



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -  
UNIPAC**

**CURSO DE DIREITO**

**IGOR TRINDADE GUIMARÃES**

**A CONSTRUÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NO CENÁRIO SOCIO-JURIDICO  
ATUAL**

**JUIZ DE FORA - MG**

**2020**

**IGOR TRINDADE GUIMARÃES**

**A CONSTRUÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NO CENÁRIO SÓCIO-JURÍDICO  
ATUAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Besnier Chiaini Vilar

**JUIZ DE FORA – MG**

**2020**

**IGOR TRINDADE GIUMARÃES**

**A CONSTRUÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NO CENÁRIO SÓCIO-JURÍDICO  
ATUAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em: //

**BANCA EXAMINADORA**

-----  
Prof. Besnier Chiaini Vilar (orientador)  
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC  
  
-----  
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC  
  
-----  
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico este trabalho as mulheres que impulsionam minha vida e me fazem buscar ser algo melhor todos os dias, as mulheres que completam minha vida: Jucirema e Hully.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha família por todas as palavras de incentivo e força que me foram dispensadas desde o início de minha trajetória no curso, até este derradeiro momento de conclusão. Agradeço também a meus professores, que me permitiram aprender de seu conhecimento e compartilhar externamente uma visão contextualizada e humana da Ciência Jurídica.

O direito penal há de ser analisado  
em sua precípua condição de  
instrumento de preservação da  
liberdade jurídica do acusado em  
geral

Rogério Lauria Tucci

## RESUMO

O presente trabalho objetiva o estudo e compreensão dos elementos que formam e instruem a pretensão punitiva em nosso cenário sócio jurídico atual. As temáticas abordadas foram extraídas de autores consagrados do Direito Penal, e de artigos científicos que tratam de forma símile o assunto. O trabalho elenca questões necessárias ao entendimento da justiça penal vigente nos dias de hoje. A abordagem de elementos pretéritos, ligados a sociedades anteriores permite a construção do entendimento dos mecanismos penais atuais, pelo que através do cotejo entre os períodos históricos é possível ter compreensão dos fatos que foram levados em consideração para a formulação do ordenamento penal contemporâneo. Além disto, a inserção da tratativa do contexto pretérito do Direito Penal Brasileiro impende o entendimento necessário à recepção de um novo ordenamento que superou valores recrudescentes como o escravagismo e as penas físicas, duramente impostas e que simulam um retorno ao período histórico de trevas onde os castigos físicos imperavam. Por conseguinte, a exposição dos efeitos causados pelo ato sancionatório, nas vertentes social e jurídica, permitem traçar um paralelo entre os impactos das penas de outrora e daquelas que doravante são aplicadas, além de trazer a lume a percepção de que se mantém para os dias de hoje os ideais ultrapassados de um processo penal, que agora elegem toda a sociedade como um terceiro interessado na relação processual penal.

**Palavras-Chave:** Direito Penal. Ato Sancionatório. Pretensão Punitiva. Processo.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 A PUNIÇÃO NA ANTIGUIDADE .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 O Direito Penal e a Humanidade .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 O Entendimento das Penas nos Períodos Históricos do Direito .....</b>	<b>11</b>
<b>2.3 As Escolas Penais .....</b>	<b>14</b>
<b>3 O DIREITO PENAL BRASILEIRO HODIERNO .....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 Breve Histórico do Direito Penal no Brasil .....</b>	<b>17</b>
<b>3.2 A Concepção Atual da Norma Processual Brasileira .....</b>	<b>19</b>
<b>3.3 As Garantias do Réu no Cenário Jurídico Nacional.....</b>	<b>21</b>
<b>4 A SANÇÃO PENAL E SUA EFICÁCIA SÓCIO-JURÍDICA .....</b>	<b>24</b>
<b>4.1 Um Substituto no Modelo Processual de Binding .....</b>	<b>24</b>
<b>4.2 Implicações Sociais do Ato Sancionatório .....</b>	<b>28</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>33</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história das sociedades os mecanismos utilizados para retribuir as condutas delituosas dos indivíduos sofreram modificações drásticas até que se chegasse ao modelo que de fato processa o acusado, e neste processo lhe garante o exercício do direito de defesa, e não lhe inflige culpa até o seu ultimato.

Nas primeiras civilizações, frente a uma transgressão de normas do convívio, a reação era eminentemente coletiva e orientada contra o transgressor, a reação era basicamente religiosa, e só de modo gradual transformou-se em civil. Para a época, havia um ideal de vingança coletiva, que jamais deverá se aproximar do conceito de pena, pois são diametralmente opostas. A vingança se deflagra em liberdade, força e dispêndio individual, e a pena pressupõe o exercício de um poder organizado. (LOPES JÚNIOR, 2017)

Na história da evolução do direito, sempre, onde houveram agrupamentos sociais também existiram regramentos que mesmo não escritos, necessitavam serem cumpridos. Ainda sem a existência de um ordenamento positivado, as sociedades antigas determinavam suas normas de convívio de modo a respeitarem os costumes, o que não é estranho aos dias de hoje, haja visto ser o costume uma fonte do direito, e o respeito a este ordenamento consuetudinário impunha-se aos indivíduos nativos e aos estrangeiros.

Hodiernamente, os regramentos vigentes encontram-se positivados e prescrevem de forma concreta normas que caracterizam um ‘não fazer’. Tais normas em seu próprio corpo, já incluem uma pena para os seus infratores, atos sancionatórios que são impostos após o tramite do devido processo legal, como ultima medida adotada para retribuir as condutas delituosas.

O ato sancionatório, que outrora fora aplicado sem a observância de padrões humanizados, atualmente obedece uma estrutura processual positivada e pautada em padrões constitucionais que respeitam principalmente as garantias fundamentais do acusado, mormente a dignidade da pessoa humana.

Isto posto, embora o transcorrer do tempo tenha propiciado o avanço do ordenamento jurídico, e por sua vez este avanço incorporou ao que já existia, padrões constitucionais para o processamento do acusado, elementos ultrapassados de concepção da justiça penal ainda permanecem.

Modernamente, perpetua-se no cenário sócio-jurídico brasileiro uma metodologia de conceber a persecução penal, de modo a elevar o ente ministerial à condição de ‘credor de

uma pena'. Esta situação deve-se ao fato de que as demandas sociais no tocante a segurança pública, provocam surgimento de uma 'frente' de justiça que alberga-se em ideais extremamente punitivistas, preocupados em responder condutas a qualquer custo.

Fenômenos que desbordam do seio social, mormente o famigerado 'clamor social', trazem a lume decisões e atos de autoridades que estão em descompasso com os preceitos constitucionais e outros igualmente considerados importantes.

Existe para hoje uma demanda que busca uma participação em igualdade, da sociedade para com o Ministério Público nas relações processuais penais, situação teratológica que se fundamenta no 'clamor social'.

Dito isto, o presente trabalho visa abordar a questão da estrutura atual da persecução penal brasileira, abordando questões significativas para a compreensão dos elementos utilizados no atual cenário sócio-jurídico em que se encontra a justiça penal brasileira.

O primeiro capítulo versa sobre as penas nas idades clássicas, abordando questões pertinentes a concepção das condutas delituosas e a retribuição, segundo o Direito consuetudinário que imperava à época.

O capítulo seguinte aborda questões atinentes ao Direito Penal vigente no país nos dias de hoje. Para tanto, trata do quadro histórico do Direito Penal Pátrio e elucida pontos fulcrais ao entendimento hodierno do processo penal brasileiro, bem como das garantias que ostenta o acusado quando do rito processual.

Por derradeiro, o terceiro capítulo faz um apanhado da eficácia sancionatória em seus âmbitos social e jurídico, além de debater o já superado modelo processual de Binding, pelo que se pode afirmar que fora superado pelos ideais constitucionais de um processo humanizado, que garante ao réu a observância de suas garantias fundamentais.

## **2 A PUNIÇÃO NA ANTIGUIDADE**

Antes que houvesse o direito positivo, e antes da normatização dos procedimentos penais, as ações consideradas danosas ao convívio, já eram retribuídas através de castigos, que se deflagravam unilateralmente, movidos pela própria vontade do ofendido, ou de sua família.

As sociedades, antes sem um ordenamento escrito, pautavam-se em regras originadas dos costumes e da própria situação social. Havia a terra e a propriedade, bens que necessitavam de proteção, que anteriormente não era fornecida pelo Estado, diga-se de passagem que tais coisas são em muito anteriores a ele. Não havendo o conhecimento do que era uma ‘sanção’ ou do que seria um ‘tipo penal’, os costumes já determinavam que as terras e a propriedade alheia não deveriam ser maculadas, haja visto que eram domínio exclusivo de seu dono.

No entanto, os atos delituosos necessitavam serem punidos, para que não voltassem a acontecer. Surge desta necessidade de coibição as penas primitivas, que eram direcionadas ao transgressor e por iniciativa do ofendido, sem o crivo moral e jurídico da norma, infligidas na intensidade do sentimento de dano suportados pelo ofendido.

### **2.1 O Direito Penal e a Humanidade**

O Direito Penal é o rosto do Direito, onde se mostra a individualidade de um povo, sua forma de pensar e agir, sua cultura e também sua rudeza. O Direito Penal dos povos é um pedaço da história da humanidade. Com efeito, sempre que existiram agrupamentos sociais, o Direito Penal, ainda que de modo primitivo, se fez presente. (ESTEFAM, 2012).

A história humana de maneira alguma pode ser desvinculada do direito penal, pois desde o princípio o crime vem acontecendo. Era necessário um ordenamento coercitivo que garantisse a paz e a tranquilidade para a convivência harmoniosa nas sociedades. (CUNHA, 2017).

Os registros históricos apontam que, nas tribos, desde a antiguidade, já se notava, presente no espírito humano, a ideia do castigo por atos lesivos a terceiros, mesmo que em tempos remotos, imperava a vingança privada.

O homem sempre vive em grupo desde os primórdios e a vida em grupo tornou necessária a existência de regras para reger a vida social. As normas iniciais não mais eram que tradições, superstições e costumes misticamente observados pelos membros do grupo. O respeito a estas normas era de natureza essencialmente sacral, pois objetivavam a garantia da incolumidade de um fim divino, qual seja a paz comunal.

A punição do infrator para o grupo era o meio existente para que eles se reconciliassem com seu Deus. Em suma, o crime é um atentado contra os deuses e a pena um instrumento para abrandar a cólera divina. A pena, em sua origem remota, significava a própria vingança, revide à agressão sofrida, desmedida com a ofensa e aplicada sem interesse de se atender a justiça. (ESTEFAM, 2012).

A constatação mais perfeita de que se sabe, em acordo ao quão íntimos são o Direito Penal e a sociedade, manifestam-se nas letras de Nelson Hungria (1946, *apud* CAPEZ, 2018, p. 45); “A história do Direito Penal é a história da humanidade. Ela surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”.

A necessidade de proteção dos bens particulares, permeando itens como a propriedade, as terras e aquele considerado o mais sagrado de todos, a vida, impulsionaram os indivíduos a agirem para a sua proteção, antes de forma desordenada e motivada pela vingança, passando pelo momento em que se apenava em praça pública, castigando o corpo do delinquente, e finalmente, atingindo o momento em que entendeu-se pela necessidade de abandonar o corpo do acusado como alvo, trabalhando os castigos que recaiam sobre a liberdade, privando-a para mostrar o preço a ser pago pelo violador da norma.

## **2.2 O Entendimento das Penas nos Períodos Históricos do Direito**

A análise da evolução histórico-penal é de suma importância para uma avaliação correta da mentalidade e dos princípios que nortearam o sistema punitivo contemporâneo.

Até que se atingissem os ideais propagados por cada escola penal, é salutar que antes compreendam-se as fases que aconteceram no Direito Penal, que não se deram de forma linear.

*Ab initio*, tem-se a fase que compreendia a vingança privada como força motriz que infligia as penas aos transgressores das regras do convívio. Como bem mencionou Hungria (1946, *apud* CAPEZ, 2018, p. 18) “A pena em sua origem, era vindita, pois é mais

compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça”.

Na ocorrência de um crime, a reação a ele era imediata por parte da própria vítima, por seus familiares ou por sua tribo. Costumeiramente esta reação era superior à agressão, não havendo qualquer senso de proporcionalidade. Esta ligação, conforme Estefam (2012) é um vínculo de sangue, uma espécie de dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou tribo, que o obriga a matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto.

Fora este, um período marcado por lutas acirradas e sangrentas entre famílias e tribos, o que desencadeou o enfraquecimento e até a extinção das mesmas. Surgem assim, regras para evitar o aniquilamento total e assim foi obtida a primeira conquista no âmbito repressivo: a Lei de Talião (*jus talionis*). (ESTEFAM, 2012).

O termo talião de origem latina (*tálio + onis*), quer dizer ‘castigo na mesma medida da culpa’. Foi o primeiro limite a ser traçado para o castigo: o crime deveria atingir o seu infrator da mesma forma e intensidade do mal causado por ele.

Superado o período da *vindita*, a sociedade primitiva atinge o tempo da vingança divina, uma forma de direito penal imposto pelos sacerdotes, essencialmente teocrático, foi o momento em que o Direito se confundiu com a religião.

O crime era considerado um pecado, e atingia a um determinado deus. A pena era um castigo divino que se aplicava para purificar e salvar a alma do infrator. Era comum neste período o uso de penas cruéis e bastante severas. Seus princípios estão registrados no Código de Manu (Índia) e no Código de Hamurabi, assim como nas regiões do Egito, Assíria, Fenícia, Israel e Grécia.

Passado certo tempo, ressurgem as penas albergadas na vingança, no entanto, agora são vinganças públicas, marcadas por penas cruéis (morte na fogueira, roda, esquartejamento, sepultamento em vida) para se alcançar seu precípuo fim que era a segurança do monarca. Com um Estado cada vez mais fortalecido, o caráter religioso foi sendo superado e as penas passaram a ter o intuito de intimidar para que os crimes fossem prevenidos e reprimidos.

Os processos eram sigilosos, o réu não sabia sobre a imputação que lhe era feita, o entendimento era de que, se inocente fosse, o acusado não precisava de defesa, se fosse culpado, dela não gozaria. Isso favorecia e expunha o arbítrio dos governantes. (CAPEZ, 2018).

Seguindo esta senda, mostra-se agora o Direito Penal Romano, onde inicialmente, em Roma, a religião e o direito estavam atrelados, o *Pater Familias* concedia o poder de exercitar o direito de vida e de morte sobre todos os seus dependentes, inclusive mulheres e escravos.

Segundo Capez (2018), com a chegada da República Romana houve uma ruptura e desmembramento destes dois fundamentos, a vingança privada fora abolida passando ao Estado o exercício do poder de penar.

Os romanos contribuíram para a evolução do direito penal trazendo de forma conceitual e explicativa a distinção do crime, do motivo, do ímpeto, do acaso, do erro, da culpa leve, do simples dolo e dolo mau, além do fim de correção e retribuição da pena.

Após a época do Direito Penal Romano, chega-se a era do período germânico onde o Direito penal era visto como uma ordem da paz, desta forma o crime seria a ruptura deste estado. Inicialmente eram utilizadas a vingança e a composição, porém, após a invasão de Roma, o poder Estatal fora consideravelmente aumentado, desaparecendo a vingança. (LOPES JUNIOR, 2017).

Segundo Lopes Júnior (2017) as leis bárbaras caracterizavam-se pela composição, onde as tarifas eram estabelecidas conforme os critérios pessoais do sexo, idade, local e o critério da espécie da ofensa. Para aqueles que não pudessem pagar eram atribuídas as penas corporais. Também adotaram a Lei de Talião e conforme o delito cometido, utilizavam a força para resolver questões criminais. Também eram admitidas as ordálias ou juízos divinos (provas de água fervendo, ferro em brasa principalmente), e também os duelos judiciais, onde o vencedor era proclamado inocente.

Segundo Cunha (2017), passados os períodos de ‘ordenamentos mundanos’, surge a era do Direito Canônico que se instalou mediante esforços da Igreja Católica Apostólica Romana. A palavra canônico, vem da expressão romana *canon*, que significa regra e norma e era o termo que definia todos os ordenamentos religiosos relativos a fé cristã.

Inicialmente o Direito Canônico tinha caráter precipuamente disciplinar, porém com o fortalecimento do poder papal, este direito passou a atingir a todos da sociedade (religiosos e leigos). Tinha o objetivo de recuperar os criminosos através do arrependimento, mesmo que fosse necessária a utilização de penas e métodos severos.

Neste período, o direito deu uma atenção ao aspecto subjetivo do crime, combateu a vingança privada com o direito de asilo e as tréguas de Deus, propiciou a humanização das penas, reprimiu o uso das ordálias e introduziu as penas privativas de liberdade ( que ocorriam nos mosteiros em celas) em substituição às patrimoniais.

A penitenciária foi criada por este Direito: seria um local onde o condenado não cometeria crimes, se arrependeria dos seus erros e por fim se redimiria podendo voltar ao convívio social. (CUNHA, 2017).

### **2.3 As Escolas Penais**

Superados os períodos necessários a elucidação do contexto histórico que precederam as escolas penais, passa-se a estas escolas propriamente ditas. Na compreensão de Capez (2018), as escolas penais são compilados doutrinários mais ou menos coerentes sobre os problemas relacionados ao fenômeno do crime e, em particular, sobre os fundamentos e objetos do sistema penal.

Nesta mesma esteira, Estefam (2012) trata as escolas penais como correntes filosófico-jurídicas em matéria penal que surgiram nos Tempos Modernos, elas se formaram e se distinguiram umas das outras, lidam com problemas que abordam o fenômeno do crime e os fundamentos e objetivos do sistema penal.

Por seu turno, Nucci (2014) se refere as escolas penais como um sistema de ideias e teorias políticas-jurídicas e filosóficas que, num determinado momento histórico, expressaram o pensamento dos juristas sobre as questões criminais fundamentais.

Inicialmente, fala-se da Escola Clássica, também denominada Idealista, Filosófico-jurídica e Crítico Forense, nasceu sob os ideais iluministas. Para a Escola Clássica, a pena é um mal imposto ao indivíduo merecedor de um castigo, por ter cometido ato visto como crime, de forma voluntária e consciente, para a época a finalidade da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade.

Salienta Capez (2018) que esta doutrina possui princípios básicos e comuns, de linha filosófica, de cunho humanitário e liberal (defende os direitos individuais e o princípio da reserva legal, sendo contra o absolutismo, a tortura e o processo inquisitório). Foi uma escola importantíssima para a evolução do direito penal na medida em que defendeu o indivíduo contra o arbítrio do estatal.

Elucida Nucci (2014) que esta escola dividiu-se em dois períodos distintos. Um chamou-se de Filosófico ou teórico, onde a figura de maior destaque foi Beccaria. Ele desenvolveu sua tese com base nas ideias de Rousseau e Montesquieu, construindo um sistema baseado na legalidade, onde o Estado deveria punir os infratores, mas tinha de se submeter às limitações da lei. O outro grande período fora conhecido como Jurídico ou

prático, em que se destacou Francesco Carrara, sumo mestre de Pisa. Ele estudou o crime em si mesmo, sem se preocupar com a figura do criminoso. Defendia que o crime era uma infração da lei do Estado que servia para proteger o cidadão, e deflagrava-se através de duas forças: a física, movimento corpóreo que produzirá o resultado, e a moral, a vontade consciente e livre de praticar um delito.

Para Estefam (2012), são axiomas da Escola Clássica o entendimento de crime como um ente jurídico, ou seja, é a infração contra o ordenamento, a existência do livre arbítrio que dá ao homem a prerrogativa de escolher ou não o caminho do crime e a pena como retribuição do crime.

Após isto, seguiu-se a Escola Positivista difundida por Augusto Comte e representou a ascensão da burguesia emergente após a Revolução de 1789. Foi a fase onde as ciências fundamentais adquiriram posição como a biologia e a sociologia. O crime passou a ser examinado sob o ângulo sociológico, e o criminoso passou também a ser estudado, se tornando o centro das investigações.

Ensina Nucci (2014) que o movimento positivista fora iniciado por Cesare Lombroso (1835-1909) com sua obra *L'uomo delinquente* (1875). Na concepção deste autor existia a ideia de um criminoso nato, que seria aquele que já nascia com esta predisposição orgânica, era um ser atávico como uma regressão ao homem primitivo.

O pesquisador em comento estudou o cadáver de diversos criminosos procurando encontrar elementos que os distinguissem dos homens normais. Após anos de pesquisa pôde declarar que os criminosos já nasciam delinquentes e que apresentam deformações e anomalias anatômicas físicas e psicológicas como assimetria craniada e insensibilidade moral.

Nesta mesma esteira, Nucci (2014) sintetiza os axiomas desta escola através da utilização do método indutivo, o entendimento do crime como um fenômeno social e natural advindos de causas biológicas físicas e psicossociais, a existência da responsabilidade social em decorrência do determinismo e periculosidade, o entendimento da necessidade da pena como uma proteção a defesa social e ao ordenamento jurídico.

Como última escola, fala-se da Escola Técnico-Jurídica iniciada em 1905 e que surgiu como uma reação aos ideais propagados pela corrente anterior. Esta escola, teve como maior expoente o professor Arturo Rocco, que difundiu o pensamento de que a ciência penal é autônoma, com objeto e métodos próprios, ou seja ela é única não se misturando com outras ciências (antropologia, sociologia, filosofia, estatística, psicologia e política) numa verdadeira desorganização.

O Direito Penal continha de tudo, menos Direito. Segundo Nucci (2016) Rocco propõe uma reorganização onde o estudo do Direito Criminal se restringiria apenas ao Direito Positivo vigente. O Direito penal estaria expresso na lei, e o jurista deve-se ater apenas a ela.

O estudo do Direito Penal estaria composto de 3 partes, interligadas para proporcionarem o entendimento do todo, a exegese que dá sentido as exposições do ordenamento jurídico, a dogmática que investiga os princípios norteadores do Direito Penal, e a crítica, que orienta a consideração do direito vigente demonstrando o seu acerto ou a conveniência de sua reforma.

Os axiomas expostos por Nucci (2014) são exemplificados no entendimento do delito como uma relação jurídica (de conteúdo individual e social), a pena como uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial aplicável aos imputáveis, a medida de segurança aplicável aos inimputáveis, a responsabilidade moral albergada na livre vontade, o combate a aplicação da filosofia ao campo penal.

O histórico da pretensão punitiva, como visto, fora moldado ao longo do tempo para que coubesse a cada época um ordenamento capaz de englobar as necessidades vigentes, fruto das interações sociais e necessidades estatais.

### 3 O DIREITO PENAL BRASILEIRO HODIERNO

A evolução social que ocorre com o passar do tempo, é apta a provocar diversas mudanças relativas a como se processa a compreensão dos valores de uma determinada sociedade.

Sabe-se que a própria sociedade é fonte do direito, pois a ele oferece a todo tempo fatos novos, que quando valorados produzem normas que visam regulamenta-los. A complexidade das nossas relações sociais, considerando os atores de cada período histórico, provocou modificações visíveis no cenário jurídico.

O entendimento dos comportamentos ofensivos a ordem jurídica e ao convívio social, adaptou-se para cada período histórico vivido, as particularidades de cada período influem diretamente na formulação das normas, que surgiam para respaldar as práticas da época.

O ordenamento hodierno superou períodos como o indigenista e escravagista, até que atingisse a contemporaneidade, e evidentemente, suprimiu postulados firmados anteriormente que para hoje são atentatórios ao princípio basilar que ostenta a República, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

#### 3.1 Breve Histórico do Direito Penal no Brasil

Em período anterior a chegada portuguesa no Brasil, o território nacional era ocupado pelos silvícolas, que por óbvio, possuíam paradigmas normativos próprios, embora não houvesse um *códex* escrito, as normas consuetudinárias propostas eram seguidas a risca.

Aponta Estefam (2012) em sua obra, que o índio brasileiro era pouco misericordioso e extremamente vingativo. Argumenta que para os silvícolas brasileiros, a retaliação mostrava-se sempre obrigatória, de cunho sagrado, não obstante isto, não se pode dizer que atendia ao requisito da culpabilidade.

Existem relatos de que até o descobrimento, a guerra nunca era movida por motivos econômicos, sendo assim, os motivos das hostilidades se resumia em capturar prisioneiros para os ritos antropofágicos, a tomada de troféus ou para vingar os parentes mortos.

A respeito das práticas mais comuns, o furto a estrangeiros e a hóspedes que não fossem conhecidos era perfeitamente lícito, o que vai de encontro a toda a sistemática penal de hoje, e ainda, o adultério que na maioria das vezes era fato indiferente, entretanto quando muito, dava precedentes ao espancamento da mulher que praticava. (ESTEFAM, 2012).

A história do Direito Penal no Brasil mostra a existência de cinco Códigos Penais, desde o período colonial até os nossos dias. O Direito Penal que vigorou no Brasil, desde o seu descobrimento até a independência, tinha por fonte o Livro V das Ordenações do Reino. As Ordenações Afonsinas começaram a vigorar logo após o descobrimento do Brasil, sendo estas mandadas compor por D. João I. (CAPEZ, 2018).

Após este período, D. Manoel incumbiu os juristas Rui Boto, Rui da Grã e João Cotrim para editarem um trabalho que ficaria conhecido como Ordenações Manoelinas, que fora publicada em 1512. Em seguida, o rei Felipe II da Espanha, que detinha seu reinado em Portugal com o nome de Felipe I, ordenou que fosse feita uma nova estruturação dos Velhos Códigos, então incumbiu os desembargadores do Paço, Paulo Afonso e Pedro Barbosa para desempenharem a árdua tarefa. (ESTEFAM, 2012).

Feitas as revisões dos textos formulados a mando do rei Felipe II, foram publicadas as Ordenações Filipinas no dia 11 de janeiro de 1603, sendo que naquela época, Felipe II de Portugal é quem exercia o reinado.

As Ordenações Manuelinas foram mais observadas no período das capitânicas hereditárias, principalmente nas capitânicas de São Vicente e Pernambuco que haviam prosperado mais, e bem mais ao tempo dos chamados governadores gerais. Durante o regime das capitânicas, o que de fato orientava era o arbítrio do donatário, um direito na época tido por informal e personalista, até porque as cartas de doação entregavam aos donatários o exercício de toda justiça. (CAPEZ, 2018).

Ao tempo dos governadores gerais, mais centralizado e com uma administração da justiça mais disciplinada, tornou-se um pouco mais efetiva a aplicação da legislação do reino.

Das ordenações existentes, é correto afirmar que as Ordenações Filipinas foram as que mais tiveram aplicação, o referido *códex* era repleto de prejuízos da época, pois elencava em seu texto a multiplicidade injustificada de infrações penais somadas a forma rígida e exacerbada das punições aplicadas nos infratores e criminosos da época. (ESTEFAM, 2012).

Do período imperial, extrai-se que a Constituição do Império (1824), mais precisamente em seu artigo 179, § 18, impunha a urgente organização de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

O código criminal que fora indicado ser elaborado, no texto da Constituição do império, fora sancionado em 16 de dezembro do ano de 1830, tendo sido considerado um código liberal para época e com os avanços técnicos trazidos pela legislação penal Francesa, sobretudo o Código de Napoleão de 1810. Ademais, a própria Constituição do Império já determinava claramente em seu artigo 179, a igualdade de todos perante a lei, a não

retroatividade da lei penal e que a pena não passaria da pessoa do delinquente, o que não se faz diferente dos ordenamentos atuais. (CAPEZ, 2018).

Não obstante tais fatos, constata Capez (2018) que mesmo diante de um patente avanço, o referido código preconizava o regime servil, uma vez que a escravidão era tida como uma base do Estado, e ainda, a pena de morte que os códigos subsequentes aboliram. Embora a Constituição da época assegurasse a igualdade de todos perante a lei, o escravo recebeu tratamento desigual, sendo que a eles ficaram reservadas além das penas comuns, as penas de galés e a pena de morte.

Na era republicana, o que se verifica é que o código que sucedera aquele formulado na época imperial, seria em muito inferior ao seu antecessor. Dentre os problemas detectados, destaca-se a pressa de sua elaboração. Tamanhas foram as deficiências que o código de 1890 havia incriminado a greve pacífica em seu art. 206, mas tal reação provocou uma repulsa tão grande que foi necessário modificá-la de pronto, o que foi feito por via do Decreto Lei de 12-12-1890, ou seja, dois meses após o aparecimento do código. (LOPES JÚNIOR, 2017).

Enfatiza ainda Estefam (2012) que sucessivas mudanças ocorreram para que se acertasse o texto do código a realidade social da época, e ainda as necessidades políticas dos governantes. Até a chegada do Código Penal vigente, o de 1940, o texto fora sendo modificado para que se chegasse ao resultado atual, consta da Exposição de Motivo da Nova Parte Geral do Código Penal e da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, alterações como por exemplo nos efeitos da condenação, nas situações de perda de cargo, função pública ou mandado eletivo (entre outras), e os delitos contra a periclitación da vida e da saúde, onde o novo projeto contempla os crimes contra a pessoa, elencando em seu texto modalidades delitivas já existentes e outras novas e desconhecidas pelo código vigente.

Em síntese, no Brasil vigoraram as ordenações portuguesas, seguindo-se o Código Criminal do Império, e o Código Republicano. Hodiernamente, vigora no Brasil o estatuto do Código Penal de 1940, que é o Decreto-Lei n°2.848, de 7-12-40.

### **3.2 A Concepção Atual da Norma Processual Brasileira**

A finalidade existencial do Direito Penal, e aqui fala-se como um todo, da pretensão punitiva que ostenta o Estado, está ligada ao ordenamento material e processual. Isto se deve ao fato de que de forma diferente de outros ramos jurídicos, as normas penais não são autoaplicáveis.

Para que se atinja os consectários penais, é necessário um instrumento intermediário que conduz a norma material até o seu objetivo. Aqui, fala-se da norma processual penal que juntamente a material, trará a pretensão punitiva uma utilidade lógica e material.

A este respeito, Capez (2018) informa que o *jus puniendi* que detém o Estado está composto de normas materiais e processuais, onde numa relação íntima a norma material contém o fim e a norma processual contém o meio, sendo então a norma processual a estrada conducente da norma material.

Traçado este paradigma de ligação, fala-se da finalidade da norma processual isoladamente, pois, embora haja entre processo e matéria uma ligação, cada norma carrega sentido próprio. Sobre isto, Aury Lopes Júnior (2017) assevera que a existência do processo se deve ao princípio da finalidade, haja visto que ele é um caminho necessário para que se chegue a uma pena.

Segue Aury Lopes (2017) informando que o objeto do processo é a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que integram o processo e não se confunde com a causa ou princípio, nem com o seu fim. Por tanto, não é objeto da norma processual o fundamento de sua existência, nem a função que está chamado a realizar.

Hodiernamente, questões históricas a cerca da finalidade processual penal ainda perduram, mesmo no cenário jurídico nacional. Erroneamente, concepções ideológicas derivadas de Karl Binding conseguem se manter vivas no meio jurídico, propagando conceitos de uma pretensão punitiva sem finalidade constitucional, onde o Ministério Público age como um verdadeiro ‘credor’ de uma pena, como se está por certo de que postula para receber o seu bem jurídico.

Sobre isto, elucida-se segundo Aury Lopes Júnior (2017), que o Ministério Público exerce no processo uma pretensão acusatória o *ius ut procedatur*, ou seja, o poder de proceder contra alguém, desde que para tanto haja a fumaça da prática de um crime, o *fumus commissi delicti*.

Segue o mesmo autor dizendo que no processo penal, o Ministério Público (ou querelante) exerce uma pretensão acusatória, diz-se que é o poder de proceder contra alguém, cabendo ao juiz, quando entender cabível a pretensão, acolher a acusação e exercer o poder de punir. Nesta esteira, verifica-se que o poder de punir é condicionado ao exercício da acusação, pois no âmbito da prerrogativa de proceder contra alguém, somente se criam possibilidades de apenar, que se concluem no sucesso do acusador.

No cenário nacional, a controvérsia reside no fato de se considerar que o objeto do processo é uma pretensão punitiva, e por isto, o que se verifica é a atuação ministerial

semelhante a atuação do credor no processo civil. O que mantém esta visão tradicional é a premissa equivocada de considerar que o *parquet* exerce pretensão punitiva, e não acusatória, e de fato, o ente ministerial não possui prerrogativa punitiva.

É de fácil verificação este equívoco, quando por exemplo se constata que o Ministério Público não pode pedir uma determinada quantidade de pena, senão apenas a condenação. Na relação processual penal quem detém poder punitivo é apenas o juiz. Ao acusador não compete o poder de castigar, mas apenas o de promover o castigo. (LOPES JÚNIOR. 2017).

Conclui-se portanto que o objeto da norma processual, e sua ligação a norma material, é uma pretensão acusatória, vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal através do juiz.

### **3.3 As Garantias do Réu no Cenário Jurídico Nacional**

As garantias processuais que abarcam o réu possuem origem Constitucional, e existem para que ao indivíduo processado não se proceda com excesso, violando-se garantias e direitos positivados.

Hodiernamente, no cenário jurídico brasileiro as garantias processuais vigem de forma mitigada, haja vista o surgimento de novas necessidades que juntamente ao ordenamento, exprimem cada vez mais um tom imperativo de satisfação.

Leciona Capez (2018) que as garantias processuais devem ser observadas durante toda a prestação jurisdicional, e que ao réu, conservam-se seus direitos de forma total, por tanto qualquer objetivo que se busque com a pretensão punitiva há de se cumprir apenas quando ultimada a persecução penal.

Como defende Lopes Júnior (2017), o objeto da norma processual é sempre a pretensão acusatória. Não há em relação ao réu, um ‘credor’ que seja titular de uma pena que virá inequivocamente, na trama processual penal os objetivos jurídicos estão bipartidos: a atuação do Ministério Público se deflagra para cumprir a pretensão acusatória, a participação do Estado-juiz se dá para exercer o poder de punir, no sucesso da acusação.

O curso do processo penal é uma relação que se desenrola entre Estado e infrator, a própria dinâmica processual determina isto. A este respeito Capez (2018) ensina que, o *parquet* está dirigido por princípios informadores da Ação Penal, conhecidos como principio da obrigatoriedade e oficiosidade. Respectivamente, o Ministério Público deve agir sempre

que presente os requisitos para a sua atuação, estando sempre obrigado a propor a ação nestes casos, o ente ministerial age sempre de ofício, não será necessária a sua provocação para que atue.

O detentor do poder punitivo e da norma que o compõe é o Estado. Por tanto, a conduta do infrator viola a segurança jurídica normativa estatal (da qual o próprio Estado é titular), o que o torna alvo da ação punitiva. Nesta seara, a participação do ofendido no processo é secundária, pois não haverá processualmente para a vítima a impulsão legal que há para o Ministério Público. (LOPES JUNIOR, 2017).

Nesta esteira, no atual processo penal brasileiro, verifica-se que o réu começa a ostentar garantias processuais insuficientes. O mesmo Estado ‘algoz’ garante o sustento dos direitos do infrator, ocorre que esta garantia abarca as ações excessivas do próprio Estado, e para além delas, existem as pretensões de terceiros que se fundem a relação processual e turvam os ditames Constitucionais.

Atualmente, as manifestações sociais trazem a relação processual uma necessidade ficta de que há para a sociedade um direito de ver o réu processado e julgado (e sempre ser julgado culpado), pois o corpo social sofre com a vítima um abalo social na segurança de seus bens jurídicos.

Em suas letras, Capez (2018) elucida que as garantias processuais ostentadas pelo acusado lhe permitem exercer direitos no curso da relação processual, manifestar-se sobre o fato que lhe foi imputado, defender-se por si mesmo ou com o auxílio técnico do advogado, utilizar de todos os fatos que puder para mostrar sua inocência, e outros positivados. Ocorre que estas garantias são exercitadas numa relação onde está presente a manifestação estatal, individualizada nas condutas do *parquet* e do Estado-juiz.

A problemática das garantias do infrator cinge-se ao questionamento do que se pode fazer para assegurar os direitos do acusado quando o julgamento social já se ultimou, e o corpo-social condenou o acusado a todos os estigmas que cabem ao indivíduo mal quisto por ser visto como criminoso.

Embora a relação punitiva entre o delincente e o Estado ocorra no meio jurídico, a participação da sociedade no processo torna-se cada vez mais aparente. A este respeito, Magalhães e Guimarães (2017, p. 7), informa que a insegurança dos indivíduos em meio ao convívio social vai exigindo do poder punitivo estatal um desempenho maior, mais acelerado e eficaz. Esta reivindicação tem vindo a denotar uma evidente determinação no sentido de se obter uma justiça penal dura, rígida e modelar.

Seguindo estes argumentos, Magalhães e Guimarães (2017, p. 7) continua a dizer que ao se atingir uma justiça punitiva mais rígida e voltada a ouvir os reclamos sociais, esta tendência essencialmente punitiva e securitária restringe necessariamente as garantias dos infratores, que também são cidadãos.

Como bem ensina Lopes Junior (2017), o encargo que detém o Estado de administrar de forma eficaz a justiça penal prende-se, do ponto de vista material, com a questão das garantias constitucionais do réu. Neste domínio, existem pretensões de celeridade, de eficácia e de infalibilidade que acabam por ser concretizadas à custa do sacrifício de garantias de defesa do arguido.

Sabendo-se que o equívoco mor da interpretação do processo penal é perpetrar o entendimento de Binding, a atuação do *parquet* nacional acaba por colocar em xeque as garantias Constitucionais que fazem parte do patrimônio jurídico de qualquer cidadão, e, embora a perda paulatina de direitos faça parte do desenrolar da trama processual, quando se verifica que a constante pressão externa que desponta do corpo social, recai sobre o processo como a materialização de uma cobrança de um grupo que também fora vulnerado, a visão de que ‘o Ministério Público é credor da pena’ se concretiza, e isto acontece em desfavor dos direitos do acusado.

Havendo um marcante lastro Constitucional nas garantias processuais do infrator, há de se ponderar que uma das consequências imediatas da adoção de posturas securitárias e visivelmente punitivas (bem sabemos que em nome do alegado bem comum, da paz social e do bem-estar societário) é o inevitável abreviamento da distância entre o indivíduo enquanto sujeito do processo (que atua como sujeito passivo) e como objeto do processo (alvo onde recaem os mecanismos característicos do processo penal). Tal atitude tende a transformar o acusado em mero objeto do processo, em relação ao qual o Estado pode tudo, ou quase tudo para descobrir a verdade e para punir. (MAGALHÃES; GUIMARÃES, 2017, p. 11).

## **4 A SANÇÃO PENAL E SUA EFICÁCIA SÓCIO-JURÍDICA**

A conclusão da relação processual que se inicia entre Estado e infrator quando do cometimento da conduta delituosa, desagua na aplicação da sanção penal abstratamente prevista na norma. Por evidente, o ato de sancionar se tornará possível na medida em que houver para o acusado a comprovação de sua culpa, que será verificada no sucesso da pretensão acusatória.

O Código Penal Brasileiro, precisamente em seu Art. 32, contempla as seguintes espécies de pena: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas de multa. Cada espécie tem campo de atuação regrado conforme a gravidade da ofensa cometida.

Hodiernamente, segundo Machado Júnior e Costa (2019, p. 223), a retribuição penal no Brasil consiste em sua maioria na aplicação das penas privativas de liberdade, restando as outras duas espécies uma atuação secundária e privilegiada, haja vista possuírem um âmbito de aplicação direcionado a criminosos de maior capacidade aquisitiva.

Embora a relação jurídica que se forma entre infrator e Estado se finde na aplicação da pena (quando se comprova a culpa do réu), os efeitos da persecução penal se protraem para além do processo. Desta maneira, a eficácia social e jurídica do ato sancionatório é analisada na medida em que promove a justiça social em que o acusado redime-se perante a sociedade no cumprimento de sua pena, e quando juridicamente se satisfaz o interesse do maior vulnerado na ocorrência do crime, qual seja, o Estado.

### **4.1 Um Substituto no Modelo Processual de Binding**

A constatação de Lopes Júnior (2017) sobre a modelo de Binding que persiste no cenário jurídico brasileiro do direito processual penal expõe um ideal de relação creditória que é na verdade inadequado e juridicamente inexistente.

Como já se tratou acima, não é objeto do processo penal a pretensão punitiva onde existe a certeza da condenação do acusado, do contrário, o objeto da norma processual é uma pretensão acusatória que se desdobra na faculdade do Ministério Público de proceder contra alguém invocando a tutela jurisdicional.

Equivocadamente, o entendimento de que há para o *parquet* uma ‘vocação’ creditória no tocante a sua participação na relação processual, perpetrou-se no meio penal brasileiro. Isto posto, salienta Lopes Júnior (2017) que a imposição das sanções penais depende diretamente do sucesso acusatório. Isto porque o desenrolar da trama processual impende a participação ativa de duas figuras, a figura do acusador e a figura do julgador.

Modernamente, a participação creditória do ente ministerial aliou-se a outra figura que passa a reclamar um ‘direito’ de ver a relação processual penal resolvida, qual seja, a sociedade. Nas afirmações de Giacomoli e Andrade (2017, p. 4), verifica-se como razão provável para essa insurreição o sentimento de que ao longo dos tempos o processo penal tradicional e seus mecanismos característicos, e ainda, o encarceramento dos considerados criminosos não têm servido de solução ao problema da criminalidade, deixando, ao mesmo tempo, de promover qualquer tipo de ressocialização e de satisfação às necessidades da vítima.

Esta constatação atual tornou-se forte argumento de ‘barganha social’ para que as autoridades processantes acolham o clamor social pela justiça. Evidentemente, o advento da tecnologia promoveu o acesso facilitado a informação, e com este acesso, parcela grande da sociedade toma conhecimento diário de inúmeros ocorridos.

Seguem Giacomoli e Andrade (2017, p. 12) afirmando que existe um sentimento geral na população de que há impunidade em nosso país, isto porque vê-se que grande parte da população brada contra a impunidade, colocando a culpa no excesso de garantias proporcionado pelo Código de Processo Penal, que diga-se de passagem é uma ‘letra muito antiga’. No entanto, a problemática da impunidade não reside no Código de Processo Penal nem no Código Penal. Essa crise do sistema, em realidade, possui dimensões estruturais, funcionais e individuais.

Desta sorte, a população em geral está imersa em um sentimento de insegurança e revolta, demandando o recrudescimento do Direito Penal e Processual Penal. E isto se dá em decorrência da visão essencialmente ‘periculosa’ que emana de nosso seio social.

Essa sensação de um público temeroso e ressentido impacta fortemente o estilo e conteúdo das políticas públicas. Traz-se a tona uma dramatização do delito. Nesta esteira, o público não possui mais aquela imagem do Estado do Bem-Estar Social de que o delinquente seria um ser necessitado e desfavorecido que necessita de ajuda para ser socialmente reinserido. (LOPES JÚNIOR, 2017).

Hoje, as figuras que surgem com a nova legislação são de delinquentes como jovens não governáveis, depredadores perigosos e marginais de carreira, não corrigíveis. Seguindo

essas imagens e respondendo a elas, o atual discurso da política criminal invoca um público cheio de ira, cansado de conviver com o medo, exigente de medidas fortes de castigo e proteção. O sentimento da população é de ‘nojo coletivo’, com uma exigência moral de retribuição no lugar da busca por uma solução justa de caráter. (STRECK, 2011).

Conforme afirmam Giacomoli e Andrade (2017, p. 8), este quadro vicioso é fomentado pela mídia, que vem a potencializar a sensação de insegurança com dramatizações ao redor de notícias criminais, bem como formar a opinião pública no sentido de se exigir segurança por meio da ampliação do Direito Penal, fato que facilmente se comprova ligando-se a televisão ou o rádio para abrir os jornais percebendo que o principal tema do dia será sempre a violência e o crime.

Com isto, o clamor que desponta da sociedade ganhou força no meio jurídico para que decisões sejam tomadas em prol de um novo sujeito processual que sequer tem relação com os fatos ocorridos. De forma pontual, Estefam (2012) aponta como fontes do Direito Penal as fontes formais (ou imediatas) que são: a Constituição e seus princípios, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus princípios, a legislação escrita e seus princípios e o Direito Internacional não relacionado com os direitos humanos e seus princípios, a fonte formal (ou imediata) do Direito penal incriminador (que cria ou amplia o *ius puniendi*) é exclusivamente a lei. Os costumes, nesse contexto, são fontes informais do Direito penal. A doutrina e a jurisprudência, por último, configuram fontes formais mediatas. A fonte material única e exclusiva, isto porque há um único permissivo Constitucional neste sentido (o Art. 22 da CR/88), é o Estado.

De igual forma, define precisamente Capez (2018) que as fontes do Direito Processual Penal são as fontes de produção (material) e de cognição (formal), e como fonte material tem-se o Estado, que é Constitucionalmente (Art. 22, I da CR/88) autorizado a legislar sobre a matéria, e como fonte formal percebe-se a lei, os costumes e a jurisprudência.

Traçados os paradigmas que originam as normas materiais e processuais, é lícito dizer que em nenhuma destas modalidades de normas asseverou-se o ‘clamor social’ como fonte jurídica. Dito isto, e na chancela de Streck (2011), considera-se que quando há pronuncia judicial que favoreça uma demanda que não existe na relação processual penal, está a se perpetuar um comportamento ‘justicialista’ e punitivo que não encontra guarida nos princípios basilares da república.

Embora na gênese jurídica das normas processuais exista os costumes como fonte comum para as duas categorias, é necessário lembrar que não são todos os tipos de costumes que se tornam fontes do Direito. A valoração do fato ocorrido é essencial para que o

comportamento em análise seja categorizado como relevante ao mundo jurídico. Sem esta valoração, estar-se-ia a permitir que qualquer fato se tornasse relevante ao mundo normativo, e nele influísse diretamente. Os costumes que originam a norma são aqueles que trazem a realidade do Direito um significado tão importante, que necessitam serem escritos, seja para que se tornem um proibitivo positivado ou mesmo uma norma que necessite de outra para que seja entendida e complementada. Fato é que, os costumes que originam normas são juridicamente valorados, e não considerados ao bel prazer. (STRECK, 2011).

Na seara penal, mormente fala-se que os costumes que originaram normas são aqueles que foram nocivos a coletividade. Lembra-se ainda que conforme seu grau de nocividade originaram normas diferentes. Tenha-se como exemplo a popular ‘vias de fato’ e o crime de lesão corporal. A primeira modalidade, quando configurada segundo seu grau menoscabado de importância, torna o incauto um enquadrado no Art. 21 do Decreto Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais). A segunda modalidade, quando se configura, torna o indivíduo um infrator do Art. 129 do Código Penal Brasileiro. A diferença mor entre os dois fatos é o enquadramento legal propiciado segundo a gravidade moral e jurídica entre os ocorridos.

Embora materialmente falando as infrações em comento apresentem resultados semelhantes no mundo real, a contravenção de ‘vias de fato’ é menos grave porque o esforço despendido pelo agressor é mínimo e não ofende de forma severa a honra e o patrimônio jurídico da vítima. Esta constatação é possível porque a manifestação da ira e da insatisfação humana, que por vezes materializa atos violentos, foi valorada juridicamente e entendida como nociva, e assim fora positivada como um proibitivo, o que mostra a necessidade de categorização jurídica dos fenômenos sociais para que eles se tornem motivos das pronúncias judiciais e de autoridades do meio. (STRECK, 2011).

Em assim sendo, embora veja-se o esforço dos juristas para aplacar o posicionamento ‘creditório’ do *parquet*, a sociedade se insurge como um terceiro interessado para reclamar uma satisfação que não possui base jurídica, e que macula as garantias constitucionalmente asseguradas ao acusado.

Nas ideias de Streck (2011), o ‘clamor social’ é um fenômeno que sorrateiramente se levanta para se tornar uma nova fonte do Direito Penal, compreendido aqui em seus âmbitos material e processual, porém uma fonte teratológica que compreende em suas origens fatos e comportamentos sem o devido filtro jurídico, o que promove o surgimento de decisões e atos de autoridades completamente voltados ao autoritarismo puro e ao positivismo exacerbado, que diga-se de passagem fora superado nas sociedades democráticas modernas pelo movimento da Constitucionalização do Direito.

## 4.2 Implicações Sociais do Ato Sancionatório

O término da relação processual penal, quando se comprova a culpa do acusado, reside nas penas. A aplicação da pena, por sua vez, depende da análise minuciosa dos elementos que estão ao redor do fato. Essa ordem lógica determina que fim terá o processo penal para o réu culpado de fato.

O poder de penar o acusado, é fruto de um direito assegurado constitucionalmente ao Estado, pois está em sua esfera jurídica a garantia do famigerado *jus puniendi*. No entanto, as sanções aplicadas geram efeitos para além do processo, a esfera jurídica do acusado é abalada de fato, mas também assim o é a sua esfera social, pois os efeitos morais exercidos pelo poder punitivo agregam-se ao julgamento que é feito no seio social, por aqueles que recebem o condenado em sua vida pós-cárcere.

Cuida-se aqui de analisar os efeitos provocados no indivíduo, quando da aplicação das penas restritivas de liberdade, medidas penais cumpridas nos institutos prisionais com lapso temporal medido segundo a gravidade do crime cometido.

Lopes Júnior (2017), quando procedeu ao estudo dos efeitos das PPL's, asseverou que a vida no cárcere provoca efeitos maléficos ao indivíduo, trazendo até o efeito de uma sentença perpetua à vida do egresso, impedindo o processo de ressocialização. Temos um ambiente no cárcere sem quaisquer condições para o desenvolvimento psíquico-social ou profissional do indivíduo, pois não há acompanhamento profissional adequado e nem programa efetivo de capacitação profissional.

De forma semelhante, Valente (2015) ao cotejar a necessidade de segurança pública e a garantia dos direitos fundamentais do acusado define que dentro do cárcere há uma deseducação da vida social e uma educação para a vida no cárcere, onde os indivíduos aprendem que sem violência é impossível sobreviver na prisão. Reside no comportamento humano uma ação natural de se adaptar.

A problematização que circunda o Direito Penal fora sempre uma discussão legal, normativa. No entanto, a fenomenologia que desborda do Direito Penal está para além de diplomas legais, o fenômeno do crime em seu âmbito social provoca discussões filosóficas e sociológicas que a Filosofia e a Sociologia do Direito entendem necessárias para a compreensão total do Direito Repressivo. (STRECK, 2011).

É necessário trazer a baila o entendimento sociológico do crime. A anomia que é descrita por Émile Durkheim, é o que representa o comportamento criminoso em meio ao comportamento social normal. O sociólogo francês trouxe a tona o ‘comportamento desviante’, uma espécie de comportamento que extrapola uma linha imaginária que é o limite do agir normal em sociedade. A este respeito, Achutti (2016) asseverou que ao se analisar o padrão comportamental considerado normal no meio social, é perceptível que o crime como fenômeno realizado no seio social, ultrapassa a ‘curva da normalidade’, e a análise feita pelos demais integrantes do corpo social é que quanto mais distante do limite normal está o comportamento nocivo, mais longe do normal está o seu autor. Isto, surte efeito na relação penal de modo a provocar a percepção de que a gravidade do ato cometido pode tirar para sempre aquele indivíduo do corpo social, posto que a sua anormalidade não lhe permitiria mais viver no meio comum.

Procedendo ao entendimento do que propicia o encarceramento, Orlanda (2018) mostra que o preso está submerso em um meio completamente artificial, introduzido em uma sociedade com valores que nada têm a ver com os da vida em liberdade e que parece uma escola de crianças grandes bastante complicadas, e esta seara, a prisão se torna numa fábrica de delinquentes, pois a pena privativa de liberdade não oferece nenhum tipo de possibilidade de melhora, seja no desenvolvimento humano ou laboral.

Segue Orlanda (2018) evidenciando que a persistência de uma justiça penal de ideal punitivista, no cenário jurídico brasileiro, acaba por priorizar no deflagrar da persecução penal não os crimes cometidos, mas sim, a possibilidade dos crimes que poderão futuramente acontecer, isso sem se caracterizar questão de ordem pública.

As demandas relacionadas a segurança pública oriundas do seio social emergem exigindo valores jurídicos rotos, de certo que não se esperam demandas pautadas na ciência jurídica, haja visto que a força motriz de tais demandas é o próprio convívio social, que ao passar do tempo tornou-se inseguro de fato, porém, não se pode permitir que as normas penais novas nasçam de um sentimento de vingança privada.

Quando da elaboração de um projeto de lei de 2015, da autoria do então Deputado Giovani Cherini (PDT-RS), que visava alterar o Código Penal Brasileiro em sua parte que dispõe sobre os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade, especificamente voltado a extinguir o regime semiaberto, houveram críticas a supressão desta modalidade de cumprimento, dentre elas, de forma didática verifica-se num trecho de uma resposta escrita pelo Juiz Luiz Carlos Valois do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM):

Por óbvio, há críticas a serem feitas ao regime semiaberto, a maioria delas igualmente aplicáveis ao regime fechado, muitas dessas críticas expostas no trabalho acima citado, mas o regime semiaberto ainda causa muito menos reincidência do que o próprio regime fechado, é motivo de esperança do preso com penas longas, estimulador de bom comportamento e elemento que traz o mínimo de dignidade para a execução penal no Brasil, visto que o comum são prisões superlotadas, com doenças, mortes, violadoras da própria lei que disciplina a sanção penal.

Isto posto, verifica-se que a utilização das demandas sociais concernentes a segurança pública devem ter um diapasão jurídico, sob pena de violar o sistema normativo vigente e vulnerar a dignidade da pessoa humana como princípio basilar desta República.

Tratando-se do término da pena, como ensina Orlanda (2018) restará para o condenado a devolução à sociedade de um indivíduo ‘rotulado’, sem qualificação, sem acompanhamento social e sem perspectiva, com grandes indícios de não encontrar uma ocupação lícita, fazendo-o se tornar um reincidente em potencial. Percebe-se que quanto maior a pena, maior a probabilidade de reincidência, pois quanto mais tempo o indivíduo passar dentro do cárcere mais laços ele atará com os demais prisioneiros e maior será a sua ‘qualificação’ para o mercado do crime.

Segundo Achutti (2016), no presídio há uma morte do eu, o reflexo dos efeitos do cárcere, nada mais que a morte da individualidade de cada um. Sendo assim, pode-se dizer que ao ingressarem no cárcere, submergem-se a águas de uma nova vida e saem como um novo ser, porém sem sua identidade inicial e sim pertencente a uma nova família que outrora integrou no ambiente carcerário.

## 5 CONCLUSÃO

A evolução das interações sociais provocou uma nova e intrincada rede comportamental. Desde os primórdios das sociedades os comportamentos nocivos eram combatidos, segundo os costumes e vivência de cada época.

Até que se atingisse o nível de organização social de que se desfruta hoje, os períodos históricos relatam épocas negras em relação aos modelos sancionatórios e suas implicações que ultrapassavam inclusive a pessoa do condenado.

Os períodos anteriores suportados serviram para mostrar as sociedades contemporâneas o quão prejudicial eram as penas de outrora, e que embora o acusado esteja no centro da relação processual penal como um ‘ator principal’, ele ainda ostenta direitos e garantias fundamentais que devem ser respeitados, pois as implicações penais são opostas ao final do processo.

Não obstante isto, a atual concepção do Direito Penal Brasileiro promove um entendimento que não se coaduna aos ideais de justiça penal, promovidos por outras sociedades do globo.

Nesta mesma esteira, as demandas sociais relacionadas a segurança pública no Brasil, criam situações fáticas que também destoam daquelas que se verificam no restante do mundo. Porém, busca-se entender de onde se origina de fato essa mudança no cenário sócio-jurídico brasileiro. Quem é responsável pelos ideais que se propagam em nosso meio? As autoridades públicas? Ou a próprio corpo social?

Ainda que se encontre o real autor de tais mudanças, o que é na realidade uma preocupação subsidiária e que não deve ser posta em grau de importância, os abalos provocados surtem efeitos no campo jurídico após serem recepcionados do meio social, e a ele são extremamente nocivos. Esta constatação se dá pelo fato de que do seio social despontam demandas que são valoradas e corrigidas no campo jurídico. O fluxo contrário é pernicioso, pois aquilo que desborda do meio jurídico, contém preceitos da ciência jurídica que para o meio são comuns e de fácil assimilação, porém quando ‘caem’ no meio social podem proporcionar dúvidas e gerar conflitos sem razão existencial.

Dito isto, constata-se de forma clara a dualidade liberdade x segurança pública como exemplo daquilo que se afirma anteriormente. Conflitos como este, provocam na pretensão

punitiva, modificações paradigmáticas severas e que lhe tornam um objeto de vingança e não de promoção da pacificação e justiça social.

A justiça penal brasileira hodierna enfrenta crises ideológicas para além do campo jurídico. Prega-se a ineficácia do sistema penal vigente sob o argumento de que este se encontra ultrapassado e não comporta mais as situações contemporâneas em suas normas. Fazer valia deste modo de pensar, é ignorar as demais fontes do Direito Penal em seus âmbitos material e processual.

Hodiernamente, outros elementos que são estranhos à concepção jus-filosófica do Direito Penal Brasileiro se insurgem para lhe provocar mudanças. O ‘clamor social’ é dos exemplos o mais visível e atual de todos. Este fenômeno oriundo do seio social, promove a concepção de um ordenamento com preceitos que satisfazem a sociedade, porém, não promovem o cumprimento dos padrões constitucionais para a justiça social.

O entendimento da formação da pretensão punitiva nos cenários social e jurídico no Brasil permite avaliar e compreender os padrões atuais do Direito Penal Brasileiro, sem evidentemente, desligar-se do passado histórico que também contribuiu para a estruturação do modelo penal atual.

Os argumentos expostos neste trabalho não traçam de forma definitiva o modo que se apresenta o atual Direito Penal Brasileiro, longe disto pois o Direito muda acompanhando a evolução social que está em constante metamorfose, porém propicia um entendimento inicial para que se possa avaliar como podem ser estruturados os preceitos que se aplicam quando da formação da persecução penal.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-472-0897-4

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto 847/1890 de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848/1940 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto 3.688/1941 de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 18 abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 987-85-472-2282-6.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1045-1

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-10791-5

GIACOMOLLI, José Nereu; ANDRADE, Roberta Lofrano. A justiça restaurativa como substituta do Processo Penal tradicional, **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**, Vol. 9, Nº 17, Janeiro – Abril, 2017. ISSN: 2179-507X Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11349>. Acesso em: 10 maio 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1398-5

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos Do Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 9788547231644

MACHADO JÚNIOR, Elisio Augusto de Souza; COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. A racionalidade da Dogmática-Penal e sua função como estrutura normativa garantidora de liberdades: uma abordagem sistêmica do Direito Penal. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Vol. 41, Nº 82, p. 221-241, Agosto, 2019. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2019v41n82p22>. Acesso em: 12 dez 2019.

MAGALHÃES, Maria Manuela; GUIMARÃES, Ana Paula. Mudanças e andanças em nome do combate a criminalidade e da defesa da sociedade. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Vol. 117, Dezembro, 2018. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/8070>. Acesso em: 12 dez 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5462-8.

ORLANDA, Maria Soares de Souza. **Os efeitos da prisionização e a ressocialização**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10800/Os-efeitos-da-prisionizacao-e-a-ressocializacao>. Acesso em: 04 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: Gilson Bonato (Org.). **Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 445. ISBN 9788537509975.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Processo Penal, Segurança e Liberdade: uma provocação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Vol. 1, Nº 1, p. 105-120, 2015. ISSN 2525-510X. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>. Acesso em: 16 dez 2019.

