordagem histórico-evolutiva, buscando suas origens mais remotas, suas formas primitivas e finalidades a ela atribuídas ao longo dos tempos. Das penas privativas às públicas, da vingança de sangue e da perda da paz, passando pelos suplícios da Idade Média, até chegar à pena privativa de liberdade, o que se observa é que desde sempre o homem carregou a ideia de punição do transgressor da norma de conduta.

Procuramos mostrar a importância da obra de Cesare Beccaria – *Dos Delitos e das Penas* – como o marco da idade moderna do Direito Penal, de onde iniciou-se um movimento humanitário e reformista, que, alastrando-se pela Europa, culminou com a Escola Clássica, e esta, sob o influxo da referida obra, fez operar, entre os séculos XVIII e XIX, uma transformação na pena.

Também necessário foi falar do método empírico-dedutivo, como precursor do positivismo criminológico, e da Escola Cartográfica ou Estatística Social, influenciadora da direção sociológica do positivismo europeu e decisiva para a moderna Sociologia Criminal norte-americana, que seria mais tarde apresentada pela Escola de Chicago. Sobre a Escola Positiva, apresentamos sua concepção positivista e etiológica do crime, orientada à busca científica das causas do delito. Tratamos, ainda, da Escola ou Movimento da “Defesa Social”, que buscou a harmonização dos postulados do positivismo com os dogmas clássicos.

Apresentando as Teorias Penais, abordamos o tema relativo aos fins que atribuíram à pena as diferentes correntes – absolutistas, relativistas e ecléticas. Procuramos demonstrar a importância das Teorias Sociológicas na mudança de paradigma da ciência criminológica, possibilitando críticas aos sistemas penais, a partir de onde introduzimos a Teoria do Garantismo, elaborada por Luigi Ferrajoli, que abordando as questões da justificação,

(des)legitimação e a necessidade de limitação do Direito Penal, conforme o princípio da intervenção mínima, apresenta-se uma como uma proposta político-criminal garantidora dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Fundamental da República .

Neste diapasão, buscamos apresentar um contributo (limitado e modesto) para o diálogo sobre a construção de um Direito Penal que seja, ao mesmo tempo, efetivo, eficaz e garantidor dos direitos humanos fundamentais.

1. HISTÓRICO DA PENA

1.1- Origens: o *totem* e o *tabu*

Não é possível indicar uma data precisa como marco inicial, o que se sabe é que a origem da pena é tão remota quanto a própria humanidade. O mais importante a se destacar é que todos os grupos humanos, desde os mais primitivos até os contemporâneos, seguiram e seguem certas normas de conduta, sendo a transgressão dessas normas, motivo de punição.

Há uma forte suposição, baseada no confronto das informações históricas contidas nos relatos antropológicos oriundos das mais diversas fontes, de que a pena, como tal, em sua origem tinha um caráter sacral¹.

Entre os povos primitivos a visão do cosmos era muito limitada, os fenômenos da natureza eram atribuídos a seres sobrenaturais, os *totens*. Os “castigos” ou “prêmios” dependiam do comportamento, o qual era observado e julgado por esses seres sobrenaturais, que, acreditava-se, eram vinculados aos integrantes da tribo ou do grupo e que, dessa forma, encontravam-se ligados por uma relação totêmica, acarretando a responsabilidade de todos os integrantes da mesma tribo, casta ou segmento comunitário no cumprimento das obrigações devidas ao *totem* e no grande respeito que a ele se dedicava.

O *totem* era bom ou ruim, conforme as circunstâncias, e por isso as obrigações e o respeito a ele eram rigorosamente cobrados. Daí a ideia de que as primeiras regras de proibição e, conseqüentemente, os primeiros castigos, estavam vinculados às relações totêmicas².

Outra norma de conduta que regia as relações do grupo denomina-se *tabu*, que, embora sem prova rigorosa, acredita-se seja contemporânea das normas totêmicas. O *tabu* trazia, ao mesmo tempo, conotação sagrada e proibida, e sua transgressão, assim como a transgressão das normas totêmicas, resultava em castigo.

¹ PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 118/119.

² *Ibid.*

Acreditavam os homens primitivos que, uma vez transgredida uma norma de comportamento, fosse totêmica ou um *tabu*, sobreviria o castigo, imposto por aqueles seres sobrenaturais. O castigo tinha um caráter coletivo, ou seja, a entidade sobrenatural dirigia sua ira contra todos do grupo, caso não punissem o transgressor e por isso pensavam que ele deveria ser eliminado para que não houvesse a “contaminação” dos demais.

Participar do castigo significava eximir-se da vingança sobrenatural, “a função da pena era, pois, reparatória e tinha como finalidade aplacar a ira da entidade, visando a que esta, satisfeita, não se vingasse castigando todo o grupo³”.

1.2 - Autoridade sacral e temporal das regras de conduta

Entre os primitivos, a autoridade sacral das regras de conduta foi sustentada pela crença depositada nos sacerdotes. Acreditava-se serem eles depositários da autoridade das entidades sobrenaturais. Essa crença, bem como o temor à autoridade temporal, tinha como pano de fundo o medo do desconhecido e o poder dos privilegiados, os quais, no imaginário do homem primitivo, comunicavam-se e entendiam-se com aqueles seres. Os sacerdotes, magos, feiticeiros, pagés, enfim, todo aquele ao qual se atribuía a função de representante de Deus, tinha o poder de decidir sobre a vida e a morte dos homens.

Os bárbaros germanos aplicavam provas terríveis e decisivas, as chamadas ordálias ou juízos⁴. A sanção era a expressão do interesse coletivo e tinha a função de restabelecer a proteção social. Como havia uma grande diversidade de tribos, cada qual ligada a um *totem* diferente, surgiram dois tipos de pena: a perda da paz e a vingança de sangue. A primeira era aplicada quando o infrator era integrante do grupo e implicava na exclusão da proteção totêmica e na expulsão do infrator; a segunda, aplicada quando o infrator era integrante de outros grupos, consistia na cobrança, pelo sangue, da falta cometida, por vezes provocando a retaliação contra grupos familiares inteiros, que eram dizimados.

³ *Ibid.*, p.119.

⁴ *Ibid.*, p. 120.

Assinala Marques⁵ que o homem primitivo era muito ligado à sua comunidade, sentindo-se desprotegido se não se encontrava junto a ela:

Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado *vínculo de sangue*, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam uma descendência comum. Dele se originava a chamada *vingança de sangue*, que era um dever sagrado de um membro de determinada família de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto.

A vingança perdurou até ser substituída pelas penas públicas.

1.3 - A proporcionalidade da vingança (Talião) e a composição

Buscando evitar os excessos da vingança ilimitada, aquela pela qual muitas vezes era dizimado um grupo ou uma tribo inteira, como antes já dito, resgatou-se a proporcionalidade dada pelo *Talião*, conhecida desde o povo hebreu, na lei mosaica, através da máxima “olho por olho, dente por dente”, aplicando-se a pena na medida do mal causado.

Para Manoel Pedro Pimentel⁶, embora a aplicação da pena na forma do *Talião* tenha representado um progresso na direção de um castigo racional, a ideia da proporcionalidade trazia em si manifestos inconvenientes, gerando consequências nefastas para os grupos sociais, uma vez que das retaliações decorriam sucessivas mortes ou mutilações, gerando o enfraquecimento do grupo frente os inimigos externos.

O próximo passo no caminho da evolução da pena seria o surgimento do costume de substituir o ofensor por um escravo. A punição, então, passa a ser infligida ao escravo e não mais à pessoa do ofensor, de seus familiares ou qualquer membro de seu grupo. Daí evoluiu-se para a composição, que ocorria quando não mais havia o interesse na morte, mutilação ou qualquer outro tipo de castigo físico. Pela composição o ofendido era compensado pelo dano, recebendo uma importância em dinheiro ou em bens. Todas essas formas de punição, porém, mantinham ainda o caráter privado.

⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek *apud* MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. *Rediscutindo os fins da pena*. Disponível: <<http://www.mpsp.mp.br>> Acesso: Maio 2015.

⁶ PIMENTEL, Manuel Pedro. *Op. cit.* p. 122.

1.4 - O surgimento da pena com caráter público nas antigas civilizações

Ainda dissertando sobre as origens e a evolução da pena, Pimentel⁷ destaca que com o surgimento do Estado, a repressão passa a ser pública, perdendo o caráter de vingança privada. Entre os egípcios a pena teve desde tempos remotos caráter público, sendo sua imposição função exercida pelos sacerdotes, e, em certos casos, decretada pelo próprio faraó. A morte era a principal sanção aplicada, o que demonstra a inexistência da ideia de regeneração do infrator.

Acrescenta que entre os fenícios, a pena de morte também era comum. Atribuía-se-lhe um certo cunho de prevenção geral, com finalidade de intimidação sobre os demais. Penas consistentes em castigos corporais, mutilações, espancamentos e multas, isoladas ou cumulativamente, também eram utilizadas, todas elas com caráter público. A prisão por dívidas, pela qual se reduzia o insolvente à condição de escravo, foi aplicada na Assíria, Caldéia e Babilônia, conforme depreende-se do Código de Hamurabi, situado aproximadamente a 2.250 anos A.C.

Lembra que entre os hebreus, a pena de morte era principalmente aplicada aos idólatras, sendo a composição e a multa destinadas aos crimes patrimoniais, havendo, ainda, a composição talional de caráter público como forma de punição para os delitos de lesões corporais. É que ainda nesse estágio de sua evolução, a pena trazia em si o caráter sacral e purificador, a execução penal significava a purificação da alma, propiciando, segundo acreditava-se, a reconciliação com o Senhor, não havia ainda a ideia da regeneração ou ressocialização do delinquente.

Destaca, também, que na Grécia as penas eram igualmente cruéis, consistentes na morte, em suplícios, mutilações, açoites e outros castigos corporais, e tinham, ao mesmo tempo, o objetivo de retribuição do mal causado e de prevenção geral. Em Roma, a morte era adotada largamente como forma de punição e sua execução diferenciava-se conforme o condenado: aos patrícios, a decaptação; à rale e aos escravos, meios degradantes e cruéis, como a cruxificação.

⁷ *Ibid.* p. 123.

Aplicava-se, ainda, trabalhos forçados, mutilação e flagelação que, não raramente, acabavam por ocasionar a morte, mesmo que não fosse essa a finalidade. Na execução *ad bestiam* o condenado era jogado às feras. A infanticida era atirada na água, costurada dentro de um saco de couro onde eram previamente encerrados um macaco, um galo, um cão e uma serpente. Entre os chamados povos bárbaros, igualmente, a regra foi a sistemática aplicação de penas cruéis, infamantes e exterminadoras⁸.

1.5 - A pena no mundo medieval

Na Idade Média, principiada nos meados do século V da nossa era, vigorou um sistema de penas brutal e opressivo, com imposição das torturas e dos castigos mais atrozes, a condenação à morte cruel de inocentes, de suspeitos de heresia ou de condutas consideradas vulneradoras da ordem dominante. Os condenados eram executados publicamente, em verdadeiros espetáculos de crueldade, com penas extremamente dolorosas e desumanas, nas quais o corpo era supliciado, esquartejado, amputado, submetido às mais horrendas torturas, como retratado por Michel Foucault:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa e duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezanado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezanado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento⁹

O suplício tinha uma função jurídico-política principal, buscava-se através dele a reativação do poder: “Suas crueldades, sua ostentação, a violência corporal, o jogo desmesurado de forças, o cerimonial cuidadoso, enfim todo o seu aparato se engrenava no funcionamento político da penalidade¹⁰”.

⁸ *Ibid.*

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 15. ed., 1997, p. 9.

¹⁰ *Ibid.*, p. 33.

Acredita-se ser desse período a origem das prisões, que “como método penal, é relativamente recente¹¹”. Naquela época, terrivelmente cruel e impiedosa, serviam apenas para custodiar o condenado até a execução da pena a ele cominada.

Eram os ergástulos, as enxovias, as masmorras, vestibulos dos pelourinhos, depósitos das câmaras de suplícios, bastidores do cenário final onde os acusados morriam atezanados, fustigados, esquartejados, enforcados, queimados, no meio de um espetáculo e de uma liturgia¹².

Segundo relata Sutherland¹³ não sendo permitido aplicar a pena de morte, a Igreja aplicava como penitência de seus membros a segregação como forma de estimular o arrependimento. A reclusão podia ser executada em uma cela, solitariamente – penitência *in pace* – ou em confinamento nos limites dos muros do convento – *murus largus*. A pena trazia em si, na concepção do Direito Canônico, uma finalidade ética, qual fosse a motivação do arrependimento, ao mesmo tempo em que se punia. Tinha caráter regenerativo, buscando a reparação da ordem moral e a reconciliação do infrator com Deus.

¹¹ SILVA, Evandro Lins. Uma Visão Global da História da Pena. In: *Anais do 1º Encontro Nacional da Execução Penal*, p. 17. FAP/DF, 1998.

¹² *Ibid.*, p.18.

¹³SUTHERLAND *apud* PIMENTEL, Manuel Pedro. *Op. cit.* 1983, p. 126.

2 – AS ESCOLAS PENAIS

2.1 - O reformismo humanitarista de Beccaria e a Escola Clássica: a defesa dos direitos humanos

No contexto de um sistema de penas cruel e impiedoso que vigorava no período medieval, surge o primeiro protesto contra esse ordenamento de atrocidades. Inspirado no humanitarismo de Voltaire, Rousseau e Montesquieu, *Dos delitos e das penas*, a famosa obra de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, escrita em 1764, deu início aos movimentos de reforma, que se estenderam pela Europa durante os séculos XVIII e XIX, e a um período humanitário das prisões, expondo ao público todos os horrores, atrocidades e injustiças contra os condenados.

Beccaria pode ser considerado “o autor a quem coube a fortuna de lançar as bases do direito penal contemporâneo, posto que é em função de sua crítica que a legislação penal européia começa a limpar-se, um pouco, de seu banho constante de sangue e tortura”¹⁴. Foi ele o precursor da defesa dos direitos humanos, insurgindo-se contra as leis que, para ele, deveriam ser “convenções entre homens livres, com o fim de dirigir as ações da sociedade em benefício da maioria”¹⁵. Em seu livro já se proclamavam e defendiam os direitos do homem.

Sua vertente contratualista é revelada na afirmação de que a legitimidade do Soberano para punir decorre do Contrato Social¹⁶:

Foi, portanto, a necessidade, que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível, apenas a suficiente para induzir os outros a defende-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O resto é abuso e não justiça, é fato, mas não direito.

¹⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 8ª. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 236.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 267.

¹⁶ *Ibid.*, 267.

Daí os princípios da legalidade¹⁷ e da utilidade¹⁸.

Mas a brilhante obra do Marquês de Beccaria não foi poupada de ferozes críticas e contestações dos reacionários da época, aos quais interessava a manutenção da brutal legislação em vigor, resistindo ativamente às inovadoras mudanças propostas. Foi considerada, pela crítica política, como manifestação subversiva da ordem vigente, ameaça à organização da sociedade e ao poder do Príncipe. Porém, tais críticas não foram capazes de obscurecer o brilho de sua obra, que ainda hoje é admirada e lida, exercendo influência no avanço do Direito Penal.

Desde quando apareceu, *Dos Delitos e das Penas* foi o referencial a ser seguido pelos estudiosos do Direito Penal, seguindo-se a ele toda uma elaboração doutrinária processada no século XIX, representada por grandes autores, como Filangieri, Romagnosi, Carmignani e Carrara, destaque da chamada Escola Clássica.

Beccaria foi um criador, abriu clareiras que ainda hoje iluminam o pensamento jurídico, ligando processo e pena numa incindível unidade lógica, na defesa dos direitos humanos e contra a pena de morte, a tortura, as condenações excessivas. A pregação de Beccaria é hoje um patrimônio comum da ciência penal. (...) Com Beccaria principia a idade moderna do direito penal.¹⁹

Sob o influxo da obra de Beccaria, com o movimento de renovação do Direito Penal, surgiu a Escola Clássica, de que fizeram parte Carmignani, Carrara, Feuerbach, Filangieri, Romagnosi e outros.

Carrara, seu principal representante, foi também ponto de referência na evolução do Direito Penal, foi ele um notável continuador da obra de Beccaria, no sentido do aperfeiçoamento do Direito Penal como ciência social e normativa. Seu pensamento é *iusnaturalista*, inspirado em critérios fundamentais consistentes na possibilidade de construir um sistema de normas penais universalmente válido; na distinção entre delitos naturais e políticos; na construção do delito como ente jurídico; na validade geral das normas penais,

¹⁷ “PRIMEIRA consequência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador”. BECCARIA, Cesare Bonesana. *Op. cit.* 1997. p. 30.

¹⁸ O critério da medida da pena é o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual que ela implica.

¹⁹ SILVA, Evandro Lins. *Op.cit*, 1998, p. 23.

excepcionando apenas a divisão entre imputáveis e inimputáveis e, por fim, na correlação entre delito e pena.

Com a Escola Clássica opera-se entre os séculos XVIII e XIX uma transformação na pena, que passa das penas corporais às privativas de liberdade e do mero castigo à “correção”, ou ainda, na concepção de Foucault, sem dúvida, a pena não mais se centraliza no suplício como técnica de sofrimento, tomando como objeto a perda de um bem ou de um direito.

A natureza da pena muda o seu sentido – e com isso todo o Direito Penal – a partir da abordagem contratual. Nessa concepção, aquele que viola o pacto social deve ser sancionado, obrigando-o a uma indenização ou reparação. E quem não pudesse pagar tal indenização seria forçado a fazê-lo, sendo expropriado de algo de valor. Porém, aqueles que nada possuíam para ser expropriado, somente podiam oferecer sua capacidade de trabalho, sua liberdade. A privação da liberdade, que até então apenas servia como medida preventiva durante o processo, como forma de custódia do criminoso até que se executasse a pena corporal, passa a ser utilizada como forma de punição.

Os clássicos, assumindo as ideias do Iluminismo, dos Reformadores e do Direito Penal “clássico”, especialmente da orientação *iusnaturalista*, valiam-se de um método abstrato, dedutivo e formal, considerando o crime como um ente jurídico, um fato isolado, individual, uma mera infração à lei. A referência à personalidade do autor ou à sua realidade social não se fazia necessária à compreensão do delito.

Com efeito, a “Escola Clássica” limitou-se a estudar o crime como fato individual e como abstração jurídica. O delito era a infração da norma e o delincente o sujeito ativo desta infração. Os clássicos renunciaram a toda análise etiológica do fato delitivo: não assumiram o estudo de suas causas, dos fatores individuais ou sociais que contribuem para ele, das suas variáveis.²⁰

Nessa concepção, tendo o delito origem no livre arbítrio do autor, a existência de outros fatores ou causas que pudessem influir no seu comportamento tornam-se

²⁰ GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 7ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 153.

incompatíveis. O *iusnaturalismo* da Escola Clássica não admite as supostas diferenças qualitativas entre os homens honestos e os delinquentes. Ora, se o homem, ao delinquir, agia de livre vontade, e não em função de patologias – biológicas ou psicológicas (tese, pelo contrário que seria mantida pelo positivismo) - não seria o delinquente diferente, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral, do indivíduo normal.

Para os clássicos, o delinquente não se diferencia dos demais indivíduos, o foco no qual se detinham era o delito, entendido como um ente jurídico – violação do direito e do pacto social. O delito era, assim, condicionado à livre vontade do indivíduo, o que justificaria a responsabilidade moral pelas próprias ações.

O pensamento clássico funda-se na imagem do homem como ser racional, igual e livre, na teoria do pacto social, como fundamento da sociedade civil e do poder, assim como na concepção utilitária do castigo, não desprovida de apoio ético. Seu sistema era filosófico e metafísico, adotando dogmas – liberdade e igualdade do homem, bondade das leis etc. - dos quais deduziam seus principais postulados. O menosprezo do exame da pessoa do delinquente, assim como de suas relações sociais, nessa concepção do delito como uma abstração jurídico-formal, foi o ponto débil do pensamento clássico.

Para a Escola Clássica, a pena é um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo por ter praticado, voluntária e conscientemente, um ato considerado crime e sua finalidade é o bem social.

2.2 - O método empírico-indutivo: precursor do positivismo criminológico

Segundo a lição de García-Pablo de Molina e Luís Flávio Gomes²¹, no campo das ciências naturais apresentou-se uma orientação criminológica que pode ser considerada como pré-positivista. Essa orientação configurou-se no emprego fragmentado e setorial de um novo método, o empírico-indutivo, baseado na observação da pessoa do delinquente e do seu meio, tendo como base investigações realizadas nos mais diversos campos do conhecimento.

Howard e Bentham estudaram a realidade penitenciária, provocando importantes reformas legais. Della Porta e Lavater, fisionomistas, adotaram como método a observação e a

²¹ *Ibid.*, p. 163.

análise dos criminosos, considerando a aparência externa do indivíduo e a inter-relação entre o físico e o psíquico. Lavater afirmou a existência do “homem de maldade natural”²², autêntico precursor do delinquente nato de Lombroso, sustentando a correlação entre determinadas qualidades do indivíduo e os órgãos ou partes do seu corpo.

Destacam os autores que outra importante contribuição na etapa de aproximação empírica, veio da Frenologia, precursora da moderna Neurofisiologia e da Neuropsiquiatria, através da qual buscou-se explicar o comportamento criminoso como consequência das malformações cerebrais. Assim é que Gall, autor de um famoso mapa cerebral dividido em trinta e oito regiões, acreditou ter podido localizar em diversos pontos do cérebro um instinto de agressividade.

Utilizando um método positivo experimental, Cubí Y Soler, considerou o delinquente como um enfermo que necessitava de tratamento, tratando de localizar em diversos lugares do cérebro as faculdades e potências do ser humano, inclusive as criminais, optando por fórmulas claramente preventivistas.

Pinel, fundador da Psiquiatria, realizou os primeiros diagnósticos clínicos separando os delinquentes dos enfermos mentais. Na Antropologia, destacam-se os estudos sobre crânios de assassinos, de Broca, que acreditou ter detectado anomalias nos crânios dos criminosos, ou Wilson, que depois de estudar cerca de quinhentos crânios de delinquentes, chegou à mesma tese de Nicholson, para o qual o criminoso seria uma variedade mórbida da espécie humana.

Afirmam, ainda, que também merecem destaque Lucas, que enunciou o atavismo; Virgílio, que dois anos antes de Lombroso, utilizou a expressão “criminoso nato”; e Darwin, cujas teses foram assumidas pela Escola Positiva, concebendo o delinquente como espécie atávica, não evolucionada e considerando a carga ou legado que um indivíduo recebe por meio da hereditariedade, além de uma nova imagem do ser humano, privado da importância e do protagonismo que lhe conferia o pensamento clássico.

²² *Ibid.*, p. 167.

2.3 - A Estatística Moral ou Escola Cartográfica: o delito como fato social

Ainda segundo a lição de García-Pablo de Molina e Luís Flávio Gomes²³, os Cartográficos foram genuínos precursores do positivismo sociológico e do método estatístico e criaram a concepção do delito como fenômeno coletivo e fato social – regular e formal – regido por leis naturais. Seus principais representantes foram Quetelet, Guerry, V. Mair, Fregier e Mayhew.

Acrescentam que ao iniciar-se o século XIX, num contexto de preocupantes problemas sociais derivados da revolução industrial, tornou-se imprescindível analisar e explicar de outro modo a desorganização social e o incremento da criminalidade, adotando-se medidas baseadas no conhecimento empírico, com a finalidade de restabelecer-se o bem-estar social e a moral da comunidade.

O espírito reformador, pois, dos primeiros cientistas sociais, que se sentiram na obrigação moral de dar uma nova resposta aos graves problemas sociais de prover da oportuna base científica a política social e, de outro lado, a progressiva identificação do paradigma científico com os métodos quantitativos e estatísticos, o surgimento dos censos populacionais, os estudos demográficos e registros, cada vez mais perfeitos e complexos, até a generalizada institucionalização dos mesmos, terminariam por impor um novo enfoque do problema criminal: o estatístico²⁴.

Assim, para a Escola Cartográfica ou Estatística Moral o crime é um fenômeno social, de massas, não um acontecimento individual, e como qualquer outro fenômeno natural – fatos humanos e sociais – interessa observar suas causas, sua frequência média relativa, sua distribuição serial, identificando suas principais variáveis.

Os Cartográficos entendiam o delito como uma “magnitude assombrosamente regular e constante”²⁵, de tal forma que seria possível medir a taxa de criminalidade de cada sociedade, assim como podem ser medidas as taxas de nascimento e falecimentos. Considerando, então, a existência de um volume constante e regular de criminalidade,

²³ *Ibid.*, p. 169.

²⁴ *Ibid.*, p. 169.

²⁵ *Ibid.*, p. 170.

acreditavam que o único método adequado para a investigação do crime como fenômeno social seria o método estatístico.

De outro lado, destacam os autores a orientação de Moreau-Cristophe, que optando por uma análise dinâmica do comportamento criminal, ressaltando a relação entre os movimentos da criminalidade e as transformações sociais, em oposição à ideia de volume constante e regular de criminalidade na sociedade, fez um paralelo entre o desenvolvimento industrial inglês, durante os anos de 1814 e 1848, o agudo crescimento da pobreza e o aumento da criminalidade. Assim, volume e movimento da criminalidade seriam fatal e necessariamente condicionados por fatores sociais, independentes da livre decisão humana.

Rawson W. Rawson, analisando a criminalidade nos diversos distritos – agrícolas, fabris, minerais e metropolitanos – concluiu que o emprego seria fator decisivo e junto com ele, o processo de concentração urbana. Mayhew, buscando informações e dados *in situ* procurou demonstrar que o crime procede de condições sociais do momento.

A estatística social teve, ao longo do tempo, um duplo âmbito de influência: por um lado, inspirou a direção sociológica do positivismo europeu, como se pode observar no pensamento de Ferri; de outro, provocou decisivo impacto na moderna Sociologia Criminal norte-americana, cujo ponto de partida foi a denominada Escola de Chicago.

[...]

À Estatística Moral devemos a observação do crime como fenômeno de massas, como fato social e como magnitude mensurável, perspectiva, hoje, de que já não se pode prescindir.²⁶

2.4 - A Escola Positiva: etiologia do crime

No final do século XIX e início do século XX, surge na Europa, mais precisamente, na Itália, a *Scuola Positiva*, de metodologia empírico-experimental e sustentada pelos seus representantes frente à análise filosófico-metafísica da Escola Clássica. Lombroso, Ferri e Garófalo foram seus principais representantes.

Os Positivistas propuseram como modelo de ciência o esquema causal-explicativo, concebendo o delito como um fato real e histórico, natural, não como uma fictícia

²⁶ *Ibid.*, p. 170/171.

abstração jurídica. Para eles a nocividade do delito é derivada das exigências da vida social e seu estudo e compreensão são inseparáveis do exame do delincente e da sua realidade social.

A visão positivista é etiológica, orientada à busca científica das causas do crime, sustentando que a finalidade da lei penal funda-se no combate do fenômeno social do crime, na defesa da sociedade. Segundo Roberto Lyra:

[...] a Escola Positiva, também chamada italiana, nova, moderna ou antropológica (Lombroso, Ferri, Garofalo, Fioretti), é determinista e defensivista, encarando o crime como fenômeno social e a pena como meio de defesa da sociedade e da recuperação do indivíduo²⁷.

Contra-pondo-se ao pensamento clássico de crime como ente jurídico abstrato, entendiam o delito como uma ação humana determinada por circunstâncias de natureza predominantemente social ou, raramente, de caráter individual – quando determinado por doenças psíquicas. É o determinismo positivista opondo-se ao livre-arbítrio dos clássicos.

Na concepção positivista sobrepunha-se a rigorosa defesa da ordem social frente aos direitos do indivíduo, qualificando de ficção a liberdade humana e fundamentando o castigo na ideia da responsabilidade social. Enquanto para os clássicos a responsabilidade penal era moral, para os positivistas era legal ou social. Nesse sentido, leciona Alessandro Baratta:

A responsabilidade moral é substituída, no sistema de Ferri, pela responsabilidade “social” [...]. Ferri agrega à pena todo o sistema de meios preventivos de defesa social contra o crime, que assumem a forma e a denominação de “substitutivos penais”. Mas como meio de defesa social a pena não age de modo exclusivamente repressivo, segregando o delincente e dissuadindo com sua ameaça os possíveis autores de delitos; mas, também e sobretudo, de modo curativo e reeducativo²⁸.

Enrico Ferri foi a figura maior dessa escola penal. Autor de dois livros básicos – *Sociologia Criminal e Princípios de Direito Criminal* – com ele inaugurou-se a sociologia

²⁷ ROBERTO LYRA *apud* MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. *Op. cit.*

²⁸ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, 1999, p. 39-40.

criminal, representando a vertente sociológica do positivismo. Também foi o autor da teoria dos “substitutivos penais”.

Segundo esta teoria, o delito é um fenômeno social e, conseqüentemente, a luta e a prevenção contra a criminalidade deve constituir-se em ações realistas e científicas do Poder Público, nas mais diversas esferas – econômica, política, científica, educativa etc. – neutralizando os fatores criminógenos. Essa teoria dispensa o Direito Penal da luta e prevenção ao delito, sustentando que a pena somente seria eficaz se precedida ou acompanhada de reformas econômicas, sociais, religiosas, familiares, administrativas etc.

Sobre Ferri, destaca Evandro Lins e Silva:

Apesar da adoção de uma postura nitidamente antiindividualista e de defesa veemente do direito da sociedade e do Estado de lutar e de se preservar contra a criminalidade, (...) não pregou o repúdio aos direitos humanos, mas apenas se insurgiu contra o que chamou de “*excessos irracionais*” do individualismo²⁹.

Quanto a Lombroso, García-Pablo de Molina e Luís Flávio Gomes³⁰ afirmam que sua principal contribuição reside no método empírico, de análise dos fatos, de experimentação, que utilizou em suas investigações. As teorias do “delinqüente nato” e do atavismo, resultaram de análises feitas através de autópsias e em delinquentes vivos. De acordo com seu ponto de vista o delinqüente é um indivíduo que padece de uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais. Porém, em sua obra *El crimen, causas y remedios*, viria ele reconhecer a transcendência dos fatores sociais e exógenos do crime.

Há que se destacar, ainda, o positivismo de Garófalo, cuja filosofia do castigo demonstra um radicalismo na defesa da ordem social, que se sobrepõe aos direitos do indivíduo, justificando sua aceitação, em algumas hipóteses, da pena de morte.

Para Garófalo, a pena deve estar em função das características concretas de cada delinqüente, sem que sejam válidos outros critérios convencionais como o da retribuição ou expiação, a correção ou inclusive a prevenção. Descartou, pois, a ideia de proporção como medida da pena, do mesmo modo que

²⁹ SILVA, Evandro Lins. Op Cit. 1998, p. 26.

³⁰ GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Op cit.* p. 178.

descartou a ideia de responsabilidade moral e liberdade humana como fundamento daquela. Opôs-se à suposta finalidade correcional ou ressocializadora do castigo, por considerar que o impede o substrato orgânico e psíquico, inato, que existe na personalidade criminosa. Tampouco estimou acertada a ideia da prevenção como fundamento da pena, porque, conforme seu juízo, esta não permite determinar o *quantum* do castigo.³¹

Com a Escola Positiva, que não pode, absolutamente, ser considerada contrária ao reconhecimento dos direitos do homem frente à justiça penal, surgiram a antropologia criminal, a criminologia, a sociologia criminal, a política criminal e a penologia ou Ciência Penitenciária. Dela advieram contribuições importantes como as noções de individualização da pena, da periculosidade e da medida de segurança. Seu enfoque era o exame da personalidade do criminoso, mais que o ato criminoso propriamente dito.

2.5 - A Escola ou Movimento da Defesa Social: uma postura eclética

Trata-se de uma dentre as várias Escolas – v. g. *Terza Scuola* e Escola de Marburgo - que buscaram a harmonização dos postulados do positivismo com os dogmas clássicos, tanto no plano metodológico quanto no ideológico. Porém, muito mais uma filosofia penal, uma política criminal, do que propriamente uma Escola, o Movimento da “defesa social” articulava que a referida defesa da sociedade deveria fundar-se numa ação coordenada do Direito Penal, da Criminologia e da ciência penitenciária. Seus principais representantes foram Fillipo Gramática e Mark Ancel (“nova defesa social”).

Para M. Ancel as estratégias de proteção eficaz da sociedade não são, necessariamente, penais, pois a meta principal não é a punição do criminoso, mas sim, a neutralização de sua periculosidade de modo humanitário e individualizado. Nessa concepção, não caberia mais ao Direito Penal o monopólio da luta e prevenção do delito, mas, como antes referido, a uma ação coordenada deste com outras disciplinas.

A “nova” Defesa Social potencia, por outro lado, a finalidade ressocializadora do castigo, compatível com a finalidade protetora da sociedade, precisamente porque acolhe uma imagem do delinqüente, do homem-delinqüente, como membro da sociedade, chamado a nela se reincorporar, o que obriga a respeitar sua identidade e dignidade. É uma imagem bem distinta da do “pecador” (dos clássicos), da “fera perigosa” (dos

³¹ *Ibid.*, p. 181-182.

positivistas), da do “inválido” (dos correccionalistas) ou da “vítima” (do marxismo)³².

Mas, García-Pablo de Molina e Luís Flávio Gomes destacam que a ideologia da “defesa social”, surgida com a revolução burguesa, com os ideais iluministas, é mais antiga que o Movimento ou Escola da Defesa Social, não havendo que se confundi-los; trata-se, este, de um movimento de estudos sobre direito e reforma penal que pode ser considerado como uma das especificações que a ideologia da “defesa social” encontrou nos últimos decênios.

Para Baratta ³³, o conteúdo da ideologia da “defesa social” pode ser sumariamente reconstruível através de seis princípios básicos, quais sejam:

a) *Princípio de legitimidade*. O Estado está legitimado para reprimir a criminalidade, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias).

b) *Princípio do bem e do mal*. O delito é o mal e a sociedade, o bem.

c) *Princípio da culpabilidade*. O delito contraria valores e normas sociais, por isso é reprovável.

d) *Princípio da finalidade ou da prevenção*. A pena deve, além de retribuir o mal, prevenir o crime, criando contramotivação ao comportamento criminoso.

e) *Princípio de igualdade*. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.

f) *Princípio do interesse social e do delito natural*. Os interesses protegidos pelo Direito Penal são interesses comuns a todos os cidadãos.

³² *Ibid.*, p. 185.

³³ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p. 42.

É oportuno destacar, ainda de acordo com o ensinamento de Baratta, que tanto a Escola Clássica quanto a Positiva tinham seus fundamentos na ideologia da “defesa social”, como nó político e fundamental de seus sistemas científicos, constituindo a base do discurso repressivo dos sistemas penais, como os princípios da igualdade, de legitimidade, do bem e do mal, de culpabilidade, da prevenção e do interesse social.

3. AS TEORIAS DA PENA E A IMPORTÂNCIA DAS TEORIAS SOCIOLÓGICAS NO ESTUDO DA CRIMINALIDADE

3.1 - As Teorias Penais e a finalidade da repressão punitiva

Acerca da função e da finalidade da pena, muito já se discutiu em sede doutrinária. De modo geral são três as teorias em torno dos fins a que se preordena a repressão penal: absolutas, relativas e mistas.

As teorias absolutas procuraram justificar a reação penal a partir de uma ideia retributiva, ou seja, a pena tem caráter único e absoluto de retribuição³⁴, tendo a função de restabelecer a ordem. Kant, Mancini e Mamiani afirmaram que ao crime deveria corresponder uma resposta, uma compensação moral, uma vez que se trata de uma violação da ordem moral. Outros como Hegel, Mayer e Maggiore, sem abandonar o cerne do absolutismo, propagaram ser a pena uma compensação jurídica, pois o delito, enquanto fato contrário ao direito, deve possuir uma correlata sanção. A meta é a reintegração da ordem jurídica violada.³⁵

Por outro lado, os relativistas ou utilitaristas, emprestavam à pena um fim exclusivamente prático, entendendo que seu fim seria a prevenção de delitos, como instrumento para resultados futuros, partindo-se da ideia do contrato social.

Se o crime gera um dano social e se o criminoso é quem detona este mecanismo de deterioração do tecido coletivo, a lei penal deve tratar o desviado, ainda que à custa de sua aflição corporal, impedindo, assim, que achaques semelhantes possam voltar a assolar o corpo social.³⁶

Daí a origem das teorias da prevenção geral e da prevenção especial. A primeira servindo como meio de intimidação, inculcando medo à população, para que passe a temer a infração e suas consequências (prevenção geral negativa). A segunda, a traduzir uma espécie de mecanismo repressivo, ou educacional, para os casos em que falha o efeito dissuasório da pena,

³⁴ Pena como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade.

³⁵ SOARES JR., Êvanes Amaro. *A funcionalidade da pena e a criminogênese contemporânea*. Revista Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (13), 2001. p. 118/119.

³⁶ *Ibid.*, p. 9.

centrando-se no delinquente, para quem não foi suficiente a intimidação decorrente da ameaça penal, ao mesmo tempo neutralizando-o (prevenção especial negativa) e tentando sua ressocialização (prevenção especial positiva).

Por fim, os ecléticos – teorias mistas ou unitárias – que, conciliando as demais correntes, enxergam na pena, além do cunho retributivo, a função ressocializadora e reeducadora do delinquente. Busca-se coordenar a ideia do justo e a noção de utilidade: prevenção geral mediante retribuição justa.

3.2 - As Teorias Sociológicas: criminalidade e estrutura social

3.2.1 – A Sociologia Criminal de Emile Durkheim

Quanto aos modelos explicativos do fenômeno criminal, García-Pablo de Molina e Luís Flávio Gomes³⁷ ensinam que as teorias inclinaram-se progressivamente para a Sociologia, independentemente de suas distintas premissas, fossem elas funcionalistas, subculturais, conflituais, interacionistas etc., tratando o fato delitivo como “fenômeno social”, a partir de um marco teórico.

Destacam que a Sociologia Criminal contemporânea tem um duplo entrocamento, o europeu e o norte-americano. Na Europa está vinculado a Durkheim – teoria da “anomia”. Nos Estados Unidos da América, identifica-se com a Escola de Chicago, berço da moderna Sociologia americana.

Essas teorias surgiram no contexto de algumas economias vertiginosamente industrializadas e de profundas mudanças sociais e foram, progressivamente, desfacelando os princípios da ideologia da defesa social. Fundam-se em dois postulados básicos: a normalidade e a funcionalidade do crime. Não admitem o delito como consequência de patologias individuais, nem sociais, mas entendem-no como consequência inevitável do desenvolvimento do sistema social, sendo, inclusive, funcional para a estabilidade e a mudança social.

³⁷ GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio. *Op.cit.* p. 282-286.

Para os autores, a teoria estrutural funcionalista do desvio e da “anomia”, introduzida por Durkheim, na Europa, e posteriormente desenvolvida por Merton, na América, nega o princípio do bem e do mal, afirmando que o delito é um fenômeno normal de toda estrutura social e que, portanto, a pena teria a função de proteger a sociedade³⁸, mantendo a coesão social.

O conceito de “anomia” expressa, aqui, a crise, a perda de efetividade ou o desmoronamento das normas e valores vigentes em uma sociedade, em consequência de vertiginoso desenvolvimento econômico e de suas profundas alterações sociais, enfraquecendo e debilitando o corpo social.

No pensamento de Durkheim, a conduta irregular é inextirpável e suas formas estarão determinadas, em cada caso, pelo tipo social dominante e seu estado de desenvolvimento. O delito é, portanto, um comportamento não patológico, cometido por qualquer pessoa da pirâmide social e em qualquer modelo de sociedade.

Assim, o que deve ser considerado em sua análise não são supostas anomalias do sujeito, mas sim das estruturas da sociedade, e o que é anormal não é a existência do delito na sociedade, mas sim o súbito incremento dos números ou das taxas de criminalidade.

O crime, pois, cumpre uma função “integradora e inovadora” e deve ser contemplado como produto do normal “funcionamento” de toda sociedade. O mesmo deve ser dito sobre o delinqüente: para Durkheim ele não é um indivíduo patológico ou anti-social, senão “fator do funcionamento regular da vida social”. Até mesmo a “pena” (castigo), conforme o autor, não cumpre os fins metafísicos que tradicionalmente lhe são assinalados, senão que surge como qualquer outra instituição social das relações estrutural-funcionais. O delito fere os sentimentos coletivos, porque o delinqüente rompe com o que é tido socialmente como bom e correto; **a pena é, pois, a reação social necessária e atualiza aqueles sentimentos coletivos que correm o risco de fragilização, clarifica e recorda a vigência de certos valores e normas e reforça, exemplarmente, a convicção coletiva sobre o significado dos mesmos.**³⁹ (sem destaques no original)

Observam que no pensamento de Durkheim, para o qual o crime cumpre uma função “integradora e inovadora” na sociedade, uma vez que, ferindo os sentimentos coletivos,

³⁸ Função preventiva da pena.

³⁹ GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio. *Op.cit.* p. 287-288.

atualiza e reforça a convicção e o significado dos mesmos, a pena tem, essencialmente, a mesma função que lhe era conferida pelos homens primitivos, que, como visto anteriormente, puniam o transgressor das normas coletivas como forma de evitar a “contaminação” dos demais integrantes do grupo ou da tribo. A punição significava a garantia de coesão do grupo, cujos integrantes, segundo acreditavam, encontravam-se ligados por forte relação de caráter sagrado. E é essa ideia que exprime a teoria “estrutural-funcionalista” do sociólogo Durkheim.

3.2.2 – A Sociologia Criminal da Escola de Chicago

Ensinam García-Pablo de Molina e Luís Flávio Gomes⁴⁰ que o entroncamento norte-americano da Sociologia Criminal identifica-se, como antes dito, com a Escola de Chicago, que é considerada o berço da moderna Sociologia americana. Sua principal característica é um particular empirismo e sua finalidade pragmática, empregando a observação direta em todas as suas investigações, concentradas nos “problemas sociais”, na análise do desenvolvimento urbano, da civilização industrial e da morfologia da criminalidade nesse novo meio.

Da Escola de Chicago nasceram diversos esquemas teóricos - teorias ecológicas, subculturais, da aprendizagem, da reação social ou do etiquetamento etc. O primeiro desses esquemas foi a teoria ecológica, cujo ponto de atenção é a grande cidade como unidade ecológica. Para esses teóricos, a criminalidade urbana é paralela ao processo de formação dos novos centros urbanos.

Os modernos e grandes núcleos urbanos produziram a criminalidade. Esse efeito criminógeno da grande cidade decorre do enfraquecimento do controle social nestes núcleos, em face da desorganização que apresentam, da deterioração dos “grupos primários”, da modificação qualitativa das relações interpessoais, que se tornam superficiais diante da alta mobilidade e conseqüente perda de raízes no lugar da residência. Enfim, modificações na base da sociedade que geram o enfraquecimento do controle social.

Asseveram que Merton, assumindo e reelaborando a teoria da “anomia” de Durkheim, entendia a “anomia” como sintoma ou expressão do vazio que se produz quando os meios socioestruturais existentes não são capazes de satisfazer as expectativas culturais de uma

⁴⁰ *Ibid.*

sociedade. A anomia é, então, para esse teórico, disfunção estrutural inerente a certo tipo de sociedade.

Assim, a conduta desviada é uma reação normal às contradições estruturais da sociedade. Através do desvio o indivíduo busca adaptar-se a tais contradições, porque a tensão entre a estrutura cultural e a estrutura social força-o a buscar uma adaptação, a alcançar a meta cobiçada e, por isso, aqueles aos quais a sociedade não proporciona os meios legítimos de alcance dessas metas, serão muito mais e muito antes pressionados ao desvio.

A característica de funcionalidade e de integração do delito estaria no fato de que o delinquente força, com sua conduta desviada, a estabilidade e a mudança social, pois, ferindo os sentimentos coletivos, rompe com o que é tido como bom e correto, fragilizando os valores, fazendo com que a sociedade sinta a necessidade de reforçar e recordar a vigência e o significado desses seus valores.

O desenvolvimento dessas teorias resultou na mudança de paradigma da ciência criminológica, que passa do enfoque etiológico – estudo das causas da criminalidade – para o enfoque da reação social – *labeling approach* – e, conseqüentemente, da criminologia liberal para a criminologia crítica.

O pensamento estrutural-funcionalista inspirou, sem dúvida nenhuma, um conjunto de teorias que aparecem no seio da Sociologia jurídica alemã moderna (teoria sistêmica da prevenção integradora), cujos representantes, dentre outros, são Amelung, Otto, Jakobs, Luhmann etc.⁴¹

Para os autores, talvez a maior importância do pensamento teórico acima exposto, especialmente o de Durkheim e dos representantes da Escola de Chicago, ao enfatizar a pena como uma “reação social” ao delito, tendo como finalidade a “proteção” da sociedade, foi ter provocado o deslocamento da análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal⁴² e para os processos de criminalização que dele fazem parte, estudando as

⁴¹ *Ibid.*, p. 289.

⁴² Para Nilo Batista, “sistema penal” são as instituições que desenvolvem suas atividades em torno da realização do direito penal, ressaltando que o sistema penal que deve ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam. Para Zaffaroni e Pierangeli, é o “*controle social punitivo institucionalizado*”, que pressupõe uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o

definições e o processo de criminalização do sistema como elementos constitutivos do crime e do *status* social de criminoso.

Com a mudança de paradigma, passa-se a uma visão da criminalidade como uma realidade social construída pelo sistema penal – criminalidade é criminalização mediante definições legais e rotulação oficial . O criminoso não é um indivíduo diferente, mas sim um *status* social que o sistema penal atribui a certos sujeitos.

O *labeling approach* acentua o caráter seletivo, desigual e discriminatório do sistema penal. Seletivo, porque “filtra” a população criminosa e responsável, atribuindo qualidades aos imputados, com base em juízos predeterminados – a criminalidade como *status* atribuído a alguns sujeitos pelo poder de outros sujeitos, por mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes – gerando estigmatização e alteração da identidade social do sujeito criminalizado. Desigual, porque relativiza a proteção dos bens jurídicos - as ofensas a esses bens são punidas com diferentes intensidades, dependendo do *status* do ofensor. Discriminatório, porque a reação criminalizante e sua intensidade não estão ligadas ao tamanho do dano causado ou à gravidade das infrações, mas sim ao *status* que o indivíduo possui na sociedade.

procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Engloba, portanto, a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juizes, promotores e funcionários e da execução penal.

4 – A TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

4.1 – A questão da justificação e da (des)legitimação do Direito Penal

Buscando resposta para a questão da justificação ou da legitimação do Direito Penal, Ferrajoli diz que tal problema deita suas raízes na questão mesma da legitimidade do estado, de cuja soberania é precisamente o poder de castigar, a manifestação mais violenta e mais seriamente lesiva dos interesses fundamentais do cidadão e em maior medida suscetível de degenerar em arbitrariedades.

No tratamento penal, segundo ele, manifesta-se de maneira mais direta e conflitiva a relação entre estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. “O problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito.”⁴³

O Direito Penal, cumprindo seu papel de definir, comprovar e reprimir o delito, manifesta-se em restrições e contrições sobre aqueles que são potencial ou efetivamente delinquentes. Essas restrições são três e cada uma delas corresponde a um dos três momentos da técnica punitiva. A primeira consiste na definição da proibição dos comportamentos classificados pela lei como crimes, é, portanto, uma limitação à liberdade de ação das pessoas. A segunda consiste na submissão coativa ao juízo penal de todo aquele suspeito ou acusado de uma violação das proibições penais e a terceira consiste na repressão ou punição de todo aquele julgado culpado de uma dessas violações.

Também são três as questões que o autor italiano traz quanto ao problema da justificação do Direito Penal: a) justificação geral do direito de castigar (justificação da pena); b) justificação das opções que guiam a definição dos pressupostos das penas (dos feitos definidos como crimes); e c) justificação das formas e procedimentos de investigação dos delitos e aplicação das penas (processo penal).

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 230.

Dessas três questões, surgem quatro perguntas básicas, cujas respostas considera de imediata relevância para a construção dos sistemas penais. Tais perguntas dizem respeito à admissibilidade (“se”), à finalidade (“por que”), aos pressupostos (“quando”) e às formas (“como”) de proibir, de julgar e de castigar.

Destaca ele, num primeiro momento, a importância das perguntas referentes à admissibilidade e à finalidade – “se” e “por que” – afirmando que na história do Direito Penal não tem havido progressos ou mesmo regressos que não tenham vindo acompanhados e secundados pela elaboração de doutrinas ou concepções ético-políticas filosoficamente caracterizadas acerca do fim da pena.

Estas teorias, segundo ele, podem ser consideradas como teorias justificadoras dos fins e, em ocasião, das formas e conteúdos diversos do Direito Penal, advindo das diferentes respostas dadas historicamente a essas questões e das correspondentes justificações a opção entre o modelo garantista ou cognoscitivo e o modelo autoritário e decisionista.

Em que se baseia a pretensão punitiva? Existem e, se existem, quais são as razões que a fazem justa? Justifica-se ou aceita-se moral e/ou politicamente a violência legal posta em prática com a pena? Como se justifica o exercício de uma violência organizada, que se alinha a uma multiplicidade de sujeitos contra uma única pessoa? Estas questões, destaca Ferrajoli, têm tido, historicamente, duas respostas, uma em linha de princípio positiva e outra, também em linha de princípio, negativa.

As respostas positivas são dadas pelas doutrinas chamadas “justificacionistas” e as negativas pelas chamadas “abolicionistas”, que não reconhecem, estas últimas, justificação nenhuma para o Direito Penal e propugnam sua eliminação, seja por que impugnam seu fundamento ético-político, seja por que consideram suas vantagens inferiores ao custo com aquela tripla constrição antes mencionada⁴⁴.

Ferrajoli somente considera abolicionistas as doutrinas axiológicas que impugnam como ilegítimo o Direito Penal, bem por que não admitem moralmente nenhum

⁴⁴ O abolicionismo atual é um movimento que, no dizer de Zaffaroni, representa a mais original e radical resposta político-criminal dos últimos anos, com forte expressão no norte da Europa, principalmente entre escandinavos e holandeses, seus mais notórios representantes.

possível fim como justificador dos sofrimentos que ocasiona, bem por que consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal de sua sanção punitiva e sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle do tipo informal e imediatamente social.

Segundo ele, as “reformadoras”, por sua vez, são as doutrinas penais que propõem a redução da esfera de intervenção penal, ou, por outro lado, a abolição em favor de sanções penais menos aflitivas, especificamente, da moderna pena de reclusão carcerária, considerada por ele inutilmente aflitiva e em muitos aspectos danosa, diante do que devem-se limitar as proibições penais somente às exigências de tutela que definem o esquema do “direito penal mínimo”.

Defende o autor, ao mesmo tempo contrário às hipóteses “abolicionistas” e “substitucionalistas”, a forma jurídica da pena como técnica institucional de minimização da reação violenta à desviação (delito) socialmente tolerada e de garantia do inculpado frente às arbitrariedades, os excessos e os erros ligados a sistemas ajurídicos de controle social.

[...] para que o modelo de justificação proposto permita replicar de um modo convincente à provocação abolicionista e, de outra parte, à objeção moral Kantiana; segundo a qual cada pessoa constitui fim em si própria, este também deve fazer seu o ponto de vista radicalmente externo dos destinatários das penas para que, inclusive aos olhos deles, resulte congruente e consistente o relacionamento empírico entre meios penais e fins extrapenais e nenhum deles seja tratado como uma coisa ou “puro meio” para fins que não são seus. E, a tal escopo, necessário se faz que fins e meios sejam homogêneos entre si, de maneira que o mal causado pelas penas seja confrontável com o bem perseguido como fim, sendo-lhe justificável não apenas a necessidade, mas também a natureza e a medida como males ou custos menores em relação à falta de satisfação do fim.⁴⁵

Se somente se entende como fim único da pena o fim utilitário expresso pela “máxima felicidade dividida entre o maior número” – parâmetro beccariano e benthaniano – orienta-se o Direito Penal à adoção de meios maximamente fortes e ilimitadamente severos. Assim, há que se considerar “o máximo bem-estar possível dos não desviados e o mínimo mal estar necessário dos desviados”. É este um segundo parâmetro utilitário apresentado por Ferrajoli.

⁴⁵ FERRAJOL, Luigi, *op. cit.* p. 304.

Argumenta o autor que qualquer delito cometido demonstra que a pena prevista para ele não tem sido suficiente para preveni-lo e que para tal fim seria necessário uma maior, demonstrando ser um falso argumento exarcebá-la visando a prevenção de delitos. Assim, esse fim de prevenção ou redução de delitos somente serve para fixar um limite máximo às penas.

Outro fim ao qual cabe ajustar o princípio da pena mínima é o da prevenção da “maior reação - informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal*”, que poderia advir da ausência de penas. A vítima tomaria para si a punição.

Este é para Ferrajoli o segundo e fundamental fim do Direito Penal: a pena previne os delitos injustos e, igualmente, as punições injustas. “Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delincente contra reações informais, públicas ou privadas”⁴⁶.

Daí decorre que a pena mínima necessária não é somente um meio, senão que é ela mesma um fim: o fim da minimização da reação violenta ao delito. Segundo uma ideia claramente derivada do *iusnaturalismo* e do contratualismo, a pena é o produto, em primeiro lugar da socialização e, logo, da estatização da vingança privada, concebida esta como expressão do direito natural de defesa correspondente a cada homem, no estado de natureza.

Para Locke⁴⁷, o *ius punitiois* é o “direito de defesa”. Nessa linha de pensamento, explica Ferrajoli que muitos retribucionistas e muitos utilitaristas têm concebido e justificado o Direito Penal como direito de defesa social. Destaca que, historicamente, o Direito Penal nasce não como desenvolvimento, senão como negação da vingança; não como em continuidade dela, senão em descontinuidade e conflito, e se justifica não com o fim de garanti-la, senão com o de impedi-la.

O Direito Penal, portanto, substitui a vingança, com o fim de por-lhe remédio e prevenir suas manifestações; ele nasce precisamente no momento em que a relação bilateral

⁴⁶ *Ibid.*, p. 307.

⁴⁷ *Apud* FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*

parte ofendida/ofensor é substituída por uma relação trilateral na qual situa-se numa posição de terceiro ou imparcial uma autoridade judicial.

Então, nessa linha de pensamento, o Direito Penal assume uma dupla função preventiva, ambas de caráter negativo: a) prevenção geral de delitos (que marca o limite mínimo das penas e visa a maioria não desviada); e b) prevenção geral das penas arbitrárias e desproporcionais (marca o limite máximo das penas e visa o réu e todo acusado de crime). Esses dois fins e esses dois interesses são conflitantes; de um lado a acusação busca a defesa social e a maximização da prevenção e da punição, de outro, a defesa busca a defesa individual e a maximização da prevenção de penas arbitrárias.

Ferrajoli sustenta ser o fim preventivo de penas informais o mais significativo, uma vez que, em primeiro lugar, duvida da idoneidade do Direito Penal para satisfazer eficazmente o primeiro fim – prevenção de delitos – em face das mais complexas razões sociais, psicológicas e culturais dos delitos, certamente não neutralizados perante o mero temor das penas. É, porém, muito mais segura sua idoneidade para satisfazer o segundo fim, o qual é, à sua vez, necessário e suficiente para fundamentar um modelo de Direito Penal mínimo e garantista.

Acrescenta, ainda, à sua afirmação, o argumento de que somente o segundo fim distingue o Direito Penal de outros sistemas de controle social:

O objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimalização da violência na sociedade. Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões.⁴⁸

A lei penal, então, dirige-se a minimizar a dupla violência – a ofensa do criminoso e a vingança – prevenindo, através da sua parte proibitiva, a razão da força manifestada nos delitos e mediante sua parte punitiva, a razão da força manifestada na vingança ou outras possíveis reações informais. Assim, não é seu único fim a mera defesa social dos

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 311.

interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos; mas também, a proteção do mais débil – fraco – contra o mais forte: o débil ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como o débil ofendido ou ameaçado pela vingança.

Ao monopolizar a força, delimitar seus pressupostos e modalidades e excluir o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados, a proibição e a ameaça penais protegem as possíveis partes ofendidas contra os delitos e, por paradoxo que seja, aos réus contra as vinganças ou reações mais severas.

As duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e das penas arbitrárias - estão conectadas sobre esta base: legitimam conjuntamente a necessidade política do Direito Penal, como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, definindo estes, normativamente, o âmbito e os limites daquele, enquanto bens que não se justifica lesionar, nem com delitos nem com castigos.

Essa legitimidade é garantista. Reside nos vínculos impostos pela lei à função punitiva para a tutela dos direitos de todos. Garantismo, com efeito, significa a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito também de sua verdade.

Sobre as concepções fundantes e os pilares do garantismo, Douglas Fischer⁴⁹ assevera que são três as acepções que o designam: a) “*um modelo normativo de direito*”; b) “*uma teoria jurídica de validade e efetividade*”; c) “*uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos*”.

Essas três acepções, acrescenta:

[...] delineam uma *teoria geral do garantismo*: o caráter vinculado do poder público ao estado de direito; a separação entre validade e vigência; a

⁴⁹ FISCHER, Douglas *et alii*. *O que é garantismo penal integral*. In *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 33.

distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade⁵⁰.

Para Ferrajoli, um sistema penal somente se justifica se a soma das violências (delitos, vinganças e reações arbitrárias) que é capaz de prevenir é maior que a soma das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas estabelecidas para estes. A pena, então, justifica-se como “mal menor” em relação a outras reações não jurídicas que se produziriam em sua ausência.

Essa orientação responde tanto à pergunta “por que proibir” quanto à “por que punir”, impondo às proibições e às penas duas finalidades diferentes e concorrentes, que são, respectivamente, o máximo bem estar possível dos não desviados e o mínimo mal estar necessário dos desviados, dentro do fim geral da máxima tutela dos direitos de uns e outros, da limitação da arbitrariedade e da minimização da violência na sociedade.

Daí os critérios de justificação e de orientação do poder proibitivo e punitivo como instrumento de seleção dos interesses a proteger e de disciplina das reações à sua lesão. Esses critérios é que permitirão plantar as perguntas relativas aos pressupostos e à forma: “quando” e “como” proibir e punir.

Por fim, vale destacar os sistemas que Ferrajoli considera como possíveis alternativas ao Direito Penal. Esses sistemas seriam de controle social-selvagem (sociedade selvagem), de controle estatal-selvagem (Estado selvagem), de controle social-disciplinário (sociedade disciplinar) e de controle estatal-disciplinário (Estado disciplinar).

O primeiro deles são aqueles ordenamentos arcaicos, nos quais a reação à ofensa constitui-se na vingança de sangue; o segundo, os ordenamentos primitivos de caráter despótico ou nos modernos autoritários, em que a pena se impõe por procedimentos de poder presididos pela arbitrariedade; o terceiro, característico de comunidades primitivas fortemente moralizantes e “ideologizadas”, baseado na interiorização da repressão e no temor; o quarto,

⁵⁰ *Ibid.*, p. 33.

por fim, é caracterizado pelo desenvolvimento das funções preventivas de segurança pública, mediante técnicas de vigilância total – “panopticon social” .

São todos sistemas abolicionistas, resultando evidente para Ferrajoli, que os considera todos carentes de qualquer garantia contra o arbítrio e a ilegalidade, o fim justificador do Direito Penal como sistema racional de minimização da violência e do arbítrio punitivo e de maximização da liberdade e da seguridade dos cidadãos. Para ele, esses sistemas são todos carentes de qualquer garantia contra o arbítrio e a ilegalidade.

Para ele, o abolicionismo penal, inobstante suas intenções libertárias e humanitárias, se configura por todo ele como uma utopia regressiva, que sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom, apresenta modelos em realidade desregulados ou autoregulados de vigilância e/ou castigo a respeito dos quais o Direito Penal é que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.

Entretanto, reconhece Ferrajoli, que essas quatro alternativas abolicionistas convivem sempre em alguma medida com todo Direito Penal positivo, precisamente na medida em que estão ausentes, no plano normativo, e/ou se viole, no plano operativo, o conjunto de garantias que definem e justificam suas formas mínimas para a tutela dos direitos fundamentais.

Reconhece, ainda, que os sistemas punitivos modernos, em razão de sua realidade operativa, de difícil e delicadíssimo controle, vão encaminhando-se a transformar-se em sistemas cada vez mais informais e cada vez menos penais, e que a crise do Direito Penal, que passa a atuar ordinariamente à margem da legalidade, é o verdadeiro problema penal de nosso tempo. Enfim, o próprio Ferrajoli reconhece a deslegitimação do sistema penal tal como se apresenta atualmente.

Ele explica que o esquema justificativo por ele elaborado serve para fundamentar somente modelos de “direito penal mínimo”, no triplo sentido de máxima redução quantitativa da intervenção penal, da mais ampla extensão de seus vínculos e limites garantistas e da rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva.

A consequência desse esquema de justificação é que proporciona uma justificação de sistemas penais concretos, em diferentes graus, segundo a maior ou menor adesão ao modelo de “direito penal mínimo” e garantista projetado.

4.2 – O princípio da intervenção mínima: limitação ao Direito Penal

As duas correntes trazidas por Ferrajoli, na busca da resposta para o problema da legitimação do direito de punir, são propostas político-criminais que surgem, na verdade, em razão da deslegitimação dos sistemas penais⁵¹: a proposta de uma intervenção mínima do Direito Penal – minimalismo - e a proposta de sua abolição – abolicionismo. Embora apresentem variáveis bastante consideráveis, ambas assumem e reafirmam a deslegitimação do sistema penal, tal como hoje funciona.

Porém, há que se destacar que, enquanto os abolicionistas negam a legitimação tanto dos sistemas penais formais existentes (atuais) como os futuros, os minimalistas negam a legitimação apenas aos sistemas penais atuais e aos que, propostos para o futuro, não incorporem os postulados da intervenção mínima do Direito Penal na vida e nas liberdades do cidadão. Os primeiros pretendem a abolição definitiva, os segundos a substituição por outros alternativos e mínimos.

De outra parte, no tocante à responsabilidade penal, contrapõe-se ao modelo garantista-minimalista de Ferrajoli, um outro extremo da resposta penal, qual seja o denominado Direito Penal máximo, posição que considera o Direito Penal como idôneo para resolver os principais problemas de uma sociedade em crise, “prostituído-o” e convertendo-o em simples sancionador da violação de normas, fazendo proliferar legislações penais. Expressão desse modelo – ao qual Amilton Bueno de Carvalho⁵² denomina “neobarbarismo defensivo” - são os movimentos de “Lei e Ordem” e de “Nova Defesa Social”.

Se da estrutura dos modelos garantistas elabora-se concepção limitada da intervenção penal, os modelos autoritários se caracterizam pela ausência dos pressupostos apresentados. As estruturas minimalistas ou maximalistas são representadas fundamentalmente pela presença ou ausência de critérios de racionalidade e previsibilidade ao arbítrio punitivo, indicando diversas opções

⁵¹ Controle social punitivo institucionalizado, que engloba a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal.

⁵² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 18.

políticas e a decorrente (pré)disposição aos custos a serem pagos: maximização das garantias ou do poder.⁵³

O princípio da intervenção mínima ajusta-se à tradição liberal que arranca de Beccaria e postula a humanização do Direito Penal, considerando a ideia de que sua intervenção é uma intromissão do Estado na esfera da liberdade do cidadão, devendo ocorrer somente quando estritamente necessária ou inevitável para a proteção desse mesmo cidadão. O Direito Penal, então, deve ser a *ultima ratio*, somente restringindo a liberdade do cidadão no limite do imprescindível para sua própria proteção.

Dizer que o Direito Penal deve ser empregado somente como a *ultima ratio*, significa que deve-se preferir às penas todas aquelas medidas que possam evitar uma alteração da vida em comum e que tenham para o afetado consequências menos negativas. O Direito Penal justifica-se, exclusivamente, segundo a proposta minimalista, quando a convivência pacífica dos cidadãos impescinde de sua intervenção como meio de regulação dos conflitos, a despeito de outras possibilidades, daí seu caráter subsidiário.

O modelo de intervenção mínima, tem como substrato a Teoria do Garantismo Penal, elaborada por Ferrajoli, que estabelece critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, colocando os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, que não podem ser sacrificados nem mesmo pela manutenção do “bem comum”, como fundamental à legitimidade de qualquer controle social. “Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas⁵⁴”.

Esses direitos atuam como limitadores da intervenção, impondo um dever de observância e cuja violação não pode ser legitimada nem pela maioria, nem pela unanimidade, estando garantidos de qualquer forma de disponibilidade, sendo essa garantia pré-condição de convivência. Como exposto na primeira parte deste capítulo, o garantismo penal pressupõe o Direito Penal como única alternativa à violência dos delitos e das penas, como mecanismo de tutela do indivíduo contra os delitos e contra as formas públicas e privadas de vingança.

⁵³ *Idem*, p. 24.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 17.

Somente assim ele se justifica, compreendido como a lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte, que prevaleceria na sua ausência.

A perspectiva garantista, portanto, estabelece mecanismos jurídico-políticos de luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo, correspondendo a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado, na atualidade, pelos movimentos de ‘Lei e Ordem’ e de ‘(Nova) Defesa Social’. O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada.⁵⁵

O esquema garantista apresenta, então, pressupostos e consequências lógicas e teóricas, sendo o princípio da legalidade, balizado pela Carta Fundamental, seu ponto de partida. O princípio da legalidade exige a *lex praevia* e pública, condicionando e limitando o poder estatal na interferência ilegítima, valendo destacar que legalidade não significa legitimidade, que, segundo a doutrina garantista, são categorias diversas, com efeitos diversos.

Diferentemente, o positivismo legalista e o dogmatismo, associam as duas ideias, pressupondo a regularidade dos atos do poder, pensamento este prevalente entre os maiores teóricos do Direito – Kelsen, Hart, Bobbio – para os quais o simples fato de uma norma pertencer ao ordenamento, determina sua validade. Essa tese positivista, meramente contemplativa dos ordenamentos jurídicos, não pode, porém, prevalecer, porque não basta a sintonia da norma com os parâmetros formais preestabelecidos para sua validade, sendo necessário que estejam em harmonia com o conteúdo constitucional, para que seja viável a resposta às demandas da sociedade complexa.

Segundo o modelo minimalista, somente é legítima qualquer cominação penal se existe um fato exterior e um dano para terceiro, produzido por sujeito imputável, previsto anteriormente pela lei como delito, sendo necessária sua proibição e punição. A esses requisitos de ordem material, devem-se aliar os requisitos processuais, garantias do indivíduo no processo penal, como a exigência de ampla defesa e contraditório, de julgamento por juiz natural e imparcial, e outras tantas.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 18-19.

Porém, a danosidade de certos interesses ou de bens é relativa segundo os critérios de tempo, lugar e até mesmo de cultura, gerando constantes interrogações sobre a validade das normas incriminadoras. Em alguns casos, a incriminação mostra-se inócua e desvestida de qualquer papel protetivo em razão do desvalor do bem, como era o caso, v. g., em nosso ordenamento, da norma penal que previa como conduta criminosa o adultério. Antes de ser (formalmente) revogada pela Lei n.º 11.106/2005, a norma incriminadora do adultério já havia sido, na prática, revogada pelos usos e costumes ou por instrumentos de outras esferas do Direito, tal qual o Direito Civil, demonstrando, senão uma permissividade, um consenso no sentido de que tal conduta não gera danos que não possam ser reparados por outros meios, não fazendo sentido sua criminalização.

Faz-se, então, necessária à discussão que ora se propõe uma breve consideração acerca do objeto do Direito Penal, para, então, discorrer sobre os princípios que vão determinar a criminalização ou a descriminalização de certas condutas.

No Direito Canônico, que não distinguia entre direito e moral, a atuação punitiva recaía sobre condutas tidas como imorais ou pecaminosas, num campo de imprecisão e subjetivismo, em que as penas eram incertas. Mas, um mérito não se pode negar-lhe: o de reagir ao caráter individualista do Direito Penal Germânico, que permitia a vingança privada, estabelecendo a prerrogativa do Estado na detenção do *ius puniendi*.

Porém, atuando em demasia, o Estado transformou a pena em vingança institucional, o que perdurou até a Revolução Francesa, sofrendo grande oposição do iluminismo. Nesse contexto é que surge a louvada obra de Beccaria, cuja importância foi destacada em capítulo especialmente dedicado a tanto, e a Escola Clássica, propondo um Direito Penal mais humanitário, reagindo contra a infâmia e a crueldade da tortura, dos suplícios e da pena de morte e estabelecendo os limites entre a justiça divina e a justiça humana. Mas não logrou-se, ainda, àquela época alcançar o conceito preciso de crime.

Feuerbach⁵⁶, defendeu a ideia de que ao Estado cabe a tarefa de assegurar o livre exercício da liberdade de cada um, no respeito pela liberdade dos outros, não devendo assumir o papel de ingerência sobre a moral e cultura, mas protegendo determinados valores. Foi nessa

⁵⁶ Apud COSTA, Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 46.

concepção que deixaram de ser criminalizadas condutas como a heresia, a blasfêmia, a bigamia e o incesto, no Código Penal da Baviera (1813), do qual foi autor.

Foi também Feuerbach que propugnou a necessidade de previsão legal do delito em relação ao fato perseguido, sintetizando seu pensamento na fórmula hoje por nós conhecida *nulla crimen sine lege, nulla poena sine lege*, essência do princípio da legalidade. Mas o caminho a se seguir na delimitação do campo de atuação do Direito Penal era ainda longo.

O conceito de atividade protetora do Estado nasce dos princípios universais proclamados pelo iluminismo: liberdade, igualdade e fraternidade. Ao Estado caberia a proteção de bens relevantes para a prossecução daqueles ideais. A partir daí é que representantes da escola alemã – Birnbaum, Von Liszt e Binding – passam a desenvolver um conceito de bem jurídico, objetivando estabelecer um limite na atuação do Estado⁵⁷. Busca-se, então, definir valores e interesses essenciais ao homem, dignos de proteção estatal, para a manutenção do equilíbrio na sociedade. São esses interesses os que se mostram idôneos e capazes de proteção pela norma.

Birnbaum, abrindo caminho na construção desse conceito, aparece como precursor do utilitarismo social, do qual Ihering viria a ser o principal representante. Mas foi com Binding que efetivamente surgiu o conceito acabado de bem jurídico, que, para ele, dependeria do juízo de valor estabelecido pelo legislador, incumbido de sentir a necessidade de intervenção penal ante a possibilidade de danosidade social; pensamento claramente positivista, que coloca nas mãos do legislador o poder de eleger quais os bens são merecedores da atuação protetiva do Estado⁵⁸.

Contrariamente a essa postura positivista, Von Liszt sustentou que os bens ou interesses a serem protegidos pelo Estado devem ser eleitos não pelo legislador, mas pelo homem integrado em sociedade⁵⁹. Trata-se, na sua concepção, de requisitos essenciais ao homem ou à comunidade, sendo os bens jurídicos criações da própria vida, às quais o Direito deve assegurar proteção jurídica.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 46.

A teoria de Liszt procurou também delimitar a área de atuação do legislador, afirmando o caráter subsidiário do Direito Penal, que ficaria reservado à proteção daqueles bens vitais para a sociedade. Somente quando outra forma não se mostrar mais eficaz e o meio punitivo for necessário e adequado - critérios de necessidade de intervenção e de sua idoneidade como método protetivo de bens jurídicos (depuramento da normatização) – é que se justifica a intervenção do Direito Penal, como remédio extremo ou *ultima ratio*. Esse caráter subsidiário do Direito Penal é, obviamente, estendido à pena, invocada, também, como a *ultima ratio* da política criminal.

A partir daí, o Direito Penal passa a conhecer seus limites de atuação descritiva de obrigações e proibições e protetiva de valores.

Com a passagem do Estado absolutista para o Estado moderno, o organismo estatal passou a submeter-se à égide da lei, que submete não somente os cidadãos, mas o próprio Estado. Essa passagem significou importante marco também para o Direito Penal, fazendo com que o Estado assumisse também o papel protetor, fazendo valer as normas através da *persecutio criminis*, submetendo os cidadãos às proibições e fazendo respeitar os bens protegidos.

Essa relação Estado *versus* cidadão será orientada conforme a legalidade, sendo que a estruturação do Estado de Direito (o Estado submetido ao Direito) tem sua gênese na Constituição, à qual também adere o Direito Penal, estabelecendo com ela um ligação quase que indissociável, não podendo, jamais, a ela se contrapor, aliás como não o pode todo o ordenamento legal. Como consequência, o conteúdo do Direito Penal, as regras punitivas, as proibições, o objeto do crime, enfim, os bens jurídicos sujeitos à proteção mantêm-se atrelados às linhas traçadas na lei fundamental.

Entretanto, de uma constelação de valores e interesses humanos, a Constituição ocupa-se daqueles essenciais ou primários (caráter fragmentário), necessários à garantia da existência digna do cidadão e às condições de seu livre desenvolvimento - que não são, porém, exaustivos - figurando como um vetor diretivo para a normatização geral, estabelecendo as linhas mestras ou os princípios em que devem se apoiar os legisladores. Vale destacar que por ser um bem ou valor eleito como fundamental ou essencial, não significa, de forma inapelável, uma imposição de criminalização. Ao proteger a entidade familiar, v.g., não exige a Constituição a necessária criminalização do adultério.

Toda normatização penal deve pressupor as garantias e os direitos individuais, alicerces do Estado de Direito, ligando-se umbilicalmente à Constituição. Cabe à ordenação penal o alargamento do leque de bens jurídicos, gozando o legislador de certa liberdade, desde que atento às linhas mestras e aos princípios constitucionais, devendo averiguar a necessidade da intervenção penal, segundo os reclamos da sociedade ante a possibilidade de dano. Qualquer inversão da ordem dos valores estabelecidos na Constituição será inconstitucional. Disso resulta a compreensão do controle exercido pela Carta Magna.

O Direito Penal deve estar ajustado ao tempo e à sociedade, estando sempre atento aos verdadeiros anseios da comunidade, pressupondo uma atividade dinâmica e em constante mutação, não só criminalizando, mas também descriminalizando, com vistas a alcançar a eficácia. E é aí que está a importância da Criminologia, pois é essa ciência que busca entender o crime em face das diversas realidades sociais existentes, apurando a danosidade social e distinguindo os atos mais bem assimilados pela sociedade. Propiciando um melhor conhecimento do fenômeno do crime, a Criminologia oferece condições para a escolha dos meios de reação à criminalidade, ou seja, da política criminal a ser adotada.

A Criminologia, então, possibilita ao legislador ordinário eleger os bens carentes de proteção penal ou aqueles que não carecem dessa proteção, permitindo descriminalizar as condutas que já não exijam a proteção penal. Além de ater-se aos princípios e direitos básicos erigidos pela Constituição, o legislador deve escolher, com cautela, a política criminal mais adequada. O que ontem sustentava a categoria de bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, pode hoje prescindir dessa intervenção, na medida em que outros meios surjam mais eficientes para debelar os desvios sociais e para garantir aquele valor.

Daí a invariável necessidade de atualização do Direito Penal, segundo a realidade social, confrontando-o sempre com a necessidade de criminalizar ou descriminalizar determinada(s) conduta(s).

A doutrina da intervenção mínima do Direito Penal advoga uma atuação sensata do Estado, voltada a proteger penalmente os bens mais relevantes da comunidade. Por isso, não descarta a criminalização, desde que estabelecida dentro de um critério de real necessidade e idoneidade, quando outros meios da política criminal mostrarem-se ineficazes para a manutenção da paz social.

Num Estado democrático, constituído por uma sociedade pluralista, os valores de relevo são medidos pela sua representação social, que determinará a sua eleição como bem jurídico a ser protegido de danos. Os bens jurídicos devem representar uma proeminente importância social. Ao contrário, se determinado interesse ou valor não tiver alcance social, ou proeminência social, não será merecedor de proteção penal.

Somente aquele bem socialmente importante, terá a tutela estatal, pois a atividade penal estabelece-se a partir de uma ligação fundamental entre o necessário sacrifício de um bem jurídico – liberdade, *v. g.* – e as vantagens sociais decorrentes da realização de proteção de determinado bem jurídico, que, por isso mesmo, deverá ter relevância social.

Esse conceito de bem jurídico, ligado aos valores essenciais da sociedade é que permite a diminuição da intervenção do Estado. O Direito Penal deve ser maximamente condicionado e maximamente limitado às situações de absoluta necessidade – “pena mínima necessária” – viabilizando o maior grau de proteção da liberdade do cidadão frente ao poder punitivo estatal.

Assim, a necessidade da pena pressupõe a inexistência de outro meio menos grave para proteger o bem jurídico. A filtragem da atividade estatal não depende apenas da catalogação dos bens relevantes da sociedade, mas também de um racional equacionamento dos meios idôneos para a solução dos problemas. Quando os meios menos aflitivos forem convenientes para o combate das condutas danosas, deve-se descartar a pena.

Se o Direito Penal deve ser inspirado pelo ideal de preservação dos valores humanos, destinando-se a disciplinar a vida comunitária, proporcionando equilíbrio e harmonia no seio desta, orientado pela finalidade do bem comum, o homem deve ser o fim a que se destina.

O ideal do bem comum, embora direcionado à harmonização societária, não deve se afastar, entretanto, da proteção do homem individualizado, devendo estruturar-se no sentido de protegê-lo, garantindo-lhe seus valores fundamentais. As normas de convívio social devem ser compatíveis com a proteção dos direitos inerentes ao homem, pois estes são a base da formulação dessas regras. “As normas jurídicas nascem, por isso, com o fim de impedir os

conflitos interpessoais, regulando, harmonicamente, os interesses coletivos com as prerrogativas do homem⁶⁰. Daí a concepção do Direito Penal como a *ultima ratio*.

⁶⁰OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *Op. cit.*

CONCLUSÃO

Tão antiga quanto a própria humanidade, parece ser a ideia existente entre os homens da necessidade de punição de seus iguais, diante de atos considerados transgressores das normas de conduta. Assim é que nos tempos primitivos a punição das violações às normas totêmicas ou aos *tabus* era de responsabilidade de todos os integrantes da tribo, que buscavam através dela evitar uma possível punição que sobreviria a todos, num sentido claro de proteção do grupo. O infrator era, por isso, normalmente eliminado do grupo.

Com o passar dos tempos e diante da diversidade das tribos, surgiram outras formas de punições, como a vingança de sangue e a perda da paz, de caráter privado, perdurando até serem substituídas, com o surgimento do Estado, pelas penas públicas. Na Idade Média vigorou um sistema penal extremamente opressivo e cruel, com imposição de torturas, de castigos atrozes, da pena de morte, dentre outras punições que atingiam diretamente o corpo do condenado. Os suplícios tinham, naquela época, a função de reativar o poder do soberano – era a finalidade política da pena.

Mas a obra de Beccaria – *Dos Delitos e das Penas* –, com forte índole humanitarista, veio lançar o primeiro protesto contra esse ordenamento de atrocidades, dando início aos movimentos de reforma. E sob o influxo dessa obra revolucionária e com o movimento de renovação do Direito Penal surge a Escola Clássica, operando-se uma renovação das penas, que passam a ter sentido de correção, tomando por objeto um bem ou um direito e não mais o corpo do condenado. Em sua concepção *iusnaturalista*, a Escola Clássica atribui o ato delitivo a uma decisão “livre” de seu autor, atribuindo-lhe a responsabilidade moral. Assim, a punição é um mal imposto ao indivíduo, que merece um castigo por ter praticado, voluntária e conscientemente, um ato considerado crime e sua finalidade é o bem social.

Contraopondo-se à ideia clássica do delito como ente jurídico, propuseram os positivistas um esquema causal-explicativo, concebendo o crime como fato real e histórico, numa visão etiológica. O crime era, então, para os positivistas uma ação humana, determinada por circunstâncias de natureza predominantemente social. É o determinismo positivista opondo-se ao livre-arbítrio dos clássicos. Na concepção positivista, sobrepõe-se a rigorosa defesa da ordem social, fundamentando o castigo na ideia de responsabilidade social.

Da Escola Positiva, advieram importantes contribuições como as noções de individualização de pena, de periculosidade e da medida de segurança. Buscando a harmonização dos postulados do positivismo com os dogmas clássicos, o Movimento da “defesa social” articulava que a defesa da sociedade deveria fundar-se numa ação conjunta do Direito Penal, da Criminologia e da Ciência Penitenciária. Nessa concepção, não caberia mais ao Direito Penal o monopólio na luta e prevenção do delito, mas, como antes referido, a uma ação coordenada deste com outras disciplinas.

Sobre a função e a finalidade da pena, afirmavam os absolutistas seu caráter meramente retributivo; por outro lado, os relativistas emprestavam-lhe a função preventiva, como instrumento para resultados futuros. Daí a origem das Teorias da Prevenção Geral e da Prevenção Especial. Os ecléticos, conciliando as duas correntes, exergavam na pena função retributiva e ressocializadora, numa noção utilitarista: prevenção geral mediante retribuição justa.

Sobre o fenômeno criminal, a contribuição mais importante parece ter vindo das chamadas Teorias Sociológicas, destacando-se o pensamento de Émile Durkheim, com sua Teoria Estrutural-Funcionalista, e da Escola de Chicago, surgidas no contexto de economias vertiginosamente industrializadas, com conseqüentes e profundas mudanças sociais. Fundam-se em dois postulados básicos: a normalidade e a funcionalidade do crime, como conseqüência inevitável do desenvolvimento do sistema social. Daí resultou a mudança de paradigma da Criminologia, até então positivista – paradigma etiológico – que passa para o enfoque da reação social – *labeling approach*. A partir daí, começam a surgir várias críticas ao sistema penal.

Tais críticas baseiam-se na distância entre a aparência e realidade do sistema penal. É ele seletivo e discriminatório, embora se apresente igualitário; repressivo, embora se apresente justo; estigmatizante e degradante, embora se apresente comprometido com a dignidade humana. Embora seja necessário distinguir entre Direito Penal e sistema penal, pode-se afirmar que tanto num quanto noutro, o desempenho real contradiz a aparência. No dizer de Alessandro Baratta, o Direito Penal “contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência⁶¹”.

⁶¹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 162.

Diante de tantas críticas, num cenário de crise, de situação embaraçosa, em que se percebe a deslegitimação do Direito Penal, bem como do sistema penal, em razão de sua realidade operativa de difícil e delicado controle, tornaram-se inevitáveis discussões acerca da necessidade de novas propostas político-criminais que possibilitem sua atuação adequada - visto como o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, disciplinando a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas - e do sistema penal - como o conjunto das instituições que têm por objetivo a realização do Direito Penal.

Apresentando-se como uma proposta político-criminal de cunho garantista, o Direito Penal Mínimo, baseado no princípio da intervenção mínima do Estado na vida e liberdade individuais, não descarta a criminalização, mas advoga uma atuação sensata do poder punitivo, estabelecida dentro de um critério de real necessidade e idoneidade. O Direito Penal, segundo essa proposta minimalista, deve ser utilizado como a *ultima ratio*, acionando subsidiariamente, quando outros meios da política criminal mostrarem-se ineficazes para a manutenção da paz social.

O que se afirma nada mais é do que o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. A Constituição Federal da República, de 1988, atribui ao cidadão uma série de garantias e liberdades. Sendo a lei fundamental do Estado de Direito, traçando as linhas mestras e os limites, não resta dúvidas de que o Direito Penal e a política criminal devam se direcionar no sentido da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima inclui-se entre os que não foram formalizados, mas pode ser extraído do princípio estruturante da dignidade humana próprio do Estado Democrático e Social de Direito. Por isso, tem igual entonação constitucional e está dotado da mesma carga de positividade.⁶²

Num modelo garantista de intervenção mínima, são estabelecidos critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, atribuindo aos direitos e garantias fundamentais constitucionalizados a função de estabelecer o objeto e os limites do Direito Penal. Assim, esses direitos e garantias não podem ser sacrificados nem mesmo sob o pretexto do bem comum.

⁶² Alberto Silva Franco, em prefácio à obra de Maura Roberti.

É assim que afirma o princípio da legalidade como condicionador e limitador do poder estatal. O caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, obviamente, estende-se à pena, especialmente às penas privativas de liberdade, invocada também como o remédio extremo da política criminal.

Enfim, a legitimação do Direito Penal, pressupõe que seja ele o meio necessário à proteção de um determinado bem jurídico, sendo merecedores da tutela penal somente aqueles bens jurídicos que possuem grande relevância social, um grande efeito pessoal, dependendo, ainda, das condições reais do sistema penal. Será ele desnecessário quando existirem meios menos lesivos para tutelar eficazmente o bem jurídico, ou quando da sua intervenção resultarem consequências acessórias superiormente negativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- COSTA, Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *O egresso do cárcere*. Disponível na Internet: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso: Maio 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 15. ed., 1997.
- MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. *Rediscutindo os fins da pena*. Disponível na Internet: <<http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso: Maio 2015.
- MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 7ª ed. refor., atual., e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *O direito penal e a intervenção mínima*. Disponível na internet: <<http://www.direitopenal.adv.br>> Acesso: Junho 2015.
- PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
- ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.
- SILVA, Evandro Lins. *Uma visão global da história da pena*. In: Anais do 1º Encontro Nacional da Execução Penal, p. 17. FAP/DF, 1998.
- SOARES JR., Êvanes Amaro. *A funcionalidade da pena e a criminogênese contemporânea*. Revista Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (13), 2001.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 8ª. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FISCHER, Douglas *et alii*. *O que é garantismo penal integral*. In Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2ª ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.