

**Esp. José Ribamar de Lima**

Prefeitura Municipal de Aracati, PMA,  
Brasil



[ribamarlimajrl@gmail.com](mailto:ribamarlimajrl@gmail.com)

**Me. José Evandro Alencar Correia**

Centro Universitário Christus,  
UNICHRISTUS, Brasil



[evandrocorreia@hotmail.com](mailto:evandrocorreia@hotmail.com)

**Dr. Antônio Roberto Xavier**

Universidade da Integração Internacional  
da Lusofonia Afro-Brasileira, UNILAB,  
Brasil



[roberto@unilab.edu.br](mailto:roberto@unilab.edu.br)

**Submetido em:** 12/12/2023

**Aceito em:** 22/04/2024

**Publicado em:** 06/05/2024

## O ESTADO E O DIREITO PENAL: FUNDAMENTOS CONCEITUAIS E PRINCÍPIOS

---

### RESUMO

Este artigo tem como objetivo principal trazer à baila os fundamentos conceituais de Estado moderno, bem como suas razões de punir com base no direito penal. Neste sentido, partiu-se da indagação sobre o que é o Estado e quais suas reais funções legais e legítimas? Para alcançar tais pressupostos, adotou-se como metodologia a pesquisa exploratória de natureza básica às fontes secundárias. Quanto ao procedimento técnico, empregou-se o bibliográfico de abordagem qualitativa. Em relação às técnicas de análise, foram utilizadas as técnicas interpretativas da análise dialética de conteúdo e do discurso crítico da realidade sócio-histórica contextualizada. Deste modo, essa escrita apresenta-se em tópicos. O primeiro tópico é a introdução que traça um panorama acerca da estrutura da temática abordada. O segundo tópico aclara sobre a amplitude conceitual de Estado e sobre uma das funções desse Estado como representante de um dos elementos constituidores do Estado, a população. O terceiro tópico aborda acerca dos fundamentos e princípios do direito penal e da sua função social no Estado moderno. Por último, os elementos textuais vêm as considerações finais que arrematam sucintamente o conteúdo explorado, interpretado e analisado em todo o bojo textual do artigo, por meio do qual se faz o juízo de valor sobre a temática pesquisada.

**Palavras-chave:** Estado. Direito penal. Princípio penal. Função social.

## THE STATE AND CRIMINAL LAW: CONCEPTUAL FOUNDATIONS AND PRINCIPLES

---

### ABSTRACT

The main objective of this article is to discuss the conceptual foundations of the modern state, as well as its reasons for punishing based on criminal law. In this sense, we started with the question: what is the State and what are its real legal and legitimate duties? In order to reach these assumptions, exploratory research of a basic nature using secondary sources was adopted as the methodology. As for the technical procedure, a bibliographic approach was used. In terms of analysis techniques, the interpretative techniques of dialectical content analysis and critical discourse of contextualized socio-historical reality were used. This writing is presented in topics. The first topic is the introduction, which shows an overview of the structure of the subject. The second topic clarifies the conceptual scope of the state and one of the functions of the state as a representative of one of the constituent elements of the state, the population. The third topic deals with the foundations and principles of criminal law and its social function in the modern state. Finally, the textual elements include the final considerations, which succinctly summarize the content explored, interpreted and analyzed throughout the text of the article, by means of which a value judgment is made on the subject researched.

**Keywords:** State. Criminal law. Criminal principle. Social duty.

## 1 INTRODUÇÃO

Iniciou-se este artigo falando sobre “Estado” com letra inicial maiúscula, ou seja, indicando que o Estado tem seus elementos básicos e fundamentais de formação e estrutura: território, população, governo e soberania. Formada essa composição, o Estado passa a administrar, por meio de ações ou políticas públicas e tomada de decisões, visando a redistribuição dos impostos arrecadados para atender às demandas sociais da população.

Entretanto, este artigo vai além da simples definição técnica de Estado supracitada e apresenta também o Estado como ente que tem a função do poder-dever de punir, pois só ele tem o poder legal e legítimo de definir normas, regras, diretrizes e leis para sancionar alguém que comete um ato ilícito, causando lesão à vida ou ao patrimônio de um indivíduo.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 144, diz que a segurança pública é dever do Estado, como também direito e garantia, e é exercida para a preservação da ordem pública, para proteção das pessoas e do patrimônio, através de seus órgãos de segurança. Mas o Estado desempenha outras funções para “além de detentor do poder capaz de manter a ordem social, impondo direitos e deveres aos indivíduos, determinando a forma jurídica que deve prevalecer através de delegações aos poderes e às autoridades” (Xavier; Chagas; Reis, 2019; Hobbes, 1983; Castel, 2005; Brasil, 1988).

O Estado é um ente dotado de soberania e titular do direito de punir, é o poder-dever, não pode se recusar a executar seu mister. Este, no seu ato de punir, é genérico, ou seja, não se dirige exclusivamente a uma pessoa, e sim a uma coletividade, no caso concreto e analisando caso a caso é que o Estado individualiza a pena. Quando surge um conflito de interesses e um fato seja praticado e definido como crime ou infração penal e seja reconhecido pela lei como um delito, surge a pretensão do Estado de punir o indivíduo, e esta pena será individualizada, pois será dirigida ao autor do fato, obedecendo ao princípio constitucional da intranscendência, que só pode ser punido aquele que praticou o delito (Brasil, 1988; Hobbes, 1983).

Enquanto surge para o Estado poder de punir o agressor, este por sua vez tem o direito de se defender, consoante disposição constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV, momento em que aquele acusado de uma infração oferece resistência à pretensão estatal, exercitando seu direito do contraditório e a ampla defesa, diga-se plena defesa, pois pode usar todos os meios e recursos lícitos disponíveis para se defender (Brasil, 1988; Weber, 1982).

Para dizer se o fato pode ser punido ou não, o Estado-Juiz coloca fim ao conflito de interesses ao caso concreto, se procede ou não. A prestação estatal é imprescindível, não podendo se furtar a aplicação da lei, não sendo possível esta por via administrativa. A atuação do Estado se dá por meio da jurisdição mediante um procedimento próprio que põe fim aos conflitos, garantindo uma legítima atuação estatal, como instrumento necessário ao exercício do direito. A necessidade de um devido processo legal permite ao Estado satisfazer a pretensão punitiva ou não, sendo garantido ao indivíduo que não serão violados os seus direitos fundamentais (Castel, 2005; Locke, 1983).

## 2 O ESTADO COMO REPRESENTANTE DO POVO

O Estado, desde os primórdios, buscou controlar e resolver os conflitos entre as pessoas, na medida em que a população crescia os problemas aumentavam com mais

intensidade, e com isso ficava mais difícil manter a ordem sem um sistema legal que disciplinasse aqueles que desafiavam a lei.

Então, surge o Estado representando as pessoas para punir e reprimir os agressores que lesionavam o direito de outrem, passando a tutelar os direitos daqueles que sofriam com o desrespeito ao seu direito, que, a partir daquele momento, seria garantido pelo Estado por intermédio do direito penal e das suas regras de controle social. Nesse diapasão, observa-se o que ensinam os doutrinadores pátrios:

Com o passar do tempo, a evolução da espécie levou-o à conclusão de que deveria estabelecer uma forma de resolução de seus conflitos de interesses interpessoais, optando a sociedade pela criação de um ente, denominado Estado, representativo de todos os cidadãos, que passaria a estabelecer regras destinadas a reger o comportamento humano, compondo, na medida do possível, as lides de natureza pública e de natureza privada. Inevitavelmente, colocou-se o Estado à frente de um fenômeno originado pelo desrespeito de alguns cidadãos aos direitos e garantias individuais de outros, na medida em que bens jurídicos tutelados por escolha da sociedade, através de seus legítimos representantes, eram ofendidos e necessitavam de proteção. Criou-se, então, uma forma de controle social institucionalizado, tendo como integrante o sistema penal, do qual faz parte o Direito Penal. Assim, cumpre ao Direito Penal selecionar as condutas humanas consideradas lesivas à coletividade, transformando-as em modelos de comportamento proibido, denominados crimes, e estabelecendo punições para quem os infringir, chamadas sanções penais. (Andreucci, 2014, p. 43).

O Estado é sempre o titular do direito de punir, mesmo nas ações privadas, ele é quem dá a palavra final; ao prejudicado, cabe apenas fazer a acusação e deixar o verdadeiro titular dar a punição. Na lição do jurista abaixo citado demonstra-se como o Estado regula as relações dos indivíduos:

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações deste com a mesma. Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis*, não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Consequentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, evidentemente, caráter público. (Bitencourt, 2012, p. 19).

O Estado deve atuar sempre com a certeza de que existe um fato que possa ser caracterizado como um delito penal; tendo que atuar no caso concreto, é importante que exista uma lesão mínima, para que haja sua intervenção, sem essa mínima ofensividade, sem uma mínima lesão ao bem jurídico protegido, não há possibilidade de atuação pelo Estado em socorro daquele que procura a proteção estatal.

A repressão por parte do Estado só se justifica se houver um risco concreto e efetivo e socialmente relevante, deve de fato oferecer perigo real, só assim se admite a repressão do Estado ao indivíduo que ofereça ameaça a um bem juridicamente protegido, qualquer ação diferente disso é inconstitucional. Não há como entrar nesse rol um perigo abstrato.

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal. (Bitencourt, 2012, p. 28).

A aplicação da lei exige certa moderação por parte do Estado, que não deve exagerar nas sanções que deve aplicar. Princípios, como o da proporcionalidade e razoabilidade, devem ser observados, para que não se cometam injustiças com o apenado, que não pode sofrer uma pena desproporcional; essas são formas de limitar o poder estatal, evitando que o Estado se exceda, usando seu poder punitivo além do permitido e com isso evitar que alguém acabe sofrendo uma sanção injusta além do permitido.

Observa-se como os doutrinadores entendem essa limitação ao poder estatal:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de última ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo. (Bitencourt, 2012, p. 24).

Pelo princípio da intervenção mínima, é necessário que se imponham limites ao Estado, não permitindo que ele seja arbitrário, porém isso não o impede, observando o princípio da reserva legal, de impor ao condenado a sanção penal adequada ao delito, fazendo seu papel de protetor da sociedade. Assim, Bitencourt (2012) opina sobre a intervenção mínima do Estado:

O princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado — observada a reserva legal — crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador no que diz respeito ao conteúdo das normas penais incriminadoras. (Bitencourt, 2012, p. 25).

As garantias e os princípios fundamentais para a melhor aplicação da norma penal, no âmbito da política criminal em um Estado Democrático de Direito, deve se orientar, primordialmente, pelo princípio da legalidade, no qual a observância da garantia serve de freio contra uma possível arbitrariedade judicial.

[...], entre os princípios da política criminal de um Estado de Direito Democrático e Social, podem referir-se: o princípio da legalidade, qual garantia contra a arbitrariedade judicial e administrativa; o princípio da culpa, com a consequente recusa de qualquer forma de responsabilidade penal objetiva; princípio da humanidade na definição legal 'das penas (donde, a proibição da pena de morte e

das penas degradantes da dignidade humana da pessoa do recluso) e na sua execução (donde, a recusa da prisão perpétua e das consequências jurídicas de duração indeterminada); o princípio da recuperação social do recluso, o que obriga à criação de estabelecimentos "penitenciários" adequados, e à modelação da execução da pena de prisão em condições que possibilitem tal recuperação. (Carvalho, 2008, p. 7).

O princípio, acima mencionado, é uma forma de garantia para evitar penas degradantes e desumanas. Os princípios são normas que ordenam um sistema, para sua fiel interpretação. Nesse sentido, faz-se necessário mencionar o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, que preconiza a respeito dos princípios:

Princípio, no sentido jurídico, significa uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerces para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo. Não olvidando existirem princípios aplicáveis a todos os ramos do Direito, como o da igualdade de todos perante a lei, voltaremos o enfoque àqueles que interessam à área penal e, essencialmente, ao campo da pena. É conveniente destacar, desde logo, constituírem os princípios de Direito Penal a face orientadora da aplicação das normas abstratamente previstas em lei aos casos concretos emergentes dos conflitos sociais, legitimadores da interveniência do poder repressivo estatal, aplicando, como decorrência, a mais grave das sanções, a penal, formatada através da pena, em suas múltiplas feições. (Nucci, 2014, p. 20).

Conforme orientação de Nucci (2014), os princípios devem viver harmonicamente, ou seja, não existe hierarquia entre eles, e são verdadeiras garantias fundamentais da pessoa humana, quando da aplicação da sanção imposta ao condenado. Por isso, devem ser observados e levados em consideração na aplicação da pena:

Os princípios penais merecem conviver em harmonia, sem haver a superposição de um sobre outro, nos mesmos moldes atualmente sustentados pela doutrina para os demais princípios de Direito, mormente os constitucionalmente assegurados. Não é demais ressaltar constituírem muitos princípios autênticas garantias humanas fundamentais, como ocorre com o mais tradicional deles, que é o da legalidade (não há crime sem prévia lei que o defina, nem tampouco pena sem prévia cominação legal, art. 5.º, XXXIX, CF), motivo pelo qual não podem ser ignorados pelo aplicador da norma penal infraconstitucional; ao contrário, devem ser cultuados, servindo de parâmetros e modelos. (Nucci, 2014, p. 20).

O legislador está vinculado ao texto constitucional, não podendo fugir desse comando sob pena de ter invalidada lei que seja contrária à ordem constitucional.

A vinculação constitucional ao legislador é elemento característico de uma democracia que se desenvolve a partir de uma constituição jurisdicionalmente garantida, dotada de meios de invalidação da lei em contraste com essa mesma ordem superior, o que é dizer: no marco do atual Estado constitucional a constituição abre passagem ao controle da atividade legislativa pela justiça constitucional. (Feldens, 2008, p. 23).

A esse propósito, faz-se mister trazer à tona o entendimento de Nucci (2014, p. 21): "Extenso deve ser o alcance dos princípios penais, pois permitem a harmonia do sistema,

conferindo coerência às normas criadas pelo legislador, nem sempre com boa técnica e permitindo aplicação sensata”.

Ao corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento novamente do professor Nucci (2014, p. 21) quando preleciona: “Os princípios penais, norteadores da aplicação da lei, cumprem papel de destaque no imenso universo de normas escritas, cotidianamente interpretadas e aplicadas aos casos concretos pelos profissionais do Direito”.

Destarte, o sistema criminal é constituído pelo Direito Penal e pelo Processual Penal para fins de aplicação da lei penal de caso concreto, devendo assegurar sempre todas as garantias processuais essenciais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Esse é um rito da processualística indispensável no Estado Democrático de Direito que visa assegurar todos os direitos e as garantias fundamentais da dignidade humana a todas as pessoas (Nucci, 2014).

E esse é o entendimento da doutrina majoritária, com relação aos princípios norteadores da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, se concluído no pensamento do doutrinador.

Por isso, os princípios penais e processuais penais, norteadores dos caminhos seguidos pelo legislador e pelo juiz, devem ser visualizados em conjunto, acolhendo-se a confluência existente entre eles, sob a regência de princípios maiores, que são a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. (Nucci, 2014, p. 21).

Os princípios são de tal importância, que de forma alguma podem deixar de serem levados em conta. O sistema prisional brasileiro com sua superlotação torna a pena muito mais cruel do que deveria ser. Também por este prisma é o entendimento da doutrina:

Os princípios explícitos e constitucionais são, sem dúvida alguma, os mais importantes, merecedores de aplicação sem contestação tanto pelo legislador, quanto pelo juiz. Nem sempre, na prática, tal ocorre. Analise-se, como ilustração, o princípio da humanidade, prevendo que as penas, no Brasil, não serão cruéis, embora, no cotidiano das prisões, encontre-se justamente o oposto. (Nucci, 2014, p. 23).

Na lição de Bianchini, Daher e Luiz Flávio Gomes, os princípios, se não forem aplicados, podem levar à reforma de uma sentença:

Também importa ressaltar que os princípios não são apenas um conjunto de valores ou de prescrições éticas ou programáticas; eles são normas jurídicas e possuem caráter cogente. Assim, quando, por exemplo, o magistrado não presta obediência a um princípio, isso pode levar à reforma da sentença penal por ele prolatada. Os princípios não são apenas um conjunto de valores ou de prescrições éticas ou programáticas. São normas jurídicas de caráter cogente. (Bianchini; Daher; Gomes, 2015, p. 7-8).

Como é perceptível na compreensão do autor supracitado, os princípios são normas e não simples prescrições, devem ser levadas em consideração, sob pena de estar infringindo uma das grandes garantias do indivíduo.

Continuando ainda em seu raciocínio, na importância da observância dos princípios, segue no sentido de orientar que os princípios devem ser observados não só na elaboração

da lei, mas também na aplicação dela e na execução penal, demonstrando o devido cuidado para que não se exagere na pena e na execução desta.

De outro lado, a eficácia prática dos princípios irradia-se não só ao momento legislativo de elaboração da norma penal (quando o legislador cria a lei penal), senão também ao aplicativo e interpretativo (nem o intérprete nem o juiz podem ignorá-los), bem como no momento executivo (no momento da elaboração de políticas preventivas assim como quando se vai concretizar o comando sancionador contido na sentença condenatória, ou seja, no momento da execução da pena). (Bianchini; Daher; Gomes, 2015, p. 8).

Destarte, a interpretação da aplicação dos princípios obedece a uma norma de caráter obrigatório.

### **3 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL**

O Direito Penal é o instrumento de controle, desse modo, através de suas normas, castiga aquele que pratica um delito, aplicando sanções naquele que ofende um bem jurídico protegido pelo ordenamento pátrio. Então, quando alguém pratica uma conduta nociva, e esta conduta dificulta a convivência humana, o agressor recebe uma sanção para garantir a harmonia social.

Sendo o Direito Penal uma disciplina diferente das demais, esta se caracteriza em razão da matéria:

A configuração do Direito Penal difere da maioria das demais disciplinas, no que diz respeito ao seu conteúdo principal, isto é, no que afeta às normas penais incriminadoras, que vêm a ser aquelas que definem a matéria proibida, sob determinadas sanções, incluindo a pena privativa da liberdade, ainda hoje majoritária nesse âmbito do Direito. (Pacelli; Callegari, 2015, p. 50).

O Direito Penal é uma ciência que explica a razão, a essência de forma sistemática, como as normas jurídicas devem ser aplicadas, desta forma, estabelecendo critérios para evitar condutas abusivas:

A ciência penal, por sua vez, tem por escopo explicar a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição e evitando, com isso, o arbítrio e o casuísmo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada na sua aplicação. (Capez, 2015, p. 17).

O Direito Penal é o ordenamento normativo jurídico que define as regras de comportamentos dos seres humanos, para dizer quais condutas são nocivas à sociedade, para sua correta e justa aplicação:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos a coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, combinando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias a sua correta e justa aplicação. (Capez, 2015, p. 16).

O Direito Penal e a Criminologia são dois ramos que estudam o crime, mesmo de aspectos diferentes, conforme afirma Penteadó Filho (2012, p. 19) “Embora tanto o direito penal quanto a criminologia se ocupem de estudar o crime, ambos dedicam enfoques diferentes para o fenômeno criminal”.

A Criminologia, por sua vez, vê o crime como um problema social:

Por seu turno, a criminologia vê o crime como um problema social, um verdadeiro fenômeno comunitário, abrangendo quatro elementos constitutivos, a saber: incidência massiva na população (não se pode tipificar como crime um fato isolado); incidência aflitiva do fato praticado (o crime deve causar dor à vítima e à comunidade); persistência espaço-temporal do fato delituoso (é preciso que o delito ocorra reiteradamente por um período significativo de tempo no mesmo território) e consenso inequívoco acerca de sua etiologia e técnicas de intervenção eficazes (a criminalização de condutas depende de uma análise minuciosa desses elementos e sua repercussão na sociedade). (Penteadó Filho, 2012, p. 19). (grifo do autor)

Já o Direito Penal é assim observado na lição de Penteadó Filho (2012, p. 19): “O direito penal é ciência normativa, visualizando o crime como conduta anormal para a qual fixa uma punição. O direito penal conceitua crime como conduta (ação ou omissão) típica, antijurídica e culpável (corrente causalista)”. Desse modo, quando se visualiza uma conduta anormal, entra em cena o Direito Penal para dizer que essa conduta é ou não típica, antijurídica e culpável, assim conceitua como ação ou omissão ensejadora de uma punição estatal.

De tal modo, é definido o Direito Penal na visão de Bitencourt (2012, p. 19): “Falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência. No entanto, modernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal”. Na visão do autor supracitado, a criminalidade é um fato comum na sociedade, em que o crime faz parte da vida do homem, o que dá ensejo ao Direito Penal, para se manifestar e controlar essa criminalidade, considerada normal.

Com a manifestação da criminalidade, surge a necessidade de ação do Direito Penal, com sua capacidade de impedir e sancionar aquele que infringe suas regras, nascendo o direito de ação do Estado, através do Direito Penal.

Portanto, ensina e conceitua o direito penal Andreucci (2014, p. 43): “Direito Penal pode ser conceituado como o conjunto de normas jurídicas que estabelecem as infrações penais, fixam sanções e regulam as relações daí derivadas”.

Nesse sentido, observa-se que é preciso um sistema de normas para regular e dizer quais condutas são ilícitas para que seja aplicada uma penalidade, àquele que infringe as regras estabelecidas pelo direito penal, para que haja uma justiça equilibrada.

### **3.1 A função social do direito penal**

A sociedade precisa de um mínimo de proteção para que possa sobreviver à medida que sofre mudanças em seu corpo social, a partir daí a necessidade de novos objetivos e ideais, assim como as transformações que sofre a todo momento. Logo, a Ciência do Direito também se modifica para atender às necessidades da sociedade:

A sociedade humana é algo dinâmico que a cada dia descobre novas necessidades a serem supridas visando alcançar novos objetivos, metas e ideais. Neste sentido é



que a humanidade e suas diversas estruturas e conjunturas transformam-se no tempo em todas as áreas do conhecimento humano, inclusive, na ciência jurídica para acompanhar as mudanças e transformações político-social-econômicas buscando dinamizar a ciência do direito de acordo com os clamores e reivindicações coletivos. (Xavier; Oliveira, 2010, p. 15).

A função social do direito penal é garantir que valores fundamentais sejam protegidos e cuidados para que a coletividade tenha o mínimo de tranquilidade. Nesse sentido, existe uma espécie de pacto, um compromisso ético, entre o Estado e os indivíduos que compõem a sociedade, para que respeitem as normas de conduta social, não praticando conduta desabonadora que cause lesão ao patrimônio ou à vida de alguém; caso tais normas sejam desrespeitadas, quem infringir sofrerá uma sanção, como forma de garantir que aquele que causou um dano seja retirado por um período da convivência da sociedade.

Indiscutivelmente, há um movimento geral na sociedade, tendo em vista o abalo à ordem pública, merecendo a atuação adequada das instituições, notadamente do Poder Judiciário, que não pode se furtar em exercer seu mister institucional em prol da sociedade e do Estado de direito. Isto posto, quando um indivíduo quebra uma regra de convivência e boa conduta, e pratica um crime grave, isso claramente apresenta um clima de insegurança e de desesperança na justiça e nas instituições, e passa para os cidadãos certo temor, dependendo do ilícito penal que se cometeu. Trata-se da necessidade de uma efetiva ação estatal para assegurar a disciplina e segurança social.

O efeito de uma sanção deve ser pedagógico, pois serve para mostrar àquele que recebeu a pena, após violar uma norma de convivência, que o crime não compensa e passe a repensar sua conduta para não se tornar um reincidente. E quando aquele retornar à sociedade se comporte como um indivíduo que aprendeu a lição e seja reintegrado ao convívio social. Ademais, é no momento do cumprimento da pena que o acusado tem condições de refletir acerca de seu comportamento e, certamente, levar em conta a possibilidade de recuperação que todo ser humano possui, pois o Direito Penal visa a proteção de valores fundamentais da sociedade e não permite que tais valores sejam violados, tais como: a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade.

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo, pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito as normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça. (Capez, 2015, p. 17).

A natureza do Direito Penal é punir através da aplicação da Lei Penal com o objetivo de tentar, em tese, impedir novos delitos. Mas a questão que se sobrepõe e continua posta é: a aplicação da pena prevista pela Ciência do Direito Penal tem alcançado algum êxito em impedir outros e novos delitos? Em outras palavras, é válido refletir com Foucault (2001) se a função das penas e das prisões obtiveram algum êxito até aqui no tocante à sua finalidade, a de ressocializar os infratores e reintegrá-los recuperados à sociedade ou têm não só apresentado como inútil seu fim último, mas, ao contrário, ao punir indistintamente, tem transformado apenados por delitos de menor em criminosos com potenciais ofensivos bem mais sofisticados. Neste sentido, parece ser racional observar o que ensinou o humanista

Beccaria (2002) sobre três questões inadiáveis a serem observadas antes de aplicar a pena: por que punir? Como punir? Qual a finalidade da punição?

A aplicação da lei penal exige do julgador, quando aquele for aplicar a pena, certo cuidado para não exagerar na dosimetria da pena, causando um prejuízo ao condenado, além do que deveria cumprir. Sendo assim, observa-se a doutrina acerca da aplicação da pena privativa de liberdade:

A aplicação da pena privativa de liberdade traduz a injunção de urna das mais graves intervenções individuais previstas em nosso ordenamento. Sua densidade sobre o projeto de vida do sentenciado, o amplo espectro de outras penas e a necessidade de maior aprofundamento teórico fazem da determinação da pena privativa de liberdade [...]. (Roig, 2015, p. 12).

Para a aplicação da pena, deve se levar em consideração todas as garantias processuais, e a observância dos princípios fundamentais do direito penal, tais como os princípios apresentados, a seguir.

O princípio da legalidade, previsto no artigo 5º inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1º do Código Penal Brasileiro, diz que ninguém pode ser punido se não existir uma lei que defina o fato como crime (Brasil, 1988; 1940).

O princípio da lei mais favorável, que tem em sua essência dois princípios penais importantes, o da irretroatividade da lei mais severa, que não deve retroagir para prejudicar o réu, e o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, que só retroage se for para beneficiar o réu.

O princípio da taxatividade, que decorre da legalidade, por sua vez, exige que além de certa a lei seja acessível a todos, exigindo daquele que a elabora esclarecimentos, de modo a não ter dúvidas, acerca do que é penalmente admitido, ou seja, a taxatividade. Na compreensão de Andreucci (2014, p. 46), esse princípio é decorrente da legalidade, o que exige de a lei ser certa, acessível a todos (as), exigindo do legislador, que ao redigir a norma, “esclarecer de maneira precisa, taxativamente, o que é penalmente admitido. O princípio da taxatividade não admite os crimes de perigo abstrato.”

O princípio da ofensividade, também chamado de princípio do fato ou princípio da exclusão e da proteção do bem jurídico, defende que a conduta deve oferecer um perigo mínimo, ou um risco concreto; se não houver comprovado risco ao bem jurídico, não há incidência da lei penal. Tal princípio tem como função principal limitar a pretensão punitiva do Estado, de maneira a não existir proibição penal sem conteúdo ofensivo aos bens jurídicos. Para Andreucci (2014, p. 46), “não deve o Direito Penal, de acordo com esse princípio, se preocupar com as intenções e pensamentos das pessoas, enquanto não exteriorizada a conduta delitiva, devendo haver, pelo menos, um perigo real (ataque efetivo e concreto) ao bem jurídico”.

O princípio da alteridade ou princípio da transcendentalidade é quando a ação do agente é praticada contra ele próprio, é uma ação interna, não sendo possível atingir o direito de outrem ou uma lesividade capaz de legitimar uma ação do Estado, portanto, não se pode punir a autolesão ou o suicídio não concluído, pois não justifica uma intervenção estatal a quem lesiona a si mesmo.

Esse princípio tem sido trazido à baila, atualmente, na discussão sobre a descriminalização da posse de drogas para consumo próprio. Argumenta-se que o consumidor de drogas faz mal apenas a si próprio, e não a outrem, tal como acontece

com o consumo do tabaco e do álcool. Desconsidera-se, nesse caso, a posição doutrinária e jurisprudencial segundo a qual a posse de drogas para consumo pessoal, como crime, ofenderia a saúde pública, justamente em razão de que existem outras tantas condutas ofensivas desse mesmo bem jurídico que não são consideradas crime pelo legislador. (Andreucci, 2014, p. 46).

O princípio da adequação social é muito importante, pois é ele que orienta o legislador no momento da criação da lei e o julgador na ocasião da aplicação da pena, desse modo, não considera conduta criminosa o comportamento que não causa um sentimento de revolta social de justiça. São condutas aceitas socialmente e por isso não podem ser criminalizadas, uma vez que a sociedade deixou de considerar tal conduta criminosa. Na visão de Andreucci (2014), a tipificação de uma conduta criminosa deve ser precedida de uma seleção de comportamentos, não podendo sofrer valoração negativa (criminalização) aquelas aceitas socialmente e consideradas normais.

O princípio da intervenção mínima (Direito Penal mínimo), e princípio da fragmentariedade, quando a lesão puder ser combatida por outros ramos do direito, como trabalhista, administrativo, civil, sustenta-se na necessidade do Direito Penal ser subsidiário, atuando somente quando os ramos do direito falharem, corroborando nesse sentido:

Do princípio da intervenção mínima deriva o princípio da fragmentariedade, segundo o qual deve o Direito Penal proteger apenas os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, não devendo ele servir para a tutela de todos os bens jurídicos. Daí o seu caráter fragmentário, ocupando-se somente de parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. (Andreucci, 2014, p. 47).

O princípio da insignificância ou da bagatela é aquele que causa o mínimo de lesão, não sendo interessante uma pretensão punitiva do Estado por não oferecer grande risco ao bem jurídico tutelado (Andreucci, 2014, p. 47). Assim, restaria ao Direito Penal a tutela de lesões de maior monta aos bens jurídicos, deixando as de menor ofensividade.

O princípio da insignificância tem alguns critérios para que possa ser aplicado ao caso concreto, a saber:

Assim, acolhido o princípio da insignificância, estaria excluída a própria tipicidade, desde que satisfeitos quatro requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de total periculosidade social da ação; c) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada. (Andreucci, 2014, p. 47).

O princípio da proporcionalidade da pena é o momento em que devem ser observadas a proporção entre o crime e a sanção aplicada, não devendo ser exagerada, sob pena de aplicar uma pena além do permitido em lei; tal princípio tem como pressuposto a observância da gravidade do crime, para então imputar ao agressor uma pena equipada ao delito cometido.

O princípio da individualização da pena encontra guarida no texto constitucional precisamente no seu artigo 5º inciso XLVI, que assim se expressa:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Na individualização da pena leva-se em consideração quem praticou o delito não podendo imputar a outrem, fato que

não praticou ou não teve participação, só responde quem efetivamente lesionou um bem jurídico. E como o próprio texto constitucional é muito claro, ainda define os tipos de penas que cada conduta deve receber, para efeito de punição na medida de sua participação. (Brasil, 1988).

O princípio da humanidade decorre da junção dos princípios da proporcionalidade e do princípio da individualização da pena. A pena e seu cumprimento devem se revestir de caráter humanitário, em respeito e proteção à pessoa do preso. Deste modo, segundo o regramento constitucional no artigo 5º inciso III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Nesse diapasão, a pena deve ter um caráter humanitário e não pode ser desumano ou degradante (Brasil, 1988; Andreucci, 2014).

O princípio da razoabilidade na visão de Andreucci (2014), por vezes, sobrepõe-se ao legal, fazendo que a lei seja interpretada e aplicada em harmonia com a realidade, de maneira social e juridicamente razoável, buscando, acima de tudo, aquilo que é justo.

Outro princípio, o da anterioridade, exige a necessidade de uma lei estar em vigor no momento da prática de uma infração penal, pois, de outro modo, não seria possível sua aplicação:

De acordo com o princípio da anterioridade, exige-se que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação): *Tempus regit actum*. Assim, a irretroatividade da norma penal é um efeito decorrente desse princípio. Toda norma que tenha por escopo criar, extinguir, aumentar ou reduzir a satisfação do direito de punir do Estado deve ser considerada de natureza penal, não podendo retroagir para prejudicar o réu. (Capez, 2012, p. 29).

Na compreensão de Andreucci (2014, p. 45): "O princípio da legalidade é também chamado de princípio da reserva legal, pois a definição dos crimes e das respectivas penas deve ser dada somente e com exclusividade pela lei, excluindo qualquer outra fonte legislativa".

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este artigo inicialmente se propôs a debater sobre os principais conceitos, as definições e as funções do Estado moderno e das suas razões de existência. O pressuposto problematizador vislumbrou o debate sobre a legalidade e legitimidade de o Estado deter o monopólio de poder e dever punir quem, porventura, viole os padrões da sociedade pré-estabelecidos pelo pacto social firmado entre o Estado e a sociedade.

Em seguida, este artigo procurou aprofundar a discussão sobre os fundamentos e os princípios do direito penal e a sua função social no âmbito da estrutura político-administrativo e organizacional do Estado moderno.

Sequencialmente, o debate seguiu sobre os fundamentos e os princípios do direito e as suas razões aplicadoras de pena a infratores das leis. Neste sentido, as reflexões destacaram sobre os princípios justos e injustos no tocante à aplicação da lei penal.

Por fim, conclui-se que o Estado moderno é o ente detentor do direito e do dever punir, por meio dos seus arcabouços jurídicos, político-criminais e normativos previamente estabelecidos.

Todavia, é necessário deixar claro que nenhuma punição à pessoa humana deve acontecer fora das previsibilidades da lei e de sentença condenatória transitada e julgada, e

que as penas previamente estabelecidas pela ciência do direito penal devem ser aplicadas não como castigo, tão somente, mas com um propósito de buscar corrigir aqueles (as) que por um motivo ou outro romperam com as normas legais e legítimas dos padrões sociais de vida aceitos, coletivamente.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, R. A. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BIANCHINI, A.; DAHER, F.; GOMES, L. F. **Princípios Constitucionais Penais**: à luz da Constituição e dos Tratados internacionais. São Paulo: Livro Net/Atualidade do Direito, 2015.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

CAPEZ, F. **Código penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**: volume 1, parte geral: (arts, 1º a 120). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, A. A. T. de. **Direito Penal**: Parte geral: Questões fundamentais. Teoria geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CASTEL, R. **A insegurança social**: o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005.

FELDENS, L. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2001.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOCKE, J. **Segundo tratado do governo civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

NUCCI, G. de S. **Individualização da pena**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015.

PENTEADO FILHO, N. S. **Manual esquemático de criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROIG, R. D. E. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

WEBER, M. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

XAVIER, A. R.; CHAGAS, E. F.; REIS, E. C. Direito positivo, miséria social e violência no capitalismo globalizado. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 134, p. 107-123, jan./abr. 2019.

XAVIER, A. R.; OLIVEIRA, E. R. de. **Crime e Ciência Penal no Estado-Nação: Legislação e Formação da Sociedade Brasileira**. Fortaleza: Imprece, 2010.