

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

RODRIGO MARCON SANTANA

**A LEGITIMIDADE DA PUNIÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

SÃO LEOPOLDO

2012

RODRIGO MARCON SANTANA

**A LEGITIMIDADE DA PUNIÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Orientador: Vicente de Paulo Barretto

SÃO LEOPOLDO

2012

S232L Santana, Rodrigo Marcon
A legitimidade da punição e os direitos humanos no Estado Democrático de
Direito / por Rodrigo Marcon Santana. -- São Leopoldo, 2012.

130 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de
Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

Orientação: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, Ciências Jurídicas.

1.Direito penal. 2.Pena (Direito). 3.Pena (Direito) – Legitimidade (Direito).
4.Direitos humanos. 5.Estado Democrático de Direito. 6.Direito natural. I.Barretto,
Vicente de Paulo. II.Título.

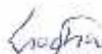
CDU 343
343.8
342.7

Catálogo na publicação:
Bibliotecária Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A Legitimidade da Punição e os Direitos Humanos no Estado Democrático de Direito**", elaborada pelo mestrando **Rodrigo Marcon Santana**, foi julgada adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 15 de março de 2012.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

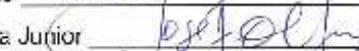
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

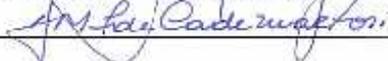
Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto



Membro: Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior



Membro: Dra. Daniela Cademartori



AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, por sua formidável capacidade de transmitir o conhecimento de maneira clara, mesmo nas questões mais complexas, sem perder o bom humor.

A Adelino Marcon pelas conversas diárias que estão permitindo a aplicação do mundo das ideias no mundo real, árdua e habitual tarefa do advogado.

Também registro minha gratidão à equipe do escritório pelo espírito de união, que possibilitou o término deste trabalho.

Para Camila. Ela sabe por quê.

No fundo da prática científica existe um discurso que diz: “nem tudo é verdadeiro; mas em todo o lugar e a todo momento existe uma verdade a ser dita e a ser vista, uma verdade talvez adormecida, mas que no entanto está somente à espera de nosso olhar para aparecer, à espera de nossa mão para ser desvelada. A nós cabe achar a boa perspectiva, o ângulo correto, os instrumentos necessários, pois de qualquer maneira ela está presente aqui e em todo lugar”.

Michel Foucault, *Microfísica do poder*

RESUMO

O objetivo deste estudo é justificar a legitimidade da punição pelo Estado, a luz dos direitos humanos, no Estado Democrático de Direito. Embora sejam inegáveis os avanços proporcionados pelo tipo de organização social da modernidade, no campo da punição há um forte debate em relação a sua legitimidade, causada por incompreensão histórica da questão e insuficiente ou deficiente justificação teórica. Para tanto, será necessário promover um resgate histórico dos fundamentos da punição desde Aristóteles até o Iluminismo. Depois, será demonstrado que a partir das revoluções liberais, a dogmática do direito penal, fundamentada no iluminismo Europeu e fortemente afetada pelas propostas de reforma do modelo de punição, trilha caminhos absolutamente distintos para tentar responder a questão da legitimidade da punição, produzindo discursos contraditórios que vão da legitimação máxima até a completa ausência de legitimidade para a punição. Destas contradições surge a necessidade de resgatar o pensamento kantiano sobre a ideia do Estado e do direito. A alta complexidade da sociedade contemporânea necessita de uma justificativa legítima e filosófica mais ampla para a punição. A ideia de Estado no pensamento kantiano passa pelo princípio moral de liberdade e não como um contrato social histórico. O direito concebido por Kant impõe uma obrigação moral que restringe a liberdade, reconhecendo que no convívio coletivo a liberdade está limitada pela liberdade do outro. A função do direito é de possibilitar a coexistência de diversos arbítrios. Kant considera o crime como sendo um abuso da liberdade individual que enseja a legítima punição, porque a ação delituosa contra o outro impede a coexistência pacífica das autonomias morais.

Palavras-chave: Punição. Legitimidade. Estado Democrático de Direito. Autonomia moral. Direitos humanos e dignidade humana.

ABSTRACT

The objective of this study is to justify the legitimacy of punishment by the State, under the light of human rights, in the Democratic Law State. However the advances proportioned by the kind of social organization of modern age are undeniable, in the field of punishment there is a strong debate related to its legitimacy, caused by a historical incomprehension of the subject, and there is insufficient historical justification. For that, it will be necessary to promote a historical rescue of the fundamentals of punishment since Aristotle until the Enlightenment. After that, it will be shown that starting in the liberal revolutions, the dogmatic of Criminal Law, based in the European Enlightenment and strongly affected by the proposes of reform of the punishment model, goes through absolutely distinct ways to try to answer the punishment legitimacy subject, producing contradictory discourses which go from the maximum legitimacy until its complete absence. From these contradictions it rises the necessity to rescue the Kantian thought about the idea of the State and Law. The high complexity of the contemporary society needs of a wider, legitimate and philosophical justification to punishment. The idea of State in the Kantian thought goes through the moral principle of freedom and not as a social historical contract. The Law conceived by Kant imposes a moral obligation which restricts freedom, recognizing that in the collective living and freedom is limited by the other's freedom. The function of the Law is to enable the coexistence of diverse will. Kant considers the crime as being an abuse of the individual freedom which give rise the legitimate punishment, because the criminal action against the other avoids the pacific coexistence of the moral autonomy.

Keywords: Punishment, legitimacy, Law Democratic State, General autonomy, Human Rights and human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS DA PUNIÇÃO.....	12
2.1 O Direito Natural Antigo: a Proposta Aristotélica de Punição.....	12
2.2 O Direito Natural Medieval: Aspectos Agostinianos e Tomistas da Punição	17
2.3 A Igreja e a Inquisição	20
2.4 Iluminismo: do Direito Natural aos Direitos Humanos	21
2.5 O Direito Natural Contratual Absoluto Hobbesiano e a Punição.....	23
2.6 O Direito Natural Contratual Liberal e a Punição.....	27
2.7 O Direito Natural Contratual Democrático e a Punição.....	30
2.8 Iluminismo e a Reforma do Modelo de Punição de Beccaria	33
2.9 Iluminismo: Direito Positivo <i>Versus</i> Direito Natural	37
2.10 Século XX: o Ressurgimento do Direito Natural e a Consagração dos Direitos Humanos.....	43
3 LEGITIMIDADE DA PUNIÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL	47
3.1 O Direito Penal dos Séculos XVIII ao XX e as Escolas Penais.....	47
3.2 Teorias da Pena.....	52
3.3 Teorias Absolutas Ou Retribucionistas da Pena	53
3.4 Teorias Relativas da Pena	66
3.5 Teoria Relativa. Prevenção Geral Negativa da Pena	66
3.6 Teoria Relativa. Prevenção Geral Positiva da Pena.....	70
3.7 Teoria Relativa. Prevenção Especial da Pena	74
3.8 Teorias Unitárias (Ecléticas) ou Mistas da Pena. O Modelo Dialético Unificador de Roxin	77
3.9 Teoria Unitária. Modelo de Direito Penal Mínimo de Ferrajoli	81
3.10 Teorias Deslegitimadoras da Pena. O Abolicionismo e o Minimalismo Radical.....	84
4 DO DIREITO E DO DEVER DE PUNIR DO ESTADO	87
4.1 A Liberdade no Pensamento Kantiano.....	87
4.2 O Direito e a Moral no Pensamento Kantiano.....	92
4.3 A Doutrina Penal Kantiana Não É Imutável	98
4.4 O Não de Kant para as Teorias Relativas da Pena.....	101
4.5 Do Direito e do Dever de Punir do Estado	103
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

A proposta desta dissertação nasceu de uma reflexão iniciada nas aulas do mestrado do Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto. Ele falava da ausência de um discurso que legitimasse a atuação do Estado na questão da punição, das divergências radicais que o discurso jurídico contemporâneo vêm produzindo, especialmente em relação à preocupação moderna de inclinar-se mais sobre os fins da pena do que sobre a sua questão central e matricial, que envolve a natureza ética da punição.

A preocupação de Vicente Barretto também se manifestava no fato de que o direito penal deveria ser o campo mais propício para o desenvolvimento desta discussão acerca da legitimidade da punição. No entanto, as assertivas antagônicas que se produziram ao longo da história (como o abolicionismo *versus* lei e ordem) acabaram por distanciar a sociedade de uma discussão séria e ampla sobre a filosofia da punição ou de uma cultura da punição.

De todo modo, atualmente é consenso que a pena de prisão está em crise no mundo todo. O momento é muito diferente daquele vivido no século XIX, quando a prisão se converteu na principal resposta do Estado frente à criminalidade, notadamente porque a crença inabalável na possibilidade de recuperação/reforma do agente imperava. A experiência que sobreveio de impossibilidade – absoluta ou relativa - de recuperação passou a ser o principal alvo de crítica.

Parte substancial desta crise reside no fato de que as tradicionais teorias da pena desenvolvidas pelo direito penal, pelo menos para aquelas que pretendem legitimar a punição, direcionam seus esforços para estabelecer os critérios de utilidade da pena. As teorias legitimadoras do sistema penal são compostas pelas teorias absolutas, que sustentam que a pena tem a função exclusiva de retribuição, seja de natureza jurídica ou moral. Pelas teorias relativas ou neo-retribucionista, a pena tem função de prevenção geral, negativa ou positiva e prevenção especial. Por fim, as teorias unitárias ou mistas da pena pretendem dar à pena um sentido de justiça e utilidade.

Principal expoente da teoria da retribuição, e muito embora seja considerado um iluminista, Kant não se deixa contaminar pela corrente utilitária que domina a Europa. O alemão considera que o réu deve ser castigado pela única razão de ter cometido crime, ou seja, não há nenhum tipo de elaboração ou preocupação em considerar aspectos utilitários da pena, tanto para aquele que cometeu o delito, quanto para a sociedade. Kant, portanto, nega

qualquer tipo de função preventiva – especial ou geral – da pena. A legitimidade de impor uma pena para a teoria absoluta está fundada na ideia de realizar a justiça.

O movimento iluminista postula a reforma do modelo de punição, tendo em Beccaria e Bentham seus maiores ícones. O movimento humanitário, uma resposta aos suplícios vigentes no início da era moderna, que foram expostos exemplarmente por Michel Foucault, trouxe novos fundamentos à pena, que se inclinaram mais para uma finalidade social do que individual. A partir deste momento, desenvolveram-se as teorias relativas da pena que se justificavam não sob o imperativo categórico da justiça absoluta, mas sim como meio ou instrumento útil e necessário de prevenção da criminalidade¹, daí que estas teorias não fundamentam a pena, mas lhe atribuem fins.

Exatamente na passagem da teoria absoluta para a teoria relativa é que se verifica a ruptura entre fundamentos e fins da punição. A dogmática do direito penal preferiu atribuir fins utilitários à pena, deixando de lado os critérios éticos desenvolvidos por Kant, que entendia a punição como um ato de coerção necessário para a realização da justiça.

A pena não deixa de ser entendida como um mal. Contudo, diferentemente da racionalidade retributiva, o mal é reconhecidamente necessário para manutenção da ordem social e de prevenção da criminalidade, ou seja, o objetivo da pena passa a ser de utilidade, no sentido de que não importa muito o passado, mas sim o futuro, que é a prevenção de delitos.

A legitimidade de impor uma pena para a teoria absoluta está fundada na ideia de realizar a justiça, enquanto que nas teorias relativas a finalidade é atender critérios empíricos e de utilidade para o futuro. Assim, o critério da prevenção geral surge como sendo aquele cuja ameaça, intimidação e advertência da pena tem o fim de provocar na sociedade uma sensação de desagrado, de tal forma que impeça a ocorrência de novos delitos. Já o critério da prevenção especial, incidente especificamente sobre o indivíduo que delinuiu, tem como função evitar que ele cometa novos crimes (neutralização) e de que seja ressocializado.

Depois, surgem as teorias unitárias ou mistas (ou ecléticas) da pena, dominantes no mundo do direito penal, que pretendem combinar as teorias anteriores (absolutas e relativas), buscando explicar o fenômeno da punição na complexidade e pluridimensionalidade que o problema se põe. Desde então, tornou-se opinião dominante porque, na afirmação de Mir Puig “entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.”²

¹ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 215.

² MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte generale**. 2ª ed. Barcelona: PPU, 1985. p. 46.

Em contrapartida, as teorias deslegitimadoras do sistema penal são compostas pela teoria do abolicionismo, que se orienta na premissa de abolição de todo o sistema de justiça criminal, ao argumento de que este sistema cria mais problemas do que os resolve, e pela teoria do minimalismo ou abolicionismo mediato, que propõe a máxima redução do sistema penal, que deve ser operada mediante sucessiva descriminalização de condutas onde a repressão do Estado seja inadequada, seja pelo seu custo social, ineficácia ou por haver outros meios de controle (direito civil, administrativo, entre outros).

O amplo desenvolvimento da teoria do delito (teoria causal e final da ação) ao longo dos séculos XIX e XX foi, sem dúvida, de grande relevância para a dogmática penal, no entanto, as interrogações quanto a legitimidade da punição continuam gerando grande debate acadêmico, especialmente após as constatações empíricas da criminologia crítica ou radical, que demonstraram a violência que o sistema de justiça criminal exerce de maneira seletiva sobre determinadas camadas sociais (especialmente na América Latina³). Isto foi, sem dúvida, determinante para colocar em evidência a crise da pena, inclusive sobre os aspectos ligados à sua legitimidade.

Pensar em direito penal significa, de alguma forma, pensar em violência⁴. A modernidade vem dizendo que o fenômeno da criminalidade é algo normal, que está ligado, de alguma maneira, à natureza humana. Durkheim sustenta que o crime é um fenômeno social normal, decorrente das frustrações dos contatos sociais e necessário ao funcionamento normal de todo o sistema social⁵, inclusive para efeito de propiciar transformações e evoluções sociais.

No pensamento kantiano as constituições democráticas são consideradas fontes morais do sistema político e jurídico e fundam os limites do arbítrio (do Estado) e da desigualdade, em oposição à perspectiva positivista, que separa o direito da moral. Esta é a principal contribuição de Kant para o Estado Democrático de Direito, ou seja, a complementação entre direito e moral⁶

Assim, a teoria clássica do direito e, por consequência, da teoria da pena, por não contemplarem a imbricação entre a moral e o direito, mostram-se insuficientes para responder aos problemas da sociedade multicultural, pluralista e democrática contemporânea. Daí que as

³ Para maiores informações sobre o tema ver ZAFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 73 e seguintes.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte Geral 1**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

⁵ DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 83.

⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 31.

teorias não conseguem dar conta da questão dos fundamentos e fins da pena porque partem de uma premissa estritamente dogmática (utilitária).

A proposta do trabalho é, então, demonstrar que a divisão entre direito e moral produzida pelo Iluminismo e consolidada pelo positivismo reduziu o campo de discussão sobre a legitimidade da punição à luz dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito. Isso porque a legitimidade da responsabilidade penal decorre de uma premissa moral que vai legitimar e justificar a intervenção penal. Nesta perspectiva, o Estado tem o dever de punir para poder educar para a moralidade, recuperando a dignidade perdida.

Os fundamentos filosóficos da dignidade humana transcendem as teorias jurídicas e das penas, justamente porque esta noção, amplamente desenvolvida por Kant, extrapola o próprio direito, pressupondo a ideia de liberdade e a questão da igualdade.

Pretende-se com esta dissertação analisar a evolução histórica da punição, com especial vinculação ao direito natural e aos direitos humanos. Depois, faremos uma descrição teórica de todas as teorias tradicionais envolvendo a questão da punição, passando pelas teorias retribucionistas, relativas, mistas e abolicionistas.

Ao final, será feita uma abordagem da punição na perspectiva dos direitos humanos, buscando a sustentação da legitimação da punição no Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva ética de Emmanuel Kant.

2 FUNDAMENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS DA PUNIÇÃO

2.1 O Direito Natural Antigo: a Proposta Aristotélica de Punição

A tese dominante é que o berço dos direitos humanos nasce com o triunfo das revoluções liberais inglesa, americana e francesa. No entanto, também não deixa de ser verdade que a modernidade se consolidou com a vitória das ideias liberais fundadas no indivíduo, com limite do poder estatal, livre mercado e liberdade civil. Ao Estado liberal foi inserida a ideia de direitos fundamentais ou de direito humanitário, pensamento que vinha e continua sendo lapidado desde a Grécia clássica com o nome de direito natural⁷.

O debate sobre o direito natural desde seu início até a atualidade tem gerado enorme polêmica, sendo que as suas várias vertentes são chamadas de jusnaturalismo, que representa o conjunto das justificativas desenvolvidas ao longo da história do direito para a sua existência⁸. O fundamento teórico dos direitos humanos está associado à ideia de natureza e direito natural, originária na Grécia clássica e, desde então, tem desempenhado um papel proeminente na ética, na política e no direito ocidental⁹.

Para os gregos o universo é uma ordem moral, pois cada ser animado e inanimado tem um papel a desempenhar para sua perfeição e conclusão. A descoberta da ideia de natureza pelos primeiros filósofos gregos representou uma tentativa de usar a razão contra o senso comum, a autoridade ancestral e os costumes. Sócrates e Platão, os sofistas e os estóicos exploraram o que é “correto segundo a razão”, a fim de combater poderes estabelecidos e o senso comum de suas épocas¹⁰.

Portanto, no pensamento antigo, o direito natural assume um aspecto cosmológico, voltado para a ordem natural das coisas, ou seja, para uma ordem que se descobre na própria natureza do mundo, que é absolutamente diferente das leis humanas, cuja descoberta pode ser feita através da observação racional do homem.

⁷ Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 37/38.

⁸ ENGELMANN, Wilson. Direito Natural. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 154.

⁹ DOUZINAS, Costas. Direitos Humanos. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. op. cit., p. 157.

O marco histórico sobre a existência de uma lei (ou norma) superior ditada pela natureza e que rege a conduta dos homens está na obra de Sófocles (**Antígona**)¹¹, onde a personagem da tragédia descumpra a ordem do rei Creonte, resgatando o corpo de seu irmão Polínice, morto em guerra e deixado propositadamente insepulto para ser devorado pelos urubus, contrariando a religião e o dever familiar. Trata-se, portanto, de um histórico combate entre a lei do Estado (direito positivo) e a ordem natural das coisas¹².

Para sustentar que o direito natural das coisas sobrepunha-se a ordem do rei (direito posto), Antígona fundamentou-se em Aristóteles, considerado o pai do direito natural, que disse ser válida a lei natural porque não depende de nenhuma aceitação individual, dada a sua natureza universal¹³. “A lei natural em Aristóteles é decorrência direta da razão humana e exclusiva do homem, que a experimenta autonomamente dentro de si”¹⁴. Não existe fundamento teológico e nem nas leis dos homens (que variam no tempo e no espaço), mas na própria natureza do homem que é invariável e universal, que pode ser pega pela experiência¹⁵.

Ost elaborou sua visão da peça do dramaturgo ateniense, dizendo que “a objeção da consciência que se vale apenas dela mesma, frágil e soberana força do eu que se opõe”¹⁶. Ou seja: depois de Creonte proibir um sepultamento digno a Polínice, coube a Antígona o empenho de usar suas próprias convicções, invocar leis não escritas e oriundas dos deuses, para combater o direito posto por Creonte¹⁷.

O fato narrado acima, para Ost, significa verdadeiro princípio da dignidade humana:

Mas quando, desconfiando de toda a mediação oficial, o sujeito refere-se, em “sua alma e consciência”, a ideais transcendentais aos quais parece ter livre acesso – invocando, ontem, “as leis não escritas dos deuses”, hoje, a irrecusável dignidade da pessoa humana – o direito estabelecido (“positivo”), suas normas, seus procedimentos e suas instituições, vêm-se em posição incômoda, como que paralisados por esse curto circuito entre o demasiado íntimo do foro interno e o demasiado sublime do ideal. Esta será, muito precisamente, a posição de Creonte, solidamente apoiado nas contingências do político e nas certezas da lei positiva,

¹⁰ Ibid., p. 157.

¹¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

¹² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. op. cit., p. 135.

¹³ Ibid., p. 135.

¹⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos fundamentais. In: Martins, Mendes e Nascimento, Ives Gandra da Silva, Gilmar Ferreira e Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 259.

¹⁵ Ibid., p. 259.

¹⁶ OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 173.

¹⁷ NETO, Alfredo Copetti. **Aportes filosóficos à compreensão do princípio da dignidade humana: os (des) caminhos do direito constitucional**. Dissertação de Mestrado. Unisinos, 2006. p. 32.

frente à intratável Antígona que, num único vôo, pretende alcançar os cimos de uma justiça irrestrita¹⁸.

Para Hegel a peça trágica **Antígona**, de Sófocles, deixou evidente as pressões sociais da sociedade grega, cujo efeito foi romper com o fundamento unitário, apegado a um estilo comunitário de totalidade, já que a tragédia traz à tona as “contradições internas da vida daquela sociedade, a qual, por sua vez, não dispunha de recursos intelectuais adequados para a compreensão da individualidade e da subjetividade, para propulsionar um espaço jurídico capaz de, dialeticamente, relacionar-se com a ideia de desobediência civil”¹⁹.

A dialética entre mito e razão ganhou força no mundo helênico, haja vista que preponderou a necessidade de uma nova compreensão da linguagem, referente a conceitos que direcionassem a racionalidade emergente. Fala-se da palavra não mais mágico-religiosa, mas num sentido aberto de diálogos, que fosse eficiente numa discussão filosófica, política ou jurídica²⁰.

Foi nesta perspectiva que no trecho abaixo, extraído da **Ética a Nicômaco**, de Aristóteles, encontra-se, pela primeira vez, a distinção entre direito natural e direito positivo:

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida²¹.

Para Kaufmann, Aristóteles distinguiu a justiça natural da justiça legal porque suas diferenças eram evidentes. O estagirita era pessimista em relação à perfeição das leis e a sua validade irrestrita. Nas palavras de Kaufmann, “ele já reconheceu (o que nós, hoje, tivemos primeiro que reaprender) que podem existir leis pura e simplesmente injustas e exigiu que tais “leis injustas” fossem corrigidas pela equidade”²².

Em Aristóteles o direito natural é um direito da *polis*, ou seja, um direito político, uma vez que a natureza humana caminha para constituir a *polis* (Estado), porque apenas ela é autarca. Para Aristóteles, o homem é, por natureza, um ser formador do Estado, um animal

¹⁸ OST, François. op. cit., p. 174.

¹⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 2005, em especial páginas 308 e segs.

²⁰ NETO, Alfredo Copetti. op. cit. p. 37.

²¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 131. 1134b. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Victor Civita, 1979.

²² KAUFMANN e HASSEMER, Arthur e Winfried. **Introdução a filosofia do direito e a teoria do direito contemporâneo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2009. p. 68.

político²³, cujo objetivo é a busca da felicidade expressada na formatação da *polis*, que por sua vez é constituída a partir da ideia de justiça, fundada na igualdade (comutativa e distributiva).

Moncada vai além, dizendo que “para Aristóteles o Estado – que aliás ele igualmente só concebe na forma de cidade – é, antes de tudo mais, obra da natureza e não do arbítrio dos homens. O homem é naturalmente um ser ou animal político. Só no Estado, na convivência com os seus semelhantes, o homem atinge o seu desenvolvimento completo”²⁴. Continua o filósofo português, afirmando que “essa forma da existência humana, como uma – *entelequia* – do humano-social, constitui uma autêntica realidade para além da vida do indivíduo, que aliás só nela e por ela existe”²⁵.

Da mesma maneira Del Vecchio escreve que em Aristóteles o homem é um animal político, isto é, dada a sua natureza de vida política, o Estado existe antes dos indivíduos e, portanto, não pode o homem pensar sem o Estado. A *polis* regula a vida de todos através das leis, o indivíduo não pertence a si, mas ao Estado. O conteúdo material das leis é a justiça e o princípio dela é a igualdade.

Para aplicação da justiça, Aristóteles organizou-a em distributiva e comutativa (corretiva ou igualadora) e criou a ideia de equidade para os casos não previstos²⁶. O desenvolvimento da ideia de justiça de Aristóteles está baseado na igualdade e “representa o ponto de partida de todas as reflexões sérias sobre a questão da justiça”²⁷, especialmente porque o centro da discussão da justiça é a forma de se promover a igualdade ou distribuí-la, segundo o mérito de cada um.

A justiça comutativa visa restaurar a desigualdade natural existente entre as pessoas, dizendo que perante a lei todos são iguais²⁸. Sua finalidade é que haja paridade na relação entre as pessoas. A justiça distributiva assume como inevitável a desigualdade entre as pessoas, motivo pelo qual “se aplica a repartição das honras e dos bens, e visa a que cada um dos consociados dela receba uma porção adequada ao seu mérito”²⁹.

²³ Ibid., p. 68.

²⁴ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 30.

²⁵ Ibid., p. 30.

²⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2006. p. 25-26.

²⁷ KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. op. cit., p. 69.

²⁸ Ibid., 69.

²⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do Direito**. op. cit., p. 25.

Quando fala de crime, Aristóteles assevera que ao estar diante de um delito, a justiça exercida seria a comutativa, que compulsoriamente e de forma judicial, promoveria a reparação do mal causado, obviamente, contra a vontade de uma das partes³⁰.

Na **Ética a Nicomaco**, Aristóteles considera o criminoso um inimigo da sociedade, que deve ser castigado “tal qual se bate num animal bruto preso ao jugo”. Já na obra **Política**, atribui à miséria um valor considerável para a ocorrência de crime e revolta social, além de afirmar que os delitos mais graves eram cometidos para consumir o supérfluo.

Mas foi o conceito de proporcionalidade desenvolvido pelo pensador grego que mais nos interessa, tendo sido ele que inaugurou o retribucionismo ou moralismo penal. Em Aristóteles a punição é necessária e tem como função restabelecer a justiça na devida proporção. A ideia de proporcionalidade equivale à ideia de justiça, ou seja, o conceito de proporção indica o de justiça, critério este que também deve ser utilizado nas punições, conforme se verifica na transcrição abaixo:

Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom³¹.

Em outro trecho da **Ética e Nicômaco**, o filósofo grego é ainda mais específico e discorre sobre a punição como sendo o método de recuperar a injustiça e a desigualdade que foi quebrada pela ocorrência do delito, assim a pena exerceria o papel de igualar os agentes:

Porquanto não faz diferença que um homem bom tenha fraudado um homem mau ou vice-versa, nem se foi um homem bom ou mau que cometeu adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, se uma comete e a outra sofre a injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito. Portanto, sendo esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz procura igualá-la; porque também no caso em que recebeu e o outro infligiu um ferimento, ou um matou e o outro foi morto, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos; mas o juiz procura igualá-los por meio da pena tomando uma parte do ganho do acusado. Porque o termo “ganho” aplica-se geralmente a tais casos, embora não seja apropriado a alguns deles, como, por exemplo, à pessoa que inflige um ferimento – e “perda” a vítima. Seja como for, uma vez estimado o dano, um é chamado perda, e outro, ganho³².

A punição em Aristóteles é uma questão de justiça porque sua aplicação vai recuperar a igualdade quebrada entre as partes, de certa forma este pensamento, depois, vai

³⁰ Ibid., p. 26.

³¹ Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. op. cit., p. 122. 1131b.

³² Ibid., p. 126. 1132a.

ser recuperado por Kant, que também vai tratar a punição como sendo uma necessidade de justiça.

2.2 O Direito Natural Medieval: Aspectos Agostinianos e Tomistas da Punição

Quem operou a transição do direito natural grego (Antiguidade) para o direito natural medieval cristão (Idade Média) foram os estóicos. O estoicismo foi uma corrente de pensamento criada por Zenão de Cítio por volta do ano 300 a.C, que afirma que o universo pode ser reduzido a uma explicação racional e que ele próprio é uma estrutura racionalmente organizada. Antes dos estóicos e, especialmente em Aristóteles, o direito natural era uma questão de observação empírica e racional do mundo, submetido a um confronto dialético. Agora não: para os estóicos, todos possuem capacidade de raciocinar, sendo que os julgamentos morais possuem um fundo racional, ou seja, a natureza deixa de ser uma maneira de se argumentar e passa a ser a origem das regras e das normas³³. O direito natural cristão tornou-se universal, divino, e única fonte para lei válida.

Santo Agostinho seguiu o pensamento estóico da lei eterna, porém, em sentido oposto³⁴, atribuiu a lei natural um significado novo, dizendo que ela é uma marca da eterna lei divina na consciência humana. Na sua concepção, só a vontade é moralmente valorizável porque é a vontade, não o entendimento, a força essencial do homem³⁵.

Agostinho ficou mais ao lado de Platão, tanto que recebeu sua teoria das idéias. Contudo, colocou-as no espírito de Deus, enquanto que em Platão elas tinham seu próprio “mundo das ideias”³⁶. Mantendo o dualismo platônico e distinguindo ideia e realidade, Agostinho pensava transformar o Estado numa comunidade de paz e justiça, sendo necessário, para tanto, sua total conversão ao cristianismo e à igreja, sendo este seu conceito de estado de direito natural³⁷. O vínculo para unir os homens na cidade de Deus deixa de ser político, como em Aristóteles, para ser espiritual e, da mesma maneira, a lei que regulará os homens também deixa de ser uma lei fundada na natureza, passando a ser uma lei moral e divina. O amor passa a ser a primeira norma da justiça e ela, por sua vez, identifica-se com a vontade de Deus³⁸.

³³ DOUZINAS, Costas. Direitos Humanos. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia Política**. op. cit., 158.

³⁴ Para o Estoicismo, a lei eterna coincidia com a lei natural.

³⁵ KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. op. cit., p. 75.

³⁶ Ibid., p. 75.

³⁷ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 61

³⁸ Ibid., p. 62.

³⁸ Ibid., p. 62.

A justiça fica desconectada da ideia de natureza das coisas e da razão, e passa a ser expressada unicamente na vontade divina, ou seja, a justiça é representada por um complexo de preceitos e imperativos emanados de Deus “que o homem deve observar para merecer a salvação eterna, sendo este o conceito de direito natural que preside a todo o mundo de ideias de Agostinho”³⁹.

Na concepção de Agostinho a força do homem está centrada na sua vontade, sendo exatamente nela que se encontra o mal, do qual o homem não consegue se libertar sozinho, mas apenas com a misericórdia de Deus. Para o bispo de Hipona, a vontade dos homens não pode ser constrangida e a preferência pela fé deve ser conseguida não através da força, mas da compreensão e do livre arbítrio. Assim, contra os hereges, os remédios a serem adotados são unicamente a persuasão e a oração.

Depois de algum tempo Agostinho passou a defender a necessidade da coerção penal, para fazer com que o culpado percebesse o mal que estaria causando, para assim salvar-se. Em Agostinho, a pena não tem caráter de vingança, mas sim medicinal. A pena também não tem um fim em si mesma, sendo entendida como expressão da caridade e de um ato de amor. Nesse sentido escreveu a Donato: “Quiseste jogar-te à água para morrer, mas nós te arrancamos da água à tua revelia para te impedir de morrer. Agiste conformemente à tua vontade, mas para tua perda; nós contrariamos tua vontade, mas para tua salvação”⁴⁰. Para Agostinho, a urgência da salvação eterna e o temor da morte eterna impõem a exigência de violação das liberdades humanas, agindo a Igreja, nesse caso, como o pastor evangélico que *persegue* a ovelha perdida, para fazê-la voltar, ainda que contra a sua vontade, como se pode verificar no trecho da obra **A cidade de Deus**:

Eis por que (e parece-me razão muito forte), quando apraz a Deus punir a corrupção dos homens com penas mesmo temporais, os bons são castigados de mistura com os maus, castigados como eles, não por viverem como eles, mas por gostarem como eles, embora menos, da vida temporal que deveriam desprezar (...). Outra causa de serem as pessoas de bem submetidas aos flagelos temporais (Jó serve de exemplo) é querer o Senhor revelar ao espírito humano a força de sua piedade e permitir ao homem demonstrar o amor interessado que lhe tem⁴¹.

Em Agostinho o direito é aplicado através do instrumento da lei, que opera pela força. Assim, o sistema legal opera com coerção, sanções e punições. As punições não

³⁹ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. op. cit., p. 62.

⁴⁰ AGOSTINHO, Santo. **De Magistro**. Victor Civita, São Paulo. 1980. p. 303.

⁴¹ AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. Vozes, Petrópolis. 2002. p. 37-38.

contradizem o evangelho, desde que buscadas sem o motivo da vingança, mas por amor corretivo.

Ao ingressar no pensamento de Tomás Aquino, fica evidente que sua inclinação está junto da realidade aristotélica, ou seja, o mundo não está separado entre mundos, o valor não está separado da realidade. Em verdade, o ser e o dever ser estão em relação um com o outro⁴². Aquino elaborou um sistema rigoroso e coerente, que passou a ser conhecido na história da filosofia como aristotelismo tomista.

O Aquinate elaborou e desenvolveu a sua teoria do direito natural, que aparece como fundamento de todas as modalidades do direito positivo, exatamente como em Aristóteles. Por este motivo, em nenhum momento apela para a revelação, mas sempre para a razão, porque seus princípios são deduzidos unicamente e a partir da razão natural⁴³.

No tomismo a razão ou a inteligência são atributos essenciais da divindade, portanto, o descobrimento da lei natural ou da lei eterna a partir da razão é a mais alta demonstração de que o homem tem a capacidade de reconhecer intelectualmente o ser no seu conteúdo axiológico⁴⁴. No fundo de sua consciência, o homem tem, naturalmente, uma voz ou intuição da lei moral que obscuramente se faz ouvir quando ele peca⁴⁵.

A lei natural, segundo a classificação de Moncada, divide-se em lei moral e lei jurídica. As diferenças entre a lei moral e a lei jurídica não são muito claras. Contudo, é certo que a lei jurídica é mais restrita que a lei moral, abrangendo uma parte das relações entre os homens na vida social. Na lei jurídica, caracterizada pela alteridade, há ainda duas partes a distinguir. A primeira é constituída pelo imutável direito natural, e a segunda “pelos imperativos e deveres fixados pelo Estado, essencialmente para regulação das relações entre os homens chama-se essa parte variável de direito positivo”⁴⁶.

De maneira muito bem orquestrada, especialmente em sua obra **Suma Teológica**, Tomás de Aquino estabelece todo o sistema de leis, inclusive hierarquizando-as, dizendo que suprema é a lei eterna, que apenas Deus conhece-a na essência, sob a qual fica a lei divina,

⁴² Nele, a linguagem não manifesta, mas significa as coisas. A palavra é (somente um) símbolo, e sua relação com a coisa não é por semelhança ou por imitação, mas (apenas) por significação. A questão está na *adequatio*, quer dizer, na conformidade entre a linguagem e o ser. Pressupõe uma ontologia. Ou seja, Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido, porque as coisas possuíam uma essência. Há uma unidade objetiva que fundamenta a unidade de significação das palavras que recebe de Aristóteles o nome de essência ou aquilo que é. É a essência das coisas que confere às palavras a possibilidade de sentido. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 124.

⁴³ COSTA, José Silveira da. Tomás de Aquino. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. op. cit., p. 825.

⁴⁴ KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. op. cit., p. 77.

⁴⁵ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 81.

⁴⁶ *Ibid.*, 81.

que seria o pedaço da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja e, abaixo, a lei natural, inscrita na natureza humana que o homem descobre através da razão (como em Aristóteles) e, por fim, a lei positiva, editada pela forma de Estado de sua época⁴⁷. O direito natural tem sua origem na lei eterna, soberana e absoluta, motivo pelo qual o homem não pode desconhecê-la, pois foi o próprio Deus quem a promulgou através da natureza humana racional. Também por isso o direito natural é soberano e imutável como as normas divinas e a própria natureza humana⁴⁸.

2.3 A Igreja e a Inquisição

No medievo toda a tradição do direito natural está ligada à teologia, ou seja, toda a forma de compreensão do mundo vai se conectar com uma providência divina. O homem, por sua vez, por ser dotado de razão, poderá utilizar-se desta dádiva para descobrir ou alcançar quais são as vontades de Deus e quais são suas leis supremas.

Embora os dois grandes teóricos do pensamento medieval não tenham vinculação com a inquisição promovida pela igreja, o fato é que em 1184 foi criado o Tribunal Eclesiástico, também chamado de Tribunal do Santo Ofício, cuja função era combater e punir heresias cometidas pelos cristãos confessos e muçulmanos vindos do Oriente. A Inquisição, ou Tribunal do Santo Ofício, foi iniciada em Verona sob o Papa Lúcio III, utilizando como fundamento teórico escritos de Santo Agostinho. A Inquisição foi fortalecida pelo Papa Inocêncio III (1198-1216), pelo Concílio de Latrão (1215), de 1231 a 1234 e, com Gregório IX, multiplicou-se por toda a Europa.

A punição desse período inicial da modernidade consistia em promover na pessoa o maior castigo corporal possível. Colocar os condenados na roda, forca, fogueira ou em praça pública, fazia parte dos métodos e formas (entre outras) de se promover o suplício. Sem dúvida, quem melhor expôs todo o arsenal de horror promovido pela igreja foi Michel Foucault, no clássico **Vigiar e punir**. Segundo este autor, as razões do suplício corporal eram muitas:

Inexplicável, talvez, mas certamente não irregular nem selvagem. O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente,

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos Fundamentais**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

⁴⁸ COSTA, José Silveira da. Tomás de Aquino. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. op. cit., p. 825

ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício – até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em “mil mortes” e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas. Há um código jurídico da dor; a pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas: número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é o caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixá-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados)⁴⁹.

Toda esta crueldade corporal retratada por Foucault produziu efeitos humanitários na sociedade moderna que estava para se formar, porque com o passar do tempo a punição corporal vai se tornando “a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível”; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime, e não mais o suplício público⁵⁰.

A execução da pena torna-se um setor autônomo, no qual um mecanismo administrativo do Estado retira da justiça o atributo do suplício. A justiça criminal, por sua vez, livra-se do mal-estar que a Inquisição provocara. A punição passa a chamar-se pena. Ela deixa de ser o “punir” e passa a ser corrigir, reeducar, curar. Como assevera Foucault, surge uma nova compreensão, no sentido de que a pena passa a significar a expiação do mal, passando a existir na justiça moderna “psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral”⁵¹.

2.4 Iluminismo: do Direito Natural aos Direitos Humanos

O Iluminismo inaugura uma nova fase no pensamento mundial. Na Grécia antiga havia o predomínio da ordem natural das coisas, cabendo à razão humana observá-la e desvelá-la, numa visão estritamente cosmológica do mundo. No medievo, o direito natural é ligado a Deus e, o homem, por ser dotado de razão, deverá utilizar-se dela para descobrir a

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir, a história da violência nas prisões**. 19ª ed. Vozes: Petrópolis, 1999. p. 31.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

vontade de Deus e quais são suas leis supremas, ou seja, a visão de mundo é unicamente teológica. Já na era moderna, o centro de valores do mundo passa a ser o homem e a sua razão.

Rene Descartes (1596-1650) promoveu a substituição da “velha filosofia teórica, ou seja, a metafísica (clássica), por uma nova filosofia, a prática (subjéctiva), para nos tornarmos *domini et possessores naturae*. A ciência, e também a filosofia, não havia de ser cultivada por causa da curiosidade, da vontade de saber, mas por causa da avidez de poder da vontade de domínio”⁵², conforme ensina Lenio Streck:

Mas, é efetivamente René Descartes que dá início à metafísica moderna. (...) A virada em direção à superação do essencialismo, do universalismo, embora tenha esse componente nominalista inegável (...), passa por uma ruptura com o realismo, quando o esquema sujeito objeto sofre uma transformação: surge a subjéctividade assujeitadora das coisas, com o nascimento do sujeito que dominará a modernidade atravessando o século XX e chegando no século XXI ainda fortalecido, mormente no campo do direito. Nesse novo paradigma, os sentidos não estão mais nas coisas, passando, agora, a estarem na mente (filosofia da consciência). É o princípio epocal cartesiano, denominado cogito; e, na sequência, o eu transcendental kantiano, o absoluto hegeliano e o ápice da metafísica moderna: a vontade do poder (*Willi Zur Macht*) de Nietzsche, onde o traço fundamental da realidade é a vontade do poder. E toda correção deve ser ajustada em relação à vontade do poder⁵³.

O poderoso florescimento das ciências, impulsionadas pela revolução científica do século XVII, cujo expoente foi Isaac Newton, procurava transportar para as ciências sociais (direito) as matrizes de compreensão dos fenômenos físicos e matemáticos⁵⁴.

No campo econômico, o feudalismo passava por uma grave crise decorrente da catástrofe demográfica causada pela epidemia da peste negra, que dizimou 35% da população europeia pela fome. Depois, com o comércio reativado, a Europa passou por um relativo desenvolvimento urbano e comercial e, conseqüentemente, as relações de produção capitalistas aumentaram. Ao mesmo tempo, os estados absolutistas expandiram seu poder econômico e político. No entanto, eles sucumbiram às revoluções liberais da Idade Moderna (Inglesa - 1640, Americana - 1776 e Francesa - 1789), que fizeram do capitalismo o sistema econômico predominante, pela primeira vez na história, nos países da Europa Ocidental e na América do Norte.

O Estado, segundo a concepção moderna (povo, território e soberania), começa a ser constituído nesta quadra da história, onde adquire sua primeira versão - absoluto -, que

⁵¹ Ibid., p. 13.

⁵² KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. op. cit., p. 84.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito.** op. cit., p. 136.

“nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra) passagem do período medieval”, ou seja, “são as condições econômicas-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas”⁵⁵.

A escola do direito natural continua viva, ganhando força com as teorias contratualistas – nas suas várias vertentes, como se verá – que surgem entre os séculos XVI e XVIII com Hobbes e seu **Leviatã** (1651), Locke em **Dois tratados sobre o governo civil** (1690) e Rosseau no **Contrato social** (1792). Para todos eles haverá uma dialética entre o estado de natureza e o estado civil, que será mediado pelo contrato social, cujo fim será o estado civil. Os contratualistas, assim, estabelecem a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontades, tácito ou expreso, que tenha como fim acabar com o estágio pré-político (estado de natureza) e dê início à sociedade política (estado civil)⁵⁶.

A última (e talvez a maior) transformação consolidada pela modernidade, ao menos para o recorte deste trabalho, diz respeito ao positivismo. Para Norberto Bobbio, o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “direito positivo e direito natural não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito passa a ser considerado como direito em sentido próprio”⁵⁷. O positivismo jurídico reduz todo o direito a direito positivo, e o direito natural não é direito, ou, para ser mais claro, com Bobbio, “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro senão o positivo”⁵⁸.

2.5 O Direito Natural Contratual Absoluto Hobbesiano e a Punição

Pensador inglês notável, Thomas Hobbes (1588/1679) é considerado um dos mais importantes escritores da filosofia do direito, tendo como suas principais obras **Do cidadão** (1642), **Leviatã** (1651) e **Dialogo entre um filósofo e um jurista** (1666).

Hobbes viveu em um período de muita turbulência na Inglaterra, que estava agitada por lutas internas. Esta observação se faz necessária para compreender sua doutrina, que via no Estado poderoso e soberano (**Leviatã**), como sendo a única maneira de dominar e

⁵⁴ SCHWARTZ, Germano. Iluminismo. In: Barretto, Vicente de Paulo. op. cit. p. 272.

⁵⁵ STRECK e MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

⁵⁶ STRECK e MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. op. cit., p. 29.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1999. p. 26.

⁵⁸ Ibid., p. 26.

exercer o poder sobre todas as paixões e lutas individuais. Por esta razão o pensador inglês é considerado o pai do absolutismo monárquico.

As bases filosóficas de Hobbes estão sediadas na natureza humana que, segundo ele, é baseada na incapacidade do homem de conviver socialmente em estado de natureza porque suas características de medo, causado pela igualdade natural dos homens, de egoísmo, de arrogância, de discórdia sobre as vontades, conduzem a uma eterna guerra de todos contra todos, chamada pelo autor de estado de natureza:

Devemos, portanto, concluir que a origem de todas as grandes e duradouras sociedades não provém da boa vontade recíproca que os homens tivessem uns para com os outros, mas do medo recíproco que uns tinham dos outros.

A causa do medo recíproco consiste, em parte, na igualdade natural dos homens, em parte na sua mútua vontade de se ferirem – do que decorre que nem podemos esperar dos outros, nem prometer a nos mesmos, a menor segurança.

Ademais, como o combate entre os espíritos é de todos a mais feroz, dele necessariamente devem nascer as discórdias mais sérias. Isso porque neste caso é odioso não só quem nos combate, mas até mesmo quem simplesmente não concorda conosco. Pois não aprovar o que um homem afirma nada mais é que acusá-lo, implicitamente, de errar naquilo que está dizendo; de modo que discordar num grande número de coisas é o mesmo que chamar de louco àquele de quem discordas⁵⁹.

Esta descrição hipotética (negativa) de guerra de todos contra todos no estado de natureza hobbesiano visa justificar/legitimar a existência de uma ordem civil, cujo mecanismo de transição se daria através de um pacto. O contrato social, então, conduziria o homem do estado de natureza para um estado civil/político⁶⁰.

Para sua própria preservação, os indivíduos firmariam um pacto em favor de outrem (homem ou assembleia) transferindo todos os seus poderes em troca de segurança do Estado Leviatã, sendo que os súditos devem submeter-se a todas as vontades do soberano⁶¹, conforme o trecho a seguir:

Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo e a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã (...). É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituído por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, de maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos.⁶²

⁵⁹ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28-30.

⁶⁰ STRECK E MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. op. cit., p. 31.

⁶¹ *Ibid.*, p. 32-33.

⁶² HOBBS, Thomas. (O Leviatã. Coleção Os pensadores) apud STRECK E MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. op. cit., p. 33.

Nota-se, portanto, que para salvar a própria vida, cada súdito abriria mão de seu direito irrestrito de lutar contra os outros, transferindo a outrem (assembleia de homens ou soberano) este direito. Ocorre que a terceira pessoa não está submetida ao contrato e continua com poder ilimitado. O contrato não se dá entre súditos e soberanos, mas entre homens livres que deixam de sê-lo, para constituir um soberano, antes inexistente e que ao pacto não está submetido⁶³. Trata-se da primeira ideia acerca da soberania do Estado, entendida em Hobbes como sendo a última instância para resolver qualquer problema, sob pena dos conflitos se perpetuarem.

O processo teórico de formulação do Estado em Hobbes, verifica-se que ele, também, lançou algumas das primeiras disposições envolvendo o processo de punição dos súditos, que deveriam ser punidos desde que houvesse prévia lei (princípio da legalidade) estabelecendo as regras do jogo para os crimes (punição):

Fil. E para começar, deseja saber quem tem o poder de definir e ordenar o tipo especial de pena para uma infração cometida. Pois suponho que o senhor não tenha a opinião dos estóicos dos tempos antigos, de que todas as faltas são iguais e deve haver o mesmo tipo de castigo por matar um homem e por matar uma galinha.

Jur. O modo de castigar em todo e qualquer crime deve ser determinado pelo Direito Comum. Ou seja, se existe um estatuto que o determine, então a sentença deve estar de acordo com ele; se não está especificada no estatuto, então deve-se seguir o costume ligado a esses casos. Mas se o caso for novo, não sei porque o juiz não poderia determiná-la segundo razão.

Fil. Mas segundo a razão de quem? Se o senhor quer dizer a razão natural desse ou daquele juiz autorizado pelo rei a conhecer a causa, havendo tantas razões diferentes quanto há homens diferentes e pena de todos os delitos será incerta e nenhuma delas jamais chegará a ser um costume. Assim, uma pena certa nunca pode ser determinada se sua origem está na razão natural dos juízes delegados ou na [razão] natural do juiz supremo. Pois se a lei da razão efetivamente determinasse as penas, então para as mesmas transgressões deveria haver em todo o mundo, e em todas as épocas, as mesmas penas; porque a lei da razão é imutável e eterna.

Jur. Se a razão natural de ninguém, nem mesmo do rei, é capaz de prescrever uma pena, como pode haver algum tipo de pena legítima?

Fil. E por que não? Pois acho que é exatamente nessa diferença entre as faculdades racionais de cada homem que reside a razão verdadeira e perfeita, capaz de tornar certas todas as penas. Pois simplesmente dê a um homem, quem quer que seja ele, a autoridade para definir as punições e deixe esse homem defini-las, e então, a razão certa às terá definido, supondo-se que a definição foi feita e tornada pública antes da perpetuação do delito. Pois essa autoridade é o que define o trunfo no jogo de cartas, com a diferença de que nas matérias de governos, na ausência de outros fatores, as espadas são o trunfo. Portanto, visto que todos os homens sabem por sua própria razão quais ações são contra a lei da razão e que pena está estabelecida por essa autoridade para cada ação má, é razão manifesta que por infringir as leis conhecidas ele deve sofrer as penas conhecidas. Mas a pessoa para quem se dá essa autoridade de definir penas não pode ser nenhuma outra em nenhum lugar do mundo além da

⁶³ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes, Thomas, In: Barretto, Vicente de Paulo. op. cit., p. 262.

mesma pessoa que tem o poder soberano, seja um homem ou uma assembleia de homens⁶⁴.

Portanto, muito antes de nascer Beccaria, Hobbes já havia posto em **Diálogo entre um filósofo e um jurista** as bases da legalidade, das regras do jogo e da certeza na penalidade. Nessa obra há um capítulo específico sobre penas, embora em **Do cidadão** também já tivesse o desenvolvimento sobre o procedimento das penalidades, no capítulo **Das leis e dos crimes**⁶⁵.

No estado de natureza hobbesiano obviamente não há leis ou direitos, afinal de contas, ninguém está sujeito a ninguém e todos tem direito a tudo, gerando, deste modo, uma eterna guerra de todos contra todos.

A teoria do contrato social de Hobbes é considerada, de um lado, precursora do jusnaturalismo racionalista da fase inaugural da modernidade (ele foi contemporâneo de Descartes) e, de outro, também figura como fundador do positivismo jurídico⁶⁶.

No estado de natureza os homens eram iguais, o que gerava a guerra de todos contra todos. O consenso e a firmação do pacto fizeram nascer o estado civil e com ele o poder do soberano de ditar as regras do jogo, o que fez emergir a desigualdade entre os homens, porque, em Hobbes, “a desigualdade que atualmente existe foi introduzida entre eles pela lei civil”⁶⁷. No entanto, é preciso atentar para o fato de que a desigualdade ora dita, é estabelecida entre os súditos e o soberano, ou seja, entre os que mandam e obedecem, do que vai resultar em unidade política, porque “todos os ordenamentos foram reunidos num único, ou seja, no ordenamento do Estado”⁶⁸.

Com a exclusão do dualismo Estado/Igreja e rei/parlamento, bem como pela explícita criação da unidade jurídica, no sentido de que “a única fonte de direito é a lei, de autoria do soberano que tem o monopólio exclusivo de dizer o que é direito e aquilo que não é”⁶⁹. Hobbes lança o fundamento de legitimidade (mesmo que de forma autoritária) e de validade do positivismo.

Quando o homem deixa o estado de natureza para ingressar no mundo civil/político, ele renunciou em favor do soberano a atribuição do justo e do injusto e, somente o Estado através do soberano pode exercer este direito, não havendo ação justa além daquela

⁶⁴ HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2001. p. 147-148.

⁶⁵ HOBBS, Thomas. 3ª ed. **Do cidadão**. São Paulo. Martins Fontes. 2002. p. 215.

⁶⁶ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico. princípios, regras e o conceito de direito**. op. cit., p. 35.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. op. cit., p. 52.

⁶⁸ ENGELMANN, Wilson. op. cit., p. 35.

⁶⁹ Ibid., p. 35.

determinada pelo soberano, ou ação injusta, senão aquela proibida pelo soberano⁷⁰. Estes fundamentos indicam a formulação legalista da justiça, onde a lei, enquanto ordem emitida por quem tem o poder e a legitimidade de comandar é o único critério de justiça.

Na tese de Hobbes, o direito natural é considerado como o fundamento de validade do Estado e, ao mesmo tempo, implica no dever dos súditos obedecerem as leis positivas.

2.6 O Direito Natural Contratual Liberal e a Punição

Filho de burgueses, o inglês John Locke (1632-1704) foi um árduo defensor das ideias liberais, como a liberdade de crença (tolerância religiosa) e de pensamento. Além disso, escreveu sobre a existência de direitos individuais que, segundo ele, tem natureza supra estatal. Durante toda a vida, participou das lutas pela entrega do poder à burguesia e, neste período, isto significava lutar contra a teocracia anglicana e suas teses legitimadoras: a de que o poder do rei seria absoluto e a de que esse poder diria respeito tanto ao plano espiritual, quando ao temporal. Por tudo que defendeu e escreveu, é conhecido como o pai do liberalismo.

Fincando seus pés no empirismo, em oposição às teses acerca das ideias inatas, Locke, no clássico **Ensaio acerca do entendimento humano**, parte da premissa de que todo o conhecimento humano é adquirido pela experiência, partindo daí sua célebre frase de que o cérebro humano é uma “folha em branco”, cujos espaços são preenchidos ao longo dos anos, já que “a mente em todos os seus pensamentos e raciocínios não tem outros objetos imediatos exceto suas próprias ideias”⁷¹.

Embora sua obra acerca da teoria do conhecimento seja de grande valia, foi no campo da filosofia política que sua contribuição foi ainda mais decisiva. Inobstante fosse adepto da teoria do contrato social, repudiou a guerra de todos contra todos de Hobbes, dizendo que o estado de natureza caracterizava-se por um estado de “perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem”⁷².

A lei da natureza de que fala Locke é a lei da razão. “O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a

⁷⁰ Ibid., p. 36.

⁷¹ LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 211.

todos os homens que tão só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses”⁷³.

Diferentemente de Hobbes, em Locke, mesmo no estado de natureza, o fato de todos os serem humanos terem direito a tudo está limitado pelos direitos naturais (vida, liberdade, saúde, membros ou bens de outrem). Na hipótese de ofensa a qualquer direito natural, fica aberto o espaço para o ofendido e para todos os outros promoverem a punição do transgressor, cuja função é impedir novas ofensas aos direitos naturais:

E para impedir a todos os homens que invadam os direitos dos outros e que mutuamente se molestem, e para que se observe a lei da natureza, que importa na paz e na preservação de toda a humanidade, põe-se, naquele caso, a execução da lei da natureza nas mãos de todos os homens, mediante a qual qualquer um tem o direito de castigar os transgressores dessa lei em tal grau que lhe impeça a violação, pois a lei da natureza seria vã, como quaisquer outras leis que digam respeito ao homem neste mundo, se não houvesse alguém nesse estado de natureza que não tivesse poder para pôr em execução aquela lei e, por esse modo, preservasse o inocente e restringisse os ofensores. E se qualquer um no estado de natureza pode castigar alguém por qualquer malefício que tenha feito, todos também podem fazê-lo, pois naquele estado de perfeita igualdade, em que naturalmente não existe superioridade ou jurisdição de um sobre o outro, o que qualquer um pode fazer na prossecução dessa lei, todos necessariamente devem ter o direito de fazer também⁷⁴.

A lei natural, portanto, preceitua, acima de tudo, a conservação do próprio homem e dos outros, ou seja, tal estado não exclui o sentimento de benevolência entre os homens, sendo essa lei “tão inteligível e clara para uma criatura racional que a estude como as leis positivas das comunidades”⁷⁵.

Todavia, este mesmo estado também possui seus inconvenientes, decorrentes do mesmo direito simultâneo que todos tem de aplicar a lei, o que vai ensejar inconvenientes excessos ou exageradas condescendências da punição⁷⁶, corolário lógico das paixões humanas. O remédio para combater estes inconvenientes é justamente o governo civil. O governo seria instituído pelo contrato social que colocaria fim ao estado natural, e teria o direito de elaborar leis dotadas de sanção, incluindo a pena de morte com o fim de conservar e regular a propriedade, organizar uma força comum, para a boa execução das leis, além de defender a república dos inimigos externos.⁷⁷

⁷² LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 35.

⁷³ *Ibid.*, p. 36.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁷⁶ BRAGATO, Fernanda Frizo. Locke, John, In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia Política**. op. cit., p. 319.

⁷⁷ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 214.

Em Hobbes, quando os homens fundam a sociedade política, cedem todos seus direitos para o soberano, dando origem à primeira expressão moderna de Estado, a monarquia absolutista. Diferentemente, Locke entende que o homem é dotado de direitos inalienáveis e, para melhor garantir estes direitos é que os homens consentem no pacto, transferindo seus direitos para o Estado.

Com a alteração do fundamento do estado de natureza, Locke conseguiu fundar a base teórica para legitimar a segunda expressão do Estado moderno, ou seja, o liberal e limitado. O Estado passa a ser mero instrumento – negativo – político do cidadão, cuja função básica é garantir e não interferir nos direitos naturais: vida, propriedade privada, segurança pessoal, direito de resistência e liberdade de consciência e de credo⁷⁸. A limitação do estado liberal pelos direitos naturais ficou conhecida como direito de resistência, como ensinam Streck e Bolzan:

(...) em Locke altera-se substancialmente o conteúdo do contrato, admitindo, inclusive, seu caráter histórico, muito embora permaneça como um princípio de legitimação do poder. Aqui, a existência-permanência dos direitos naturais circunscreve os limites da convenção. O “pacto de consentimento” que se estabelece serve para preservar e consolidar os direitos já existentes no estado de natureza⁷⁹.

Toda a concepção liberal contida no pensamento político de Locke vai ser determinante para a afirmação dos direitos humanos, que seria reconhecido por todo o mundo ocidental, especialmente após o triunfo das revoluções liberais. Mesmo alterando o fundamento do estado de natureza, há uma estreita conexão entre o estado liberal de Locke com o absolutista de Hobbes, especialmente no que diz respeito ao positivismo jurídico, uma vez que, segundo Bobbio, a “concepção liberal acolhe a solução absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz”⁸⁰, referente à monopolização da produção das leis. Neste sentido, o absolutismo elimina os poderes intermediários (do juiz de legislar) e concede plenos poderes – exclusivo e ilimitado – ao soberano ou assembleia. Ao mesmo tempo, a eliminação dos poderes intermediários (do juiz) tem um aspecto liberal, porque acaba garantido ao cidadão proteção contra arbitrariedades dos poderes eliminados (poder do juiz)⁸¹.

⁷⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. op. cit., 82.

⁷⁹ STRECK E MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. op. cit., p. 33.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. op. cit., 38.

⁸¹ “(...) a liberdade do juiz de pôr normas extraíndo-as do seu próprio senso da equidade ou da vida social pode dar lugar a arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos, enquanto que o legislador, pondo normas iguais para todos, representa um impedimento para a arbitrariedade do poder judiciário”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. op. cit., 38

2.7 O Direito Natural Contratual Democrático e a Punição

Ao observar de forma clara e precisa tudo o que ocorria na consciência pública francesa de sua época, Jean Jacques Rousseau (1712-1778) fez de seu pensamento a expressão máxima das necessidades ideais daquela época⁸², tornando a França o berço da democracia moderna. Entre suas obras destacam-se o **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** (1755) e o **Contrato social** (1762), considerado o evangelho da Revolução Francesa.

No **Discurso sobre a origem da desigualdade**, Rousseau desenvolve a tese de que os homens teriam sido, originariamente, livres e iguais, vivendo com simplicidade, apenas segundo os ditames da natureza. Neste momento, o homem ainda não teria sido deteriorado pela própria civilização. O homem era bom porque nasce bom, como tudo o que vem da natureza, e era feliz (mito do bom selvagem)⁸³. O desvio do homem surge através da corrupção do estado de natureza, inclusive pelos meios de produção, quando os mais fortes impõem sobre os mais fracos a ideia de propriedade – “aquele que por primeiro fechou um campo e disse: este é meu” –, que se ligou a uma espécie de conformação política⁸⁴.

No início do capítulo VI do **Contrato social**, o filósofo de Genebra adepto do contratualismo diz que os homens teriam feito um pacto entre si para saírem do miserável estado de natureza. Isso ocorre no momento em que reconheceram que as vantagens deste estado não compensavam suas desvantagens⁸⁵. Chega um momento em que o homem constata que é preciso, por seu próprio interesse, renunciar a uma parte de sua liberdade natural para conseguir uma outra espécie de liberdade e, sobretudo, maior segurança, inclusive para poder exercer a própria liberdade. No entanto, no pensamento de Rousseau não se admite, em qualquer hipótese, a renúncia total da liberdade, como em Hobbes, sob pena de perda da qualidade de homem.

A força e a liberdade de cada indivíduo são as condições primárias de conservação do homem, sendo que o consenso da necessidade de limitação destas condições acaba gerando a consciência coletiva de que o pacto visa proteger a si mesmo:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja as pessoas e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só

⁸² DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. op. cit., p. 103.

⁸³ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 170 e seguintes.

⁸⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. op. cit., p. 103.

⁸⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 31.

obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto era antes. Esse é o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece⁸⁶.

Em Rousseau, o “estado civil seria um corretivo do próprio desenvolvimento humano e teria, assim, uma estrutura triádica: estado de natureza, sociedade civil como um momento negativo e estado civil como república”⁸⁷.

Na sequência surge o célebre conceito de vontade geral (embora o termo não tenha sido esclarecido suficientemente), que vai permitir Rousseau “harmonizar a vontade empírica e a liberdade de cada um dos membros da coletividade com as exigências desta, o bem comum e a lei natural”⁸⁸:

Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais. Ademais, fazendo-se a alienação sem reservas, a união é tão perfeita quanto possa ser a nenhum associado restará algo mais a reclamar, pois, se restassem alguns direitos aos particulares, como não haveria nesse caso um superior comum que pudesse decidir entre eles e o pública, cada qual, sendo de certo modo seu próprio juiz, logo pretenderia sê-lo de todos; o estado de natureza subsistiria, e a associação se tornaria necessariamente tirânica e vã⁸⁹.

Portanto, a cessão dos direitos se dá em favor da comunidade de tal ordem que é mantida a igualdade de todos. “Cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem”⁹⁰.

Dentro desta perspectiva, o indivíduo integra-se num todo, substituindo sua liberdade natural pela liberdade política. Ao invés de uma liberdade negativa, de exclusão e oposição contra o Estado, assume uma liberdade nova, positiva, de integração e colaboração, dentro do todo que faz parte⁹¹.

Ser livre, assim, equivale a obedecer a vontade geral e, quando ela emprega força para obrigar o indivíduo desobediente, significa que a vontade geral quer obrigá-lo a ser livre, ou seja, a vontade geral é a vontade soberana do Estado enquanto representação política do povo. Moncada, explicando o conceito de vontade geral, diz que do mesmo modo que a

⁸⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. op. cit., p. 32.

⁸⁷ STRECK E MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. op. cit., p. 31.

⁸⁸ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 233.

⁸⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. op. cit., p. 32.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁹¹ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 234.

natureza dá ao homem o poder absoluto sobre si, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os homens, sendo este poder que, dirigido pela vontade geral, chama-se soberania⁹².

A vontade geral (expressa na lei) é elevada a um conceito extremo, pois visa expressar a “superação das contradições existentes entre os interesses e vontades particulares em nome da coletividade, única forma de viabilizar-se a sociedade política e a de dar-se sentido/função ao Estado”⁹³. A lei passa a ser instrumento para garantir as liberdades e a própria autoridade do governo, que à vontade geral deve obediência, cuja vinculação transforma os súditos em cidadãos (sujeitos de direitos e deveres)⁹⁴.

Sérgio Cotta, citado por Streck e Bolzan, aduz que o contrato social de Rousseau gera o estado democrático, porque o poder desloca-se do príncipe ou de uma oligarquia para uma comunidade, sendo esta a sua maior contribuição para a filosofia política. No entanto, ela também consagra o despotismo da maioria, que “assume roupagens de totalidade, pela qual sua vontade não somente é lei, senão também a norma que indica o justo e a virtude” (...), havendo uma “negação da liberdade do ser humano, quando está entre em conflito com a vontade geral”⁹⁵, cujos fins acabam gerando um Estado ético e totalitário. Sobre as punições dentro do estado político, Rousseau dirá que:

Ademais, qualquer malfeitor, atacando o direito social, pelos seus crimes torna-se rebelde e traidor da pátria, deixa de ser um seu membro ao violar suas leis e até lhe move guerra. A conservação do Estado é então incompatível com a sua, sendo preciso que um dos dois pereça, e, quando se faz que um culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo.

Os processos e o julgamento são as provas e a declaração de ter ele rompido o tratado social, não sendo mais, conseqüentemente, membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu tal ao menos por sua residência, deve ser isolado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público. Porque, não sendo tal

⁹² Ibid., p. 235.

⁹³ “A vontade geral consiste, por sua vez, numa deliberação livre e refletida, constituindo-se em princípio, na vontade comum a todos. A objetivação dessa vontade geral dá-se, por seu turno, por meio de uma categoria central e fundamental ao direito liberal moderno: a lei, elaborada por um poder legislativo representativo e eleito com base no voto censitário – renda -, pois, na compreensão de Rousseau, somente aqueles que detinham plena estabilidade financeira tinham condições e disponibilidade para ocupar-se adequadamente das questões que dizem respeito à vida em comum, uma vez que os demais precisam concentrar-se demais em garantir sua própria sobrevivência. Assim, o Estado é sempre posterior a vontade geral, que lhe serve como critério de legitimidade”. LEAL, Mônia Clarissa Henning. Rousseau, Jean Jacques, In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. op. cit., p. 466-467.

⁹⁴ Sobre a vontade geral, segue a explicação de Moncada: “Por este motivo, e com toda razão, já se tem dito que a democracia, que com Locke e os ingleses se mantinha ainda individualista e liberal, atomística e mero equilíbrio de egoísmos, com Rousseau se torna totalitária. Individualista ainda no seu ponto de partida e nos seus pressupostos racionais, sem dúvida, ela é totalitária e anti-liberal no seu ponto de chegada. Partindo da liberdade do homem e dos seus direitos naturais originários, o dogma da soberania do povo, e o mito da vontade geral acabam por tomar na construção dos sistema a dianteira sobre os outros elementos e por anular nela todos os vestígios de seu liberalismo”. MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 244.

⁹⁵ STRECK E MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. op. cit., p. 38-39.

inimigo uma pessoa moral, mas um homem, então o direito da guerra é o de matar o vencido⁹⁶.

Assim, como os indivíduos firmaram o pacto para garantir sua vida, qualquer atentado contra ela será objeto de punição, porque uma ação desta natureza é concebida como tentativa de rompimento do “tratado social”, cuja sanção vai do exílio à pena capital, através de um julgamento.

Em Rousseau, assim como em Locke, também estão sedimentadas algumas características do positivismo, consistente na separação dos poderes, onde a legislação não é atribuição do poder executivo (príncipe), mas sim de um colegiado (representatividade política – parlamento), que confecciona as leis que, por sua vez, irá subordinar o governo.

2.8 Iluminismo e a Reforma do Modelo de Punição de Beccaria

Este momento histórico ficou conhecido pela excessiva crueldade dos castigos corporais, quando a morte era dividida em “mil mortes”⁹⁷, na expressão de Foucault, num processo capitaneado pela Igreja Católica, amparado pelo direito e executado pelos juízes, cujas características principais eram a falta de limite e o arbítrio. Estes espetáculos públicos horrorosos geraram na Europa do século XVIII uma enorme reação dos pensadores, que formularam um conjunto de ideias baseando-se na razão e na ideia de humanidade (dignidade).

Filósofos e juristas iluministas como Voltaire, Rousseau, Locke e Montesquieu, amparados por forte literatura humanista, iniciaram a crítica contra a legislação penal de seu tempo, abrindo um amplo espaço de defesa das liberdades do indivíduo e da dignidade humana. Eles diziam que a pena não deveria mais ser um suplício corporal para expiação do pecado, ela deveria ser proporcional a natureza do crime e levar em consideração as circunstâncias pessoais do agente. A penalidade passa a ter funções e deveria ter como fim recuperar o infrator e mostrar aos demais membros da sociedade que o cometimento de crimes gera automática punição⁹⁸.

⁹⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. op. cit., p. 52.

⁹⁷ Sobre o tema, ver item 1.2.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 32.

Fundador da Escola Clássica da Criminologia⁹⁹, Cesare Bonesma, o Marquês de Beccaria¹⁰⁰ (1738/1794), foi o primeiro a levantar a voz contra a loucura das punições de seu tempo ao publicar *Dos delitos e das penas*, obra que uniu as teorias contratualistas com o utilitarismo. Seu grande mérito foi ser claro, direto e preciso, publicando um livro ao grande público e, também, “estimulou os práticos do direito a reclamar uma reforma que deviam conceber os legisladores”¹⁰¹.

Os princípios básicos constitutivos do pensamento do aristocrata de Milão fundamentaram todo o Direito Penal moderno e, muitos desses princípios, foram adotados pela Declaração dos Direitos do Homem. Segundo ele, deveria ser vedado ao magistrado aplicar penas não previstas em lei, cuja produção se daria exclusivamente pelo legislador, que “representa toda a sociedade ligada por um contrato social”. Posicionou-se contra a interpretação das leis pelos juízes, que deveriam simplesmente aplicá-las num “silogismo perfeito”¹⁰². Sobre a crueldade das penas e a tortura para obtenção de confissão disse serem procedimentos inúteis¹⁰³. Para ele, a certeza da punição, e não sua severidade, é que impediriam a reincidência¹⁰⁴. Escreveu sobre prescrição penal e foi contra a pena de morte¹⁰⁵. Enfim, entre tantas outras afirmações contidas na sua obra, deve ser reconhecido como o mais um autêntico humanista do seu tempo.

As reformas propostas por Beccaria, em verdade, representam um belíssimo delineamento “consistente e lógico”¹⁰⁶ das mais virtuosas propostas dos pensadores anteriores e contemporâneos a ele. Nada de novo foi criado por ele: seu mérito está na reunião de todas as ideias numa “pequena” obra que enfrentou o *establishment* ideológico de seu tempo, daí ser conhecido, também, como apóstolo do Direito. O jovem marquês de Beccaria revolucionou o Direito Penal e sua obra significou um largo passo na evolução do regime punitivo.

A obra surgiu no momento histórico mais adequado possível. As mudanças postuladas eram objeto de desejo e apoio de toda a sociedade, “a Europa estava preparada

⁹⁹ A Escola Clássica do Direito Penal pretende explicar a origem do crime, cientificamente, através do empirismo, ou seja, através da observação e experimentação dos fatos (método lógico-dedutivo).

¹⁰⁰ Cumpre esclarecer que Pietro Verri, autor de **Observações sobre a tortura**, rompeu com Beccaria, dizendo que a obra **Dos delitos e das penas** “é uma trama de citações roubadas de Montesquieu, Helvétius, Voltaire, Grevius, etc”. VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XXVII.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas.**, op. cit. 33.

¹⁰² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 22.

¹⁰³ Ibid., p. 37 e 68.

¹⁰⁴ Ibid., p. 64.

¹⁰⁵ Ibid., p. 43 e 51.

¹⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 33.

para receber a mensagem do livro em 1764, que serviu para arrasar e destroçar muitos costumes e tradições da sociedade do século XVIII”¹⁰⁷.

Contemporâneo de Beccaria, Jeremy Bentham foi co-fundador da escola utilitarista inglesa, junto com John Stuart Mill e James Mill, doutrina que aceita a “unidade ou o princípio maior da felicidade” como fundamento moral, dizendo que as ações estão certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. “Por felicidade entende-se prazer e ausência de dor, por infelicidade, dor e privação”¹⁰⁸.

No campo da punição, Bentham vai seguir a mesma linha de Beccaria, contra os castigos corporais absurdos e desumanos. Desenvolveu um amplo sistema de controle social, baseado no método de controle do comportamento humano de acordo com o princípio ético do utilitarismo. Em Bentham, as ações possuem utilidades e visam produzir benefícios, “vantagem, prazer, bem estar e serve para prevenir a dor. Bentham considera que o homem sempre busca o prazer e foge da dor”¹⁰⁹. Com estes fundamentos, elaborou um grande sistema acerca da teoria da pena.

Sistematizou a pena atribuindo-lhe funções de prevenção geral e especial¹¹⁰, além de sustentar a necessidade de reparação do dano, dizendo que “tendo precavido os crimes, ainda resta ao magistrado reparar do modo possível o estrago que têm feito, concedendo a parte lesada uma satisfação, quero dizer, um bem, que possa ressarcir a injúria que sofreu”¹¹¹.

Seria natural que Bentham acreditasse na possibilidade de recuperação do criminoso, especialmente por sua inclinação utilitária, no entanto, a tese de ressocialização ficou legada para um segundo plano. Para ele, o mais importante é a prevenção geral. Disse o próprio Bentham, citado por Bitencourt:

“o delito passado não afeta mais que a um indivíduo, mas os delitos futuros podem afetar a todos. Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer o mal, porque por maior que seja o proveito de um delito sempre pode ser maior o mal da pena”¹¹².

¹⁰⁷ Ibid., p. 33.

¹⁰⁸ MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras.2000. p. 30.

¹⁰⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 45.

¹¹⁰ “A respeito do réu podemos prevenir a recaída de três modos: 1º) tirando-lhe o poder físico de fazer o mal. 2º) Fazendo-lhe esfriar o desejo. 3º) Obrigando-o a ser menos afoito. No primeiro caso o homem desmandado já não pode cometer crime, no segundo não tem a mesma vontade de o cometer, no terceiro ainda que tenha desejos, não se atreve. No primeiro fica inabilitado, no segundo reformado, no terceiro está como preso por que tem medo da lei”. BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edijur, 2002. p. 23

¹¹¹ BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. op. cit., p. 24.

¹¹² Bitencourt, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 46.

Talvez sua preocupação menor pela recuperação tenha sido fruto da dura realidade que ele constatou dentro das prisões, local que ele considerou ideal para “infestar o corpo e a alma”:

Saem dali para serem impelidos outra vez ao delito pelo agulhão da miséria, submetidos ao despotismo subalterno de alguns homens geralmente depravados pelo espetáculo do delito e o uso da tirania. Esses desgraçados pode ser sujeitos a mil penas desconhecidas que os irritam contra a sociedade, que os endurece e os faz insensíveis às sanções. Em relação a moral, uma prisão é uma escola onde se ensina a maldade por meios mais eficazes que os que nunca poderiam empregar-se para ensinar a virtude: o tédio, a vingança e a necessidade presidem essa educação de perversidade.”¹¹³

Mas sua maior contribuição foi, sem dúvida, o “Panóptico de Bentham”, expressão cunhada por Foucault, que viu na construção das grandes penitenciárias a materialização do desenvolvimento “progressivo e sutil da tecnologia do poder”:

O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigiam captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha¹¹⁴.

Estes foram os dois autores mais importantes e cujas críticas ao sistema vigente foram as mais contundentes. Com eles, houve uma brutal modificação no sistema punitivo. A pena de morte estava em crise e a restrição da liberdade foi a invenção social que, gradativa e racionalmente, assumindo critérios mais humanos que estavam em voga, possibilitou a exclusão do suplício.

¹¹³ BENTHAM, Jeremy. op. cit., p. 89-90.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. A história da violência nas prisões**. op. cit., p. 165-166.

2.9 Iluminismo: Direito Positivo *Versus* Direito Natural

A ideia de direitos naturais vem sendo construída desde a Antiguidade. Seu fundamento baseia-se em direitos inatos ou superiores ao homem (vide Antígona), não se podendo tirar do pensamento grego como sendo aquele que inaugurou o desenvolvimento filosófico de tais preceitos.

Em Roma, segundo Geraldo Prado, citando Pedro Pablo Camargo, “com o florescimento da filosofia estoica é que se forja *una idea universal de la humnidad, es decir, de la igualdad esencial de todos los hombres em cuanto a la dignidad que corresponde a cada uno*¹¹⁵”.

Foi na Idade Média e com o cristianismo, entretanto, que se iniciou a era da promoção dos direitos fundamentais, de toda sorte, ainda que difícil a “desvinculação das contradições históricas determinadas pelo modo de produção cujo embrião já se encontrava na sociedade feudal”¹¹⁶. A assertiva de que todos são iguais perante Deus, sem dúvida, contribuiu para o início e para o respeito dos direitos fundamentais do homem.

Depois da segunda metade da Idade Média, surgiram e multiplicaram-se documentos cujo objetivo era de garantir e reconhecer direitos fundamentais. Assim foi com as forais e com as cartas de franquia, que escritas por senhores feudais ou reis, delineavam direitos pertencentes a determinadas comunidades para que fossem respeitados.

Em 1215, nasce o constitucionalismo, com a outorga da Magna Carta de João Sem Terra em favor dos barões ingleses, limitando o poder absoluto da monarquia, que então passava a estar sujeito à lei, garantia certas liberdades políticas e tornava a igreja livre da ingerência do rei.

No mesmo ano, afirma Prado, o Papa Inocêncio III proibia, no Concílio de Latrão, as ordálias, reduzindo-se, ainda que insuficientemente, o sofrimento causado pelo modo de persecução e expiação das infrações penais, embora o mesmo Papa tenha introduzido oficialmente na igreja o procedimento inquisitorial¹¹⁷.

Nas comunas e burgos livres da Europa, foi difundindo-se a noção de direitos básicos, especialmente quanto as liberdades civis/públicas, já que estes locais não estavam vinculados a qualquer Estado ou rei, e viviam fora do processo de fragmentação social natural

¹¹⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006., p. 19.

¹¹⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. op. cit., 19

¹¹⁷ Ibid., p. 19.

de seu tempo. Na expressão de Fábio Comparato, “as cidades medievais eram verdadeiros centros de libertação: a condição servil perdia-se com a estada ininterrupta do servo no interior do burgo durante ano e dia”¹¹⁸.

Os movimentos de tolerância religiosa foram determinantes para quebrar o vínculo de poder entre o Estado e a Igreja, abrindo espaço para o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração, consagrados no *Petition of Right* (1628), no *Habeas corpus act* (1679), no *Bill of rights* (1689), nas Declarações de Independência dos Estados Unidos da América e de Direitos da Virgínia (1776), bem como na Declaração Francesa (1789).

Toda a positivação de leis que se inaugurou e que prosseguiu foi influenciada fortemente pelo predominante pensamento jusnaturalista, basta ver o conteúdo da Constituição Americana e Francesa, onde conceitos como o estado de natureza, lei natural - concebida como um complexo de normas que se coloca acima do ordenamento positivo -, e contrato social¹¹⁹, estão firmemente presentes porque as doutrinas contratualistas mantiveram, mesmo depois da constituição do Estado Político, a ideia de que os homens detém direitos naturais fundamentais.

A ideia de codificação é fruto ou nasceu com a cultura racionalista, “e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as ideias iluministas se encarnaram em forças históricas-políticas, dando lugar à Revolução Francesa, sendo de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a ideia de codificar o direito adquire consistência política”¹²⁰.

As grandes codificações do século XVIII e XIX são o fato histórico mais determinante e a causa primeira para o surgimento do positivismo jurídico. Elas representam “a realização política do princípio da onipotência do legislador (...), por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de a positivação do direito natural (...), o direito é expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão”¹²¹.

Da autoridade porque para ter eficácia o direito natural deve ser imposto pelo Estado, fruto do contrato social dos homens e, nisso, reside a raiz do positivismo jurídico. Da razão porque não é decorrente do arbítrio, mas, como se disse, do consenso social, fundado na representação política parlamentar.

¹¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989., p. 40.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** op. cit., p. 42.

¹²⁰ Ibid., p. 64-65.

O jusnaturalismo moderno produziu uma teoria do direito muito diferente das anteriores, como ensina Luis Fernando Barzoto:

O jusnaturalismo moderno vai propor uma teoria do Direito que naturalize a busca burguesa pelo acúmulo de riqueza e pela posse do poder político. Essa é a doutrina contratualista. Quais são os instrumentos mais eficazes para a busca dos fins próprios à esfera econômica e política da sociedade moderna (burguesa)? Certas faculdades (direitos) que serão naturalizados: o direito de propriedade (absoluto) e livre iniciativa, e o direito (dos mais abastados) de participar no processo político. Esses são os direitos que, pertencendo ao ser humano no estado de natureza, são reconhecidos como naturais. O contrato social disporá sobre o arranjo institucional que, do ponto de vista do indivíduo isolado, seja o mais vantajoso para o seu interesse. O resultado é um conjunto de direitos que, impondo-se ao Estado, viabilizem a busca do auto-interesse na economia capitalista e no Estado Liberal. A teoria do Direito não é mais uma teoria ética como no jusnaturalismo clássico, mas uma teoria da escolha racional (Rawls)¹²².

O positivismo, segundo Moncada citando seu fundador Augusto Comte, pretendia “dar a filosofia o método positivo das ciências e às ciências a ideia de conjunto da filosofia”¹²³. Ele vai iniciar a crítica ao pensamento jusnaturalista, dizendo que o direito é um conjunto de normas que nasce de decisões no interior da sociedade, sejam elas costumeiras, legislativas ou judiciais. O positivismo repudia a ideia de que o Direito possa derivar da razão, uma vez que não há uma ordem no mundo que dê sustentação a essas normas. O positivismo estava em conflito com o século anterior, alinhou-se com a escola histórica alemã e fez oposição ferrenha às concepções contratualistas para explicar a sociedade.

A cientificidade das ciências naturais e humanas do século XIX fez nascer nos juristas um “sentimento de inferioridade insuportável”, na expressão de Luis Fernando Barzoto. O século foi da tecnicidade jurídica, dos códigos e das constituições perfeitas, exatas, perfeitas, minuciosas, do primado dos conceitos formais, do formalismo, das sistematizações e das classificações. Enfim, no domínio da ciência jurídica e do direito privado.

Fundador da Escola Histórica, Friedrich Carl Von Savigny (1779/1861) foi o primeiro grande artífice deste “novo” Direito, fundando a moderna metodologia jurídica. O maior civilista alemão de todos os tempos dizia que “o direito não seria um produto da razão, mas sim do espírito do povo atuante da história, o direito natural seria pensado de modo especulativo, seria uma altivez sem fundo dos filósofos”¹²⁴. Ele contestou a existência de direitos inatos, imodificáveis, igual para todos, pois, para ele, “cada povo teria a sua própria

¹²¹ Ibid., op. cit., p. 54.

¹²² BARZOTO, Luis Fernando. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. op. cit., p. 644.

¹²³ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 309.

¹²⁴ KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. op. cit., p. 94.

individualidade, a sua própria alma”¹²⁵. Savigny definiu o Direito com um fato histórico e não como no jusnaturalismo, onde ele é concebido como uma ideia moral.

Importante esclarecer, com Bobbio, que a Escola Histórica pode ser considerada precursora do positivismo apenas por ser radicalmente contra o primado do direito natural e, contra ele, contrapõe o seu direito consuetudinário, porque o considera a única forma genuína do direito, enquanto expressão imediata da realidade histórica. O iluminismo submeteu o direito consuetudinário a uma demolidora crítica, por considerá-la “uma pesada e danosa herança da esconjurada Idade Média (..), como contrário as exigências do homem civilizado e da sociedade inspirada nos princípios modernos”¹²⁶.

A explicação é simples: como o Iluminismo considera necessário e possível substituir as confusas e numerosas normas costumeiras por um direito posto pela razão (Estado) e efetivada através da lei, “o movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista”¹²⁷, derivando daí, a aversão mortal de Savigny a qualquer tipo de codificação.

Coube a Immanuel Kant (1724-1804), a refutação científica mais precisa contra o direito natural racionalista, conseguida através de seu criticismo. De acordo com Kant, citado por Kaufmann e Hassemer:

o entendimento não conhece as coisas, tal como elas são “em si”, como elas são “realmente”, mas apenas tal como elas lhe “aparecem” por meio da sensibilidade. (...) O entendimento não tem um objeto que lhe seja próprio, não tem *intelligibilia* ou númenos; daí que ele apenas possa trabalhar e moldar aquilo que lhe é transmitido através dos sentidos, isto é, os fenômenos. Por outras palavras: o uso dos conceitos do entendimento para o conhecimento não incide sobre a realidade em si, mas apenas sobre os seus fenômenos, só sobre os objetos de uma possível experiência. Kant dí-lo expressamente: Consequentemente, não nos é possível um conhecimento *a priori*, senão o mero conhecimento do objetos de uma possível experiência. E noutra passagem: A analítica transcendental tem, assim, este importante resultado: que *a priori*, o entendimento jamais poderia realizar algo mais que a antecipação da forma de uma experiência possível em geral; que ele nunca poderia transpor as barreiras da sensibilidade, dentro das quais só nos são dados objetos, uma vez que aquilo que não é fenômeno não pode ser objeto de experiência.¹²⁸

Com isso, Kant provou que não é possível deduzir conteúdo metafísico de um direito natural, “simplesmente a partir de princípios formais apriorísticos, sem recorrer ao

¹²⁵ Ibid., p. 95

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** op. cit. p., 54-55.

¹²⁷ Ibid., p. 55.

¹²⁸ KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. op. cit., p. 97.

empírico, e que, por isso, uma metafísica com conteúdo jamais poderá ter validade universal e ser matematicamente exata”¹²⁹.

Assim, a partir da razão ou da natureza, não seria possível fundar um direito natural com conteúdo igual e universal para todos os homens. Esta foi, sem dúvida, uma sentença de quase morte para o jusnaturalismo.

No entanto, Kant escapou e não deduziu uma fundamentação exclusivamente positivista ao direito e do Estado, conforme ensina Kaufmann e Hassemer:

“Pode ser concebida uma legislação exterior que contivesse unicamente leis positivas, mas, nesse caso, teria que estar pressuposta uma lei natural, que justificasse a autoridade do legislador (isto é, a competência de vincular outros por via do seu livre arbítrio)”¹³⁰.

Mas o que seria esta lei natural como fundamento de validade? Kant faz algo autêntico e novo. “No lugar do problema de uma ética material objetiva, que ocupou toda a doutrina do direito natural desde então, Kant coloca o problema da moralidade subjetiva. A autonomia moral do homem é elevada a princípio do mundo moral. A pessoa moral é fim em si mesma, não meio para fins alheios”¹³¹. Ao como do comportamento moral, Kant respondia com seu famoso imperativo categórico “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”¹³².

A contribuição de Kant foi decisiva para quase sepultar o jusnaturalismo e, ao mesmo tempo, dar uma força incrivelmente forte para a fundamentação filosófica dos direitos humanos fundamentais, porque disse não existir direito natural objetivo, mas sim direito subjetivo natural.

Depois, o positivismo se consolidou e atingiu seu ponto máximo com o Código de Napoleão em 1804, fato histórico que produziu enorme influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno, especialmente porque a partir dele, quase a totalidade dos códigos sucedidos no mundo foram nele baseados.

A onipotência do legislador, na expressão de Bobbio, foi a característica mais marcante do positivismo jurídico e obra do pensamento iluminista. O código napoleônico alçou a condição de verdadeiros dogmas que o juiz não poderia criar o direito, mas também não deveria negá-lo, o que pressupunha que a ordem jurídica fosse um todo fechado. Isso foi

¹²⁹ Ibid., p. 98.

¹³⁰ Ibid., p. 99.

¹³¹ KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. op. cit., p. 100.

¹³² Kant, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 62.

criação da Escola da Exegese, que inaugurou um método de interpretação da lei, a partir dos textos legais, a fim de que fosse ensinado somente o direito posto e se deixasse de lado as teorias gerais e, especialmente, as concepções jusnaturalistas (“todas coisas inúteis ou perigosas, aos olhos do governo de Napoleão”¹³³).

Coube a Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), forjado na filosofia kantiana, impedir os abusos do pensamento jusnaturalista da onipotência do legislador, dizendo que “1. Existem direitos subjetivos do homem, que são indisponíveis, por decorrerem da sua autonomia moral: ou seja, aproximadamente o que nós hoje designamos por direitos humanos; 2. Característica essencial e indispensável de todo o direito objetivo é a sua positividade”¹³⁴.

Fundador da moderna teoria do direito penal e autor do Código Penal da Baviera (1813), Feuerbach inovou ao dizer da necessidade de se vincular a jurisprudência com a lei, ou seja, *nulla poena sine lege*, “com base, antes de mais nada, na ideia liberal segundo a qual o direito penal mais do que justificar limita o poder repressivo penal”¹³⁵. Depois, seu discípulo Franz von Litz dirá que o código penal é a magna carta do criminoso.

Feuerbach não exigiu do juiz “obediência à lei a qualquer preço, pelo contrário, a desobediência do juiz seria um “dever sagrado” sempre que “a obediência traisse a justiça cujo serviço seria sua razão de ser”, isto é, não há vinculação à “lei injusta” (Gustav Radbruch)¹³⁶.

O desenvolvimento do capitalismo, da industrialização e o aparecimento do Estado social acabam exigindo do direito um elevado grau de segurança jurídica, que não pode ser assegurado pelo sistema de direito natural tradicional, pois havia a necessidade de leis gerais e abstratas. Com o tempo, a lei emitida pelo Estado passa a ser legítima e incontestável, e seu poder está vinculado à sua validade. A validade, por sua vez, decorre do respeito ao seu procedimento formal, e não do seu conteúdo material. Assim, passou-se do positivismo científico para o legalista.

Foi nesta quadra da história que o Estado liberal sofreu seu primeiro duro golpe, quando a Revolução Mexicana conseguiu sua Carta Política, em 1917, que foi a primeira a alçar os direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma

¹³³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** op. cit., p. 81.

¹³⁴ Ibid., p. 116.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** op. cit., p. 116

dimensão social só veio a se firmar após a Guerra de 1914-1918. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém criada Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Conferência de Washington do mesmo ano, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana. Trata-se da limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.

As constituições mexicana e alemã dão início ao novo constitucionalismo, porque consagraram os chamados direitos sociais de segunda geração/dimensão, concernentes às relações de produção e de trabalho, à educação, à cultura, à previdência, e, também, porque reorganizaram o Estado em função da sociedade, e não mais do indivíduo.

Os positivistas do final do século XIX e início do século XX, por certo, partiam do pressuposto, para eles claro com o sol, de que o legislador, o Estado ou o poder soberano não criariam leis injustas, talvez por serem filhos do jusracionalismo iluminista, no qual “a lei incorpora um pouco da ordem condicionada pela natureza das coisas; em cada área regular a intenção de justiça é decisiva e claramente visível, em toda a prossecução de fins exigida pela vida social a ideia de direito não deve ser esmagada pela crassa utilidade”¹³⁷. No entanto, infelizmente, eles estavam errados.

2.10 Século XX: o Ressurgimento do Direito Natural e a Consagração dos Direitos

Humanos

Um dos momentos mais negros da história da humanidade e de uma vergonha sem precedentes para a filosofia do direito alemão foi o nacional socialismo. O nacional socialismo foi um movimento de ideias desencadeado na Alemanha depois da sua derrota na Primeira Guerra Mundial (1918), cujos objetivos eram lutar contra os acontecimentos revolucionários de natureza comunista (1919-1920) e, especialmente, posicionar-se contra a política das nações vencedoras da guerra materializada no Tratado de Versalhes, com o retalhamento do seu território e o roubo das suas colônias.

Adolf Hitler fundou o Partido Nacional Socialista Alemão dos Trabalhadores em 1921. Depois de alguns anos de propaganda e de luta contra os comunistas, o partido não demorou em conquistar o poder, com sucessivas e crescentes vitórias eleitorais por meio da democracia, já que estava em vigor a Constituição de Weimar.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** op. cit., p. 117.

¹³⁷ Ibid., p. 122.

A doutrina nacional socialista (nazista) deu origem a uma teoria completamente nova sobre o Estado e o Direito, com a eliminação de toda a concepção individualista, com a substituição por uma concepção comunitária, onde esta prevalece sobre aquela. Também tinha como intenção a “construção do Estado como uma realidade jurídica, dotada de soberania e sobreposta à nação, mas exclusivamente como uma aparelhagem de meios ao serviço da única realidade social, histórica, étnica, política e moral, chamada comunidade nacional ou *Volksgemeinschaft*¹³⁸. Por fim, havia uma concepção racista que era a base do conceito da comunidade do povo alemão, cujo elemento étnico ou racial primordial era eliminar os judeus.

Com essa base teórica, os direitos humanos fundamentais foram qualificados como legados do liberalismo e do individualismo e, portanto, junto com o judaísmo, pacifismo, socialismo e a maçonaria, eram considerados os inimigos fundamentais da filosofia nacional socialista. Com o conceito de comunidade sobrepondo-se ao individual, foi construída uma nova espécie de democracia, a de massas, diferente da liberal, mas baseada na doutrina jacobina de Rousseau, Robespierre e Danton. A *Volksgemeinschaft* fazia as vezes do proletário, na base do estado soviético e as do povo atomístico na base da democracia burguesa¹³⁹.

Também é preciso contextualizar historicamente que o “complexo de inferioridade” da nação alemã foi decisivo para o trágico desfecho, conforme ensina Moncada:

historicamente dotada de faculdades civilizadoras e tão duramente tratada pela história; o ressentimento da derrota de 18 e da injusta Paz de Versailles; a sua necessidade de defesa contra o comunismo; e ainda os seus próprios apetites imperialistas, num clima de cultura todo enformado e alimentado por essa ética das relações entre os povos, aliás não inventada mas já consagrada pelos seus grandes êmulos do século XIX, foram as circunstâncias que, por fim, levaram o povo alemão a fazer de uma tal ideologia o instrumento dum dos maiores e mais trágicos infortúnios que a história de todos os tempos registra¹⁴⁰.

No Tribunal de Nuremberg, os juízes aliados viram-se diante de um argumento irrefutável juridicamente dos réus alemães, que se utilizavam duma premissa estritamente positivista, fundada no cumprimento da lei do Estado nazista, para fundamentar a matança de judeus. Assim, por agirem dentro da legalidade do Estado, não poderiam ser punidos. Ao final

¹³⁸ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 391-392.

¹³⁹ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 392-392.

¹⁴⁰ Ibid., p. 392.

do julgamento, o tribunal redescobriu o direito natural, dizendo que a exterminação de judeus fere a lei ordinária das nações civilizadas, que não poderiam ser anuladas por leis nacionais¹⁴¹.

Os horrores provocados pelo nazismo, especialmente quanto à perseguição dos “diferentes”, amparado por inflamados discursos de quem se pensaria que impor a resistência (o discurso de Heidegger de apoio ao nazismo quando assumiu a Reitoria da Universidade de Freiburg é recorrente), fizeram nascer entre as nações o sentimento de que alguns direitos básicos e inatos deveriam ser garantidos, como forma de buscar a paz mundial.

É nesse contexto da história que o direito natural renasce. Após a criação das Nações Unidas, para a elaboração do que seria a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a recém formada Organização das Nações Unidas incumbiu uma comissão de pensadores e escritores – A Comissão da Unesco para as Bases Filosóficas dos Direitos Humanos – que representavam diversas correntes do pensamento filosófico e político “a tarefa de estabelecer uma fundamentação dos direitos humanos”, que foram divididos em dois grupos: “aqueles que procuravam uma fundamentação naturalista para os direitos humanos e os argumentos baseados na interpretação historicista”¹⁴².

No centro do debate, Maritain, citado por Barretto, aduziu que para o grupo jusnaturalista o homem tem na sua essência direitos fundamentais, anteriores e superiores à sociedade. Para os historicistas, “o homem encontra-se imerso no processo histórico de diferentes sociedades e, por essa razão, possui direitos de conteúdo variável, sujeitos a mudanças ocorridas na evolução histórica”¹⁴³.

No plano da prática, esta aparente contradição foi atenuada, porque jusnaturalistas e historicistas acabaram por admitir argumentos um do outro. Os jusnaturalistas admitiram que o progresso da consciência moral é que irá assegurar a explicação dos direitos naturais, como fundamento das normas de conduta social. Por outro lado, os historicistas também admitiram que no curso da história, além dos direitos que surgem no processo de evolução da sociedade, existem outros direitos anteriores que tem origem no próprio processo de formação¹⁴⁴.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, foi a expressão materializada das duas teses, que embora sejam contrárias e sem fundamentos comuns, chegaram num

¹⁴¹ ENGELMANN, Wilson. Direito Natural. In: Barretto, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. op. cit., p. 159.

¹⁴² BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 20.

¹⁴³ Ibid., p. 21.

¹⁴⁴ Ibid., p. 21.

consenso em torno de critérios mínimos “que abarcam diferentes posições ideológicas e que são formalmente aceitas em diferentes sistemas jurídicos”¹⁴⁵.

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições democráticas modernas e a busca pela paz é pressuposto básico para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem.

A questão dos direitos humanos, embora a batalha entre historicistas e jusnaturalistas não tenha tido fim e talvez nunca termine, passa a ser, com Bobbio, não mais de “fundamentá-los e sim de protegê-los, porque o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Ibid., op. cit.

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992., p. 25

3 LEGITIMIDADE DA PUNIÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL

3.1 O Direito Penal dos Séculos XVIII ao XX e as Escolas Penais

Na passagem do feudalismo para a modernidade, o fenômeno da personalização do poder na pessoa do monarca contribuiu para consolidar a unificação territorial dos Estados nacionais em substituição ao modelo anterior, que se caracterizava pela existência de diversos centros de poder e de territórios. No Renascimento e no Iluminismo, os Estados nacionais reafirmaram as unidades territoriais e o poder do soberano, questão fundamental para a posterior consolidação e integração dos Estados. A confusão dessa nova estrutura entre o monarca e o Estado foi tão corriqueira neste período que ficou materializada na célebre frase de Luís XIV, da França, “O Estado sou eu”.

Em oposição a esta ordem personalista estava a classe mercantil, detentora do poder econômico e principal financiadora da burocracia estatal, mas que estava marginalizada do processo político e de poder, já que tais questões gravitavam em torno de quem estava mais próximo do soberano, ou seja, o clero e a nobreza¹⁴⁷.

Por estes motivos é que a bandeira das revoluções liberais estava conectada com a igualdade jurídica e a garantia de exercício das liberdades individuais, tidas pelo Iluminismo como inatas, quebrando, deste modo, o tipo de vínculo estamental que identificava as sociedades anteriores (antiga e medieval)¹⁴⁸.

A partir da consolidação do Estado (moderno), caracterizado por uma ideia de soberania, povo e território, a entidade racional e política formatada pelo Iluminismo nasce forte e tem o papel de estabelecer e manter a ordem social a partir de um contrato social, exercendo o controle através do monopólio da violência. O poder centralizado é uma de suas principais características, além do crescente orientação para a confecção das grandes codificações (fato que depois foi consumado no positivismo).

Estas características do incipiente Estado (moderno), em conjunto com os avanços científicos que ofereceram meios para que a produção em grande escala ocorresse (Revolução Industrial), aceleraram o fenômeno da urbanização. No entanto, as cidades não possuíam estrutura para abrigar tanta gente e a questão envolvendo a segurança, proposta do contrato

¹⁴⁷ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 108.

¹⁴⁸ Ibid., p. 108.

social, começa a ficar em risco, já que a camada mais favorecida economicamente (burguesia) não está contente com o quadro urbano caótico¹⁴⁹.

A quantidade de pessoas na nova ordem é imensa. Surge uma massa de miseráveis, muito bem retratada pela literatura. Ao mesmo tempo, a disciplina imposta pela igreja na organização social anterior já não dá conta dessa nova configuração social. Antes, a disciplina era mantida pela ideia de pecado e de punição, tudo com fundamento na expiação, mediante suplícios que afetavam o corpo para salvar a alma. Agora, outras formas de disciplina deveriam ser buscadas para manter a ordem¹⁵⁰.

Em síntese, este é o panorama social do início da era moderna, a qual necessita de rápida e eficiente solução para manutenção da ordem, da segurança dos cidadãos e das transações comerciais do capitalismo nascente¹⁵¹.

O princípio que vai reger toda a lógica da nova ordem e da teoria do direito penal é a do utilitarismo. As ideias e concepções que amparam seu discurso são oriundas do Iluminismo. Na dinâmica moderna e segundo a interpretação utilitária, o homem é movido pela energia do prazer e da dor. Estes dois vetores vão orientar o comportamento humano e são eles que vão dar as ferramentas para a construção das concepções da punição e da pena¹⁵².

A legitimidade da punição encontra-se respaldada pelo contrato social, já que o monopólio da violência estatal está fundamentado naquela cessão mínima de liberdade que cada indivíduo concedeu para sair do estado de natureza. Neste sentido vale a afirmação de Bicudo:

A manutenção da paz social justifica a punição. Define delito como sendo as ações que podem turbar essa harmonia social e, por isso, devem ser reprimidas, para que os homens não voltem ao estado de guerra. Delito, pois, já não é o que a religião considera pecado e que a moral condena como vício. Delito é tudo o que possa causar um dano social, no sentido de colocar em risco a paz e harmonia da convivência dos homens em sociedade.

A punição, nesse contexto, assume dois papéis relevantes: prevenir ações que perturbem a paz social e limitar o arbítrio do Estado na aplicação das reprimendas penais. Nesse sentido, Beccaria é considerado tanto como filiado a uma postura utilitarista quanto uma humanista¹⁵³.

A manutenção da paz passa a ser o fundamento da punição, já que o delito é entendido como uma forma de desestabilizar a harmonia social que deve ser reprimido para

¹⁴⁹ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 110.

¹⁵⁰ Ibid., p. 110.

¹⁵¹ Ibid., p. 110.

¹⁵² Ibid., p. 110.

¹⁵³ Ibid., p. 110.

que o estado de natureza (guerra de todos contra todos) não retorne. O crime deixa de ser um pecado para ser uma forma de conduta que causa dano social¹⁵⁴.

Foi a partir desta conjuntura histórica e da perspectiva utilitarista (Beccaria e Bentham), dominante entre os penalistas do período, que se passou a atribuir fins úteis à pena, que, inicialmente, seriam: a) impedir que o agente continue causando danos aos seus pares (prevenção especial) e b) demonstrar aos demais cidadãos que quem comete crimes está sujeito à punição (prevenção geral).

A punição passa a ter um critério proporcional à gravidade do delito (concepção que Aristóteles já havia desenvolvido), cuja função é criar na cabeça do agente e dos cidadãos as finalidades de prevenção geral e especial de crimes. Com Bentham, surge a proposta de ressarcimento à parte lesada. Ao mesmo tempo é excluída da punição a pena de morte ou qualquer tipo de suplício e tortura, e o cumprimento da sanção é realizada em prisões (panóptico), local em que o trabalho assume papel central para reformar/recuperar o agente e torná-lo útil à sociedade e dar fins humanitários à privação da liberdade.

A pena também assume o papel de frear/limitar o poder punitivo do Estado e judicial. Os julgamentos tornam-se públicos, com direito de presunção de inocência até o final julgamento. A prisão ganha natureza de exceção antes do julgamento. Ao juiz cabe o papel de aplicação da lei através de simples silogismo (lei maior x fato = punição ou absolvição). As leis devem ser claras, simples e anteriores (legalidade) ao fato punível, de modo que todos entendam¹⁵⁵.

O sistema de punição da modernidade ganha forma e apresenta-se como racional e harmônico, especialmente pela centralização da jurisdição iniciada no absolutismo e que, depois, foi consumada com o positivismo. A justiça da punição passa a ser um valor utilitarista, que se caracteriza pela quantificação da pena em relação ao grau do crime, cujos preceitos estão em sintonia com o capitalismo garantido pelo Estado, que prioriza manter a segurança e o comércio.

O desenvolvimento do direito penal foi muito forte na Itália, onde se fundou entre o final do século XVII e início do século XVIII a escola clássica de direito criminal. Fortemente inspirada nas propostas de Bentham e Beccaria, a escola clássica aprofundou os ideais humanitários e libertários iluministas, tendo como orientação a reação contra os excessos da justiça criminal medieval, além de estabelecer limites e fundamentos do poder punitivo do Estado, reagindo contra as penas cruéis, propondo a abolição da pena de morte e

¹⁵⁴ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 112.

¹⁵⁵ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. p. 113-114.

reivindicou um sistema de garantias para o acusado no processo e na fase de cumprimento da pena. O fundamento da punição para a escola clássica é a responsabilidade moral (autonomia moral/livre arbítrio), sendo a pena uma retribuição ao mal causado. Seus principais expoentes foram – além de Bentham e Beccaria – Feuerbach, Giandomenico Romagnosi, Giovanni Carmignani e Francesco Carrara¹⁵⁶.

Entre meados do século XVIII e XIX, também na Itália, Cesare Lombroso funda a escola criminal positiva. Caracterizada por ampliar o horizonte e o método de análise do fenômeno criminoso, e sob influência das ciências físicas, naturais, da sociologia, antropologia, psicologia e biologia (Darwin), o médico Lombroso, analisando e estudando os criminosos, suas vidas e traços físicos, utilizando-se dos critérios e métodos da antropologia geral, criou uma nova disciplina, a antropologia criminal, que “compreende o estudo orgânico e psicológico do homem delinquente”¹⁵⁷.

Especialmente com o desenvolvimento da sociologia, a escola positiva passou a entender o fenômeno criminoso não mais como um produto da vontade humana fundada no livre arbítrio (autonomia da vontade), como entendia a escola clássica, mas que fatores individuais (orgânicos e psicológicos), físicos (ambiente) e sociais (sociedade) eram determinantes para o fenômeno criminal¹⁵⁸. Assim, teses como a do criminoso nato e da fatalidade do delito eram recorrentes. O fundamento da punição desloca-se do campo filosófico e da moral para o campo do determinismo/fatalismo, ou seja, ao Estado cabe aplicar a pena porque o crime existiu. O direito não pode ingressar nos motivos da punição, já que isso é matéria própria de outras ciências (biologia, sociologia, medicina, antropologia e psicologia). Os principais expoentes desta escola foram – além de Lombroso – Enrico Ferri e Rafael Garofalo.

Buscando critérios comuns entre a escola clássica e a escola positiva, e sob a liderança de Franz von Listz, na Alemanha, surgiu a terceira escola (ou escola de política criminal alemã), cujo propósito era unificar as tendências das escolas anteriores. Para tanto, sustentava a autonomia do direito penal, sem que fossem desconsiderados os postulados da filosofia e, concomitantemente, as investigações no campo da antropologia e da sociologia deveriam ser intensificadas. Rejeitava a ideia do criminoso nato (fatalidade) e, embora não admitisse o livre arbítrio como fundamento da punição, sustentou que a pena deveria fundar-se na “capacidade de dirigir-se do sujeito, ou seja, em sua aptidão para sentir a coação

¹⁵⁶ DOTTI, René Arie. **Curso de direito penal. Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 151-152.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 154.

¹⁵⁸ DOTTI, René Arie. **Curso de direito penal. Parte geral**. *op. cit.*, p. 154.

psíquica. E quanto a pena, entende que ela se justifica por uma necessidade política e social em face de sua eficácia preventiva”¹⁵⁹.

Para Listz, a pena tem um conceito finalista, em nome da defesa social. Esta pena de fim deveria substituir a tese retributiva de pena, como era a proposta da escola clássica. Foi neste momento que as discussões em torno da pena deslocaram-se dos fundamentos da punição para os seus fins, ou seja, de um critério ético/jurídico de motivação passou-se para a já conhecida proposta iluminista – Beccaria e Bentham – de atribuição de fins utilitários à pena.

No início do século XX, também na Itália, no embalo do positivismo jurídico, Arthur Rocco fundou a escola técnico jurídica, cujas características eram de que o estudo do direito penal deveria concentrar-se na interpretação da lei positivada, na qual o penalista tinha o papel de proceder à crítica objetiva e se for o caso “propor as modificações no âmbito do Direito Penal, sobre a base de seus princípios e do seu sistema e não, subjetivamente, por influxo da Filosofia do Direito Penal e da Política Criminal”¹⁶⁰. Vincenzo Manzini foi, igualmente, grande defensor desta escola italiana e sua luta foi motivada, notadamente, para evitar a tentativa de subordinação do direito penal às investigações criminológicas formuladas pela escola positiva.

Ao longo dos séculos XIX e XX, a dogmática do direito penal concluiu de maneira praticamente consensual que a pena justifica-se em razão do tipo de convívio coletivo moderno, onde constitui “um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens”¹⁶¹. Sustenta Munhoz Conde, citando conhecida afirmação do Projeto Alternativo alemão, que a justificativa da pena não é uma questão religiosa nem filosófica, e sim uma amarga necessidade de seres imperfeitos como são os homens¹⁶².

Ainda que para a doutrina tradicional do direito penal os fins de prevenção geral e especial sejam as funções preponderantes da pena, não se pode perder de vista que a pena é caracterizada, em sua essência, como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa.

No curso da história do direito penal, do Estado e das teorias da pena, aparecem rupturas, especialmente na passagem das teorias retribucionistas da pena para aquelas

¹⁵⁹ DOTTI Ibid., p. 157.

¹⁶⁰ Ibid., p. 159-160.

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão.**, op. cit., p. 101.

¹⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal** Barcelona: Bosch, 1975. p. 33 e ss. apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**, op. cit., p. 102.

preventivas (especial e geral), além de outras mais recentes, como as da prevenção geral positiva, fundamentadora e limitadora, ou ainda a abolicionista, as quais serão exploradas com mais detalhes nos itens seguintes.

3.2 Teorias da Pena

A legislação brasileira não se filia a qualquer teoria da pena específica. Porém, dentro da legislação encontram-se manifestações das mais variadas tendências: políticas criminais liberais, conservadoras, instrumentais, simbólicas, entre outras¹⁶³.

Existem dois grandes sistemas que pretendem justificar ou abolir as funções do direito penal e da pena: teorias legitimadoras da pena e teorias deslegitimadoras do sistema penal.

As teorias legitimadoras do sistema penal são compostas pelas teorias absolutas (Kant e Hegel), que sustentam que a pena tem a função exclusiva de retribuição, seja de natureza jurídica ou moral. Pelas teorias relativas ou neo-retribucionista (Welzel e Jakobs), a pena tem função de prevenção geral, negativa ou positiva e prevenção especial. Por fim, as teorias unitárias ou mistas da pena (Roxin e Ferrajoli), pretendem dar à pena um sentido de justiça e utilidade.

Já as teorias deslegitimadoras do sistema penal são compostas pela teoria do abolicionismo penal, que se orienta na premissa de abolição de todo o sistema de justiça criminal, ao argumento de que este sistema cria mais problemas do que os resolve, e pela teoria do minimalismo ou abolicionismo mediato, que propõe a máxima redução do sistema penal, que deve ser operada mediante sucessiva descriminalização de condutas onde a repressão do Estado seja inadequada, seja pelo seu custo social, ineficácia ou por haver outros meios de controle (direito civil, administrativo, entre outros).

A sequência do trabalho demonstrará que a dogmática do direito penal se apropriou do discurso iluminista que buscava fundamentar a pena e, depois, passou a desenvolver em maior medida quais seriam os fins da pena – recuperar e impedir ocorrência de novos delitos –, deixando de lado os fundamentos éticos filosóficos da punição propriamente dita.

¹⁶³ O Código Penal Brasileiro não adota a teoria absoluta da pena em quaisquer das suas versões. As hipóteses dos artigos 27 (inimputabilidade dos menores de 18 anos), 15 (desistência voluntária e arrependimento eficaz) e 107 (anistia, graça, indulto, abolitio criminis, prescrição, decadência, perempção, perdão judicial, além do regime de progressão de pena, da condição de procedibilidade da ação penal mediante representação do ofendido), são atestados da incongruência do nosso regime com as teorias absolutas. Assim, o regime da teoria dialética unificadora de Roxin é o que mais se aproxima do adotado no Brasil.

O amplo desenvolvimento da teoria do delito ao longo dos séculos XIX e XX foi, sem dúvida, de grande relevância para a dogmática penal. No entanto, as interrogações quanto aos fundamentos e, principalmente, no que se refere a legitimidade da punição continuam gerando grande debate acadêmico.

Todas as teorias desenvolvidas pela dogmática do direito penal serão abordadas nos itens seguintes, visando esclarecer o posicionamento em relação aos fundamentos/fins a que se destina a pena.

3.3 Teorias Absolutas Ou Retribucionistas da Pena

As teorias absolutas da pena surgem concomitantemente com o nascimento do Estado absoluto, no qual, como já se disse, havia confusão entre o soberano e o Estado, moral e direito, Estado e religião, além da afirmação metafísica de que o poder do soberano provinha de Deus¹⁶⁴.

Na pessoa do soberano, portanto, estava concentrado todo poder legal e de justiça, e a ideia de pena estava conectada com a de castigo, sendo este o modo de expiação do pecado cometido, ou seja, no regime absolutista a pena era aplicada porque a ação delituosa era entendida como sendo uma ação contra o soberano e, em última análise, ao próprio Deus¹⁶⁵.

A primeira versão do Estado - absolutista - foi essencial para os propósitos capitalistas e da incipiente classe burguesa. Eis que esta nova classe - por razões econômicas - abriu mão do poder político e o delegou ao soberano¹⁶⁶, mesmo sendo a principal financiadora da burocracia estatal. Este momento de transição entre o Estado absoluto e liberal foi necessário, já que com o desenvolvimento da nova classe social havia urgente necessidade de proteção do capital.

Daí que a execução da pena neste período consistia na exploração da mão de obra, por meio de internamento dos indivíduos em cárceres, casas de trabalho (*workhouses*), hospitais, entre outros locais similares, os quais foram desenvolvidos principalmente na Holanda, Inglaterra e Alemanha¹⁶⁷.

A partir das revoluções liberais, o Estado passa a ser a expressão soberana do povo e a pena não pode ter seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 105.

¹⁶⁵ Ibid., op. cit.

¹⁶⁶ STRECK E MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. op. cit., p. 51.

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 106.

Deus/religião e o soberano. Daí que a pena passa a ser entendida como uma retribuição a perturbação da ordem política. “A expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens”¹⁶⁸.

Os dois maiores expoentes das teorias absolutas/retribucionistas são Immanuel Kant e G. W. F. Hegel. No entanto, embora adeptos da mesma corrente filosófica – o idealismo alemão –, as justificativas da pena são diferentes, já que em Kant o fundamento é ético e, em Hegel, jurídico.

Na tradição clássica não existe a ideia de igualdade (Aristóteles), mas apenas o reconhecimento de que a desigualdade é inerente (natural) aos seres humanos. Como a excelência da virtude é natural, a desigualdade entre as pessoas é também algo natural e a existência da diferença entre as pessoas seria, conseqüentemente, natural.

O cristianismo rompe com esta tradição do pensamento antigo, deixando um grande legado para a filosofia moral, que é a consagração da ideia de igualdade, que passa a ser fundante sobre toda e qualquer reflexão sobre a moral. Para o cristianismo não importa muito a excelência natural do talento, mas sim o bom uso que se faz do talento. Portanto, não é exatamente relevante para o talento, a força, a astúcia, a inteligência ou a beleza. O que é moralmente relevante é o bom uso que se faz destas qualidades. Este conceito acaba por igualar os homens, porque não importa se há desigualdade de competências, mas sim o bom uso que se faz do talento¹⁶⁹.

O segundo grande legado do cristianismo e que foi fundamental para a moral é a ideia de liberdade. Isso porque a partir do momento em que o uso do talento passa a ter importância, a liberdade vai ser a forma/instrumento de expressar e de deliberar sobre o uso dos talentos.

Kant, sem dúvida, está inscrito nesta tradição de pensamento (liberdade e igualdade) e tem uma reflexão voltada para os limites do conhecer, ou seja, ele procura estabelecer critérios racionais sobre a forma de conhecimento, o que traz reflexos sobre a moralidade, já que ele pretende demonstrar como seria possível, com as nossas faculdades

¹⁶⁸ Ibid., p. 106.

¹⁶⁹ De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Salienta-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do antigo testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** op. cit., p. 38.

intelectivas, estabelecer critérios morais que sejam universalmente bons, que ele denominou como imperativos categóricos.

A corrente racionalista (intelectualista) atribui soberania à razão sobre qualquer outra fonte de conhecimento. O empirismo atribui o limite do conhecimento à percepção sensorial do mundo. A corrente racionalista acredita somente na razão e despreza os sentidos, enquanto que os empiristas acreditam somente no que os sentidos percebem.

Kant dá largada a uma nova etapa da teoria do conhecimento promovendo uma revolução copernicana, já que ele promove o diálogo entre as duas correntes, coisa que nunca havia acontecido. Kant enuncia que para a apreensão do conhecimento importam duas coisas, as experiências sensoriais de um lado (conhecimento *a posteriori*) e, de outro, importa, também, as estruturas do conhecimento, anteriores ao conhecimento (conhecimento *a priori*), que vão permitir que as experiências sensoriais tenham sentido. “Essa nova direção consistiu, num primeiro momento, na distinção entre o conhecimento sensível, de um lado, e o conhecimento inteligível, ou nas palavras de Kant, na distinção entre o mundo fenomênico e o mundo *noumenal* ou da razão”¹⁷⁰.

O conhecimento *a posteriori* é de fácil identificação, porque diz respeito a todo aquele que se verifica através dos sentidos, como a visão, audição e o tato. O conhecimento *a priori* é aquele que independe da experiência sensorial, aquele que é inato, como por exemplo, o tempo, que é uma categoria *a priori* do conhecimento, pois é a partir do tempo e da experiência que é possível organizar as ideias de modo temporal. Outro exemplo de conhecimento *a priori* é o espaço, já que é graças a ele que se pode organizar espacialmente as experiências. Outra forma de conhecimento *a priori* é a causalidade, que nada mais é do que uma condição de entendimento humano do mundo, explicada a partir de causas e efeitos. “Os elementos *a priori* do conhecimento (intuições, categorias e princípios) revelam-se como tais pelo seu caráter de necessidade rigorosa e de validade universal”¹⁷¹.

Kant promoveu uma inversão radical na análise da teoria do conhecimento, uma revolução copernicana, dizendo que as condições do conhecimento não estão no mundo, mas sim no homem. Por isso, conhecer não significa colocar o sujeito gravitando em torno do objeto, mas ao contrário, colocar o objeto gravitando em torno do sujeito. Não existe conhecimento senão em função das características de quem conhece e dos mecanismos que se possui para conhecer.

¹⁷⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 32-33.

¹⁷¹ Ibid., p. 33.

Com a nova proposta de conhecimento, Kant substituiu a proposta idealista por uma realista, ou seja, é o espírito, o pensar, que vai construir o conhecimento, não sendo mais a realidade que se impõe ao mundo. O objeto é a maneira humana de conhecê-lo, havendo, desta maneira, a imposição do conhecimento humano sobre o objeto. Kant libertou a filosofia ocidental do paradigma teológico e metafísico da qual estava prisioneira, estabelecendo os princípios filosóficos da modernidade, atribuindo a razão como “instrumento nuclear do conhecimento”¹⁷².

A construção teórica baseada na igualdade e na liberdade possibilitou a Kant o desenvolvimento de sua teoria da moralidade fundada na liberdade. A busca pelo princípio supremo da moralidade realizada na *Fundamentação da metafísica dos costumes* é, basicamente, a busca da resposta à seguinte indagação: “como são possíveis os imperativos categóricos? Ou, em outros termos, como são possíveis os juízos sintéticos *a priori* práticos?”¹⁷³ Respondendo a esta indagação, Kant desenvolveu o conceito de autonomia da vontade, dizendo que o exercício da liberdade de vontade é a natureza da vontade de ser lei para si mesma¹⁷⁴, ou seja, para ser fundamento da moralidade, a liberdade tem que ser propriedade da vontade¹⁷⁵:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer, que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objetos e entrar numa crítica do sujeito, isto é, da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente *a priori*. Pela simples análise dos conceitos da moralidade pode-se, porém, mostrar muito bem que o citado princípio da autonomia é o único princípio da moral. Pois desta maneira se descobre que esse seu princípio tem de ser um imperativo categórico, e que este imperativo não manda nem mais nem menos do que precisamente esta autonomia¹⁷⁶.

¹⁷² BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 32.

¹⁷³ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 65.

¹⁷⁴ A liberdade enquanto autonomia ética do homem foi estabelecida por Rousseau, que é considerado por Kant o Newton do mundo moral. Rousseau mostrou que “a verdadeira essência do homem era a sua autonomia ética, que a liberdade era parte tão integrante do homem quanto a gravidade o era da matéria, e que a lei e o Estado só podiam ser entendidos à luz dessa realidade básica”. (FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 140).

¹⁷⁵ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen**. op. cit., p. 65.

¹⁷⁶ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. op. cit., p. 90-91.

Kant havia estabelecido na *Crítica da razão pura* que apenas o fenômeno é passível de conhecimento a partir da experiência. Diante da impossibilidade de se fazer experiência da liberdade, porque não há meios de prová-la, a solução foi pressupô-la:

O homem tem que pressupor-se como livre para que sejam possíveis os imperativos categóricos. O princípio de que a vontade é lei para si mesma é uma proposição sintética; a ligação entre vontade pura e vontade empírica, isto é, entre uma vontade boa e uma vontade afetada pelas inclinações, só é possível através da liberdade. Como já assinalamos, para que a liberdade possa ser o termo da conexão, é preciso que ela possa ser atribuída a todos os seres racionais, já que a moralidade tem que valer como lei universal. A liberdade tem de ser pressuposta como propriedade da vontade de todo ser racional, pois do contrário ele não poderia, de modo algum, pensar-se como agente¹⁷⁷.

O princípio da autonomia moral acaba por obrigar o indivíduo a agir segundo o seu próprio querer, fazendo dele um legislador universal. O princípio da autonomia se expressa no imperativo categórico que prescreve “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”¹⁷⁸. Com este imperativo categórico, “o princípio da autonomia fornece para a filosofia uma nova base, que se diferencia das éticas até então propostas, pois tem a pretensão de formular normas válidas e necessárias universalmente”¹⁷⁹.

Mesmo que a autonomia da vontade seja o fundamento filosófico da liberdade, “conceito chave da modernidade”¹⁸⁰, ainda resta uma questão a ser resolvida ligada a possibilidade de coexistência das mais diversas manifestações de vontades autônomas. Neste quadro, como se comportaria o direito, que tem natureza de coerção, sendo, portanto, um instrumento de negação da autonomia¹⁸¹?

Em Kant, “a ética ou moral (sentido amplo) é o conhecimento racional que se ocupa das leis das liberdades. A ética estuda, pois, as leis morais ou éticas (sentido estrito) e as leis jurídicas”¹⁸². A ética kantiana não é empírica, ou seja, não se funda na experiência, mas em categorias *a priori*:

Os princípios éticos têm de ser necessários e universais. A obrigatoriedade das leis morais e jurídicas vem da razão. Kant procura mostrar, com sua filosofia prática, que a moralidade não pode ser fundamentada na natureza. Há uma fundamentação autônoma, fixada pelos princípios da razão¹⁸³.

¹⁷⁷ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen.** op. cit., p. 66.

¹⁷⁸ Ibid., p. 62.

¹⁷⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** op. cit., p. 41.

¹⁸⁰ Ibid., 41.

¹⁸¹ Ibid., 41.

¹⁸² GOMES. op. cit., p. 61.

¹⁸³ Ibid., p. 61.

Assim como na ética, a moral kantiana não pode ser apreendida pela experiência ou em algo externo, mas deve ser encontrada em categorias *a priori*, em conceitos puramente racionais:

Na realidade, é absolutamente impossível encontrar na experiência com perfeita certeza um único caso em que a máxima de uma ação, de resto conforme ao dever, se tenha baseado puramente em motivos morais e na representação do dever. Acontece por vezes na verdade que, apesar do mais agudo exame de consciência, não possamos encontrar nada, fora do motivo moral do dever, que pudesse ser suficientemente forte para nos impedir a tal ou tal boa ação ou a tal grande sacrifício. Mas aqui não se pode concluir com segurança que não tenha sido um impulso secreto do amor-próprio, oculto sob a simples capa daquela ideia, a verdadeira causa determinante da vontade. Gostamos de lisonjear nos arrogamos; mas em realidade, mesmo pelo exame mais esforçado, nunca podemos penetrar completamente até os *móbilis secretos* dos nossos atos, porque, quando se fala de valor moral, não é das ações visíveis que se trata, mas dos seus princípios íntimos que se não vêem¹⁸⁴.

No racionalismo jusnaturalista kantiano há uma conversão da razão em fonte de toda a norma moral e jurídica. Enquanto o ser racional conhece a lei moral, o ser sensível não necessariamente obedece à lei moral, pois pode ser afetado pela experiência. A sensibilidade “não pode dar a máxima da ação, que deve ser buscada na razão, completamente *a priori*. A razão cria, para o homem, a obrigação moral, que se expressa através dos imperativos categóricos.

Os imperativos – hipotéticos ou categóricos – representam a fórmula encontrada por Kant de impor regras à conduta humana que sejam universalmente aceitas, justamente porque eles provêm da razão:

Ora, todos os imperativos ordenam hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade¹⁸⁵.

Os imperativos categóricos, ao contrário dos hipotéticos, tornam a ação objetivamente válida, sem intenção de qualquer finalidade e valem como princípio apodítico (necessário prático)¹⁸⁶. O imperativo categórico é o mandamento da moralidade, que traz

¹⁸⁴ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. op. cit., p. 42.

¹⁸⁵ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. op. cit. p. 52.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 53.

implicitamente a necessidade de obediência obrigatória e incondicionada, de validade geral. São leis que se tem que obedecer, mesmo contra a inclinação¹⁸⁷.

Kant se pergunta como seriam possíveis os imperativos¹⁸⁸? Como seria possível conectar um ato de vontade (empírico) com um ato *a priori*? A resposta a esta indagação foi suprida pelo desenvolvimento do conceito de liberdade, como fundamento supremo da moralidade. Ao desenvolver o conceito de autonomia da vontade, como sendo o exercício da liberdade de vontade, da natureza da vontade de ser lei para si mesma, a liberdade torna-se a própria vontade e o fundamento supremo da moralidade.

O direito em Kant é submetido ao tribunal da razão. Nele há uma legislação interna (moral) e uma legislação externa (jurídica). A liberdade interna gera a obrigação moral, a liberdade exteriorizada gera a obrigação jurídica, garantida por um sistema de coação, conforme ensina Bobbio:

Como deve ser entendido o uso que Kant faz dos atributos “interno” e “externo” referentes à distinção entre moralidade e legalidade? Deve-se entender, neste sentido: a ação legal é externa pelo fato de que a legislação jurídica, dita portanto legislação externa, deseja unicamente uma adesão exterior às suas próprias leis, ou seja, uma adesão que vale independente de pureza da intenção com a qual a ação é cumprida, enquanto a legislação moral, que é dita, portanto, interna, deseja uma adesão íntima às suas próprias leis, uma adesão dada com intenção pura, ou seja, com a convicção da bondade daquela lei. Disso se segue que o dever jurídico pode ser dito externo, porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei; enquanto o dever moral é dito interno porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação, mas também a agir com pureza de intenção¹⁸⁹.

Portanto, o conceito de direito é transcendental – *a priori* -, havendo peremptória recusa de sua construção empírica, dogmática “e uma particular disposição da vontade (vontade do legislador)”¹⁹⁰. Em Kant, segundo a interpretação de Bobbio, o fim do direito é realizar a justiça, que nada mais é do que garantir o exercício da liberdade:

O problema de Kant é, numa só palavra, o problema da justiça, ou seja, do critério com base no qual seja possível distinguir o que é justo do que é injusto. Quando ele diz que o direito é o “conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade”, não entende estabelecer aquilo que é direito na realidade histórica, mas aquilo que deveria ser o direito para corresponder ao ideal de justiça. Não está dito, com efeito, que o direito seja, na realidade, aquilo que Kant indica na sua definição. O que Kant visa é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se

¹⁸⁷ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. op. cit., p. 55.

¹⁸⁸ Ibid., p. 56.

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: UNB, 1997. p. 56-57.

¹⁹⁰ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito. Kant e Kelsen**. op. cit., p. 71.

para poder ser considerada como justa. Ainda que nenhuma legislação existente correspondesse plenamente àquele ideal, o ideal-limite ao qual o legislador deveria adequar-se e não uma generalização derivada da experiência. Para isso vale como confirmação a definição que dá a ação justa:

“Uma ação é justa, quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um poder continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei natural”¹⁹¹.

Bobbio explica que a preocupação de Kant é estabelecer o critério de uma ação justa e injusta e não de distinguir uma ação jurídica (conforme o direito existente) de uma ação não jurídica (não conforme o direito existente)¹⁹². Para Bobbio, este é o ponto central da filosofia kantiana, onde o ideal da justiça é a liberdade:

A justiça é liberdade. Com base nesta concepção, o fim último do direito é a liberdade (e entenda-se a liberdade externa). A razão última pela qual os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado, é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade, que não seria possível se um conjunto de normas coercitivas não garantisse para cada um uma esfera de liberdade, impedindo a violação por parte dos outros. O ordenamento justo é somente aquele que consegue fazer com que todos os consociados possam usufruir de uma esfera de liberdade tal que lhes seja consentido desenvolver a própria personalidade segundo o talento peculiar de cada um. Aqui o direito é concebido como um conjunto de limites às liberdades individuais, de maneira que cada um tenha segurança de não ser lesada na própria esfera de liceidade até o momento em que também não lese a esfera de liceidade dos outros. Portanto, não é suficiente, segundo o ideal do direito como liberdade, que o ordenamento jurídico estabeleça a ordem, nem é suficiente que esta ordem seja fundada na igualdade (também uma sociedade na qual todos sejam escravos é uma sociedade de iguais, ainda que iguais na escravidão). É necessário, para que brilhe a justiça com toda a sua luz, que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação. Motivo pelo qual seria justo somente aquele ordenamento em que fosse estabelecida uma ordem na liberdade. O direito natural fundamental pelo qual esta concepção é reforçada é o direito à liberdade¹⁹³.

O conceito de justiça como liberdade é a mais respeitada expressão da teoria kantiana, porque ela vai dar o lastro necessário para inspirar o Estado liberal. Trata-se do apogeu do direito natural fundamental de uma teoria da justiça onde a liberdade é, antes de tudo, o direito à liberdade¹⁹⁴.

Se o direito é a imposição de limites à liberdade de tal modo que um cidadão não viole a liberdade do outro, necessariamente, o direito em Kant vai ganhar natureza de coação. O direito positivo passa a ser um conjunto de condições, segundo as quais o arbítrio de um

¹⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. op., cit., p. 71-72.

¹⁹² Ibid., p. 72.

¹⁹³ Ibid., p. 73.

¹⁹⁴ Ibid., p. 74.

pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade, que só existe no estado civil¹⁹⁵.

Ele defende o direito como faculdade de coagir e considera que tudo que é contrário ao direito é um obstáculo à liberdade, segundo as leis universais. A coação é o elemento essencial do direito positivo, porque tem um caráter essencialmente ético, que não aparece somente em razão de sua finalidade de proteção da liberdade, mas porque a liberdade é considerada o único direito inato. A coação não perturba a ética do direito. Quando Kant diz que a faculdade de coagir está ligada ao direito, ele não tira o direito de mundo ético, mas nele insere a coação¹⁹⁶. A coação é o que vai dar eficácia ao direito, conforme ensina Salgado:

a coação do direito desempenha um papel meramente ancilar da liberdade, que é a sua *ratio essendi*. Está, por isso, totalmente condicionada pela liberdade erigida como princípio de legislação na República. No máximo, poderia a coação ser condição de existência do direito, (*ratio existendi*). Numa linguagem mais técnica, dá ela eficácia ao direito e não validade, que é buscada na sua instância última: a justiça como ideal de realização igual da liberdade¹⁹⁷.

Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant discorre sobre a punição, dizendo que quem não cumpre as disposições legais não é digno de deter a cidadania. Assim, torna-se obrigação do soberano castigar aquele que infringiu a lei. A infração da lei é entendida por Kant como um imperativo categórico, ou seja, como um mandamento que “representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”¹⁹⁸.

A concepção de retribuição da pena no sistema kantiano gira em torno da ideia de que a pena é um imperativo categórico. Como a moralidade é universal, não basta que haja legalidade nas ações, sendo preciso que o respeito à legalidade das ações morais seja o motivo concreto e verdadeiro que impulsiona a vontade¹⁹⁹. Neste sentido, o Estado, na visão de Kant, desempenha o papel concreto de educar a moralidade, “ou melhor, busca essa passagem da teoria do direito à teoria da virtude”²⁰⁰.

Após esta breve exposição do pensamento kantiano pode-se ingressar, efetivamente, na seara do seu direito penal, onde a pena nunca pode ser aplicada como

¹⁹⁵ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen**. op. cit., p. 72.

¹⁹⁶ Ibid., p. 75.

¹⁹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1995. p. 275.

¹⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 108.

¹⁹⁹ Ibid., p. 109.

²⁰⁰ Ibid., p. 110.

simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver cometido crime.

Para Kant, o homem não é algo suscetível de instrumentalização, que possa ser usado como simples meio. Ao contrário, ele deve ser considerado como fim em si mesmo, ou seja, sua ética da punição é frontalmente contrária a qualquer método que pretende castigar ao fundamento de mera utilidade social.

A aplicação da lei kantiana tem o propósito de realizar justiça em razão da infração da lei, sua pretensão inclinou-se exclusivamente para o *ius talionis* e seus principais argumentos são: “o mal não merecido que fazes a outro de teu povo, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras a ti mesmo, se o roubas, roubas a ti mesmo”²⁰¹. Desta maneira, Kant sustenta que não há nada melhor que o *ius talionis* para expressar a qualidade e a quantidade da pena, “mas com a condição, bem entendida, de ser apreciada por um tribunal (não pelo julgamento particular)”²⁰².

Em suma, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de ter cometido crime, ou seja, não há nenhum tipo de elaboração ou preocupação em considerar aspectos utilitários da pena, tanto para aquele que cometeu o delito ou para a sociedade. Kant, portanto, nega qualquer tipo de função preventiva – especial ou geral – da pena.

A teoria de Hegel que fundamenta a punição é exclusivamente retribucionista. Mas, ao contrário de Kant, seu fundamento não é ético, e sim jurídico/dialético. Sua tese é sintetizada pela conhecida frase: “a pena é a negação da negação do direito”²⁰³. Na filosofia hegeliana, o fundamento da punição encontra justificativa na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela ação do criminoso²⁰⁴.

Quando a ordem jurídica é negada pela vontade do criminoso, faz-se necessário negar a negação através do castigo para que a vontade geral seja reafirmada. A pena retribui ao delinquente o ato praticado e, segundo a intensidade da negação do direito, será também a intensidade da negação que é a pena²⁰⁵, conforme passagem de sua filosofia do direito:

A teoria da pena é uma das matérias que, na ciência jurídica positiva da época recente, tomou a pior direção, porque, nessa teoria, o entendimento não basta, porém depende essencialmente do conceito. – Quando o crime e a sua supressão, que se determina ulteriormente como pena, são somente considerados como um mal em

²⁰¹ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. op. cit., p. 177.

²⁰² Ibid., p. 177.

²⁰³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 120.

²⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 112.

²⁰⁵ Ibid., p. 112.

geral, pode-se certamente ver como é irracional querer um mal meramente porque um outro mal já está ali presente ([Ernst Ferdinand] Klein, *Princípios do Direito Penal [Alemão Comum]*, [Halle, 1795], § 9s.). Esse caráter superficial de um mal é pressuposto como o que é primeiro, nas diferentes teorias da pena, da teoria da prevenção, da intimidação, da ameaça, da correção etc., e o que deve daí resultar é determinado também superficialmente como um Bem. Mas não se trata meramente de um mal, nem desse ou daquele Bem, porém se trata de maneira determinada do ilícito e da justiça. Esses pontos de vista superficiais deixam de lado a consideração objetiva da justiça, que é, no caso do crime, o ponto de vista primeiro e substancial, e daí resulta, por si, que o ponto de vista moral, o aspecto subjetivo do crime, torna-se o essencial, misturado com representações psicológicas triviais dos estímulos e das forças dos móveis sensíveis contra a razão, da coação psicológica de seu efeito sobre a representação (como se uma tal representação não fosse também rebaixada pela liberdade a ser apenas algo contingente. As diversas considerações, que se referem à pena enquanto fenômeno e à sua relação com a consciência particular, e os que concernem às consequências da pena sobre a representação (intimidar, corrigir, etc.) são bem essenciais para ser examinados em seu lugar, isto é, na mera consideração da modalidade da pena, mas pressupõe a fundamentação de que o punir é em si e para si justo. Nesta discussão, não importa somente que o crime tem de ser suprassumido [;] não, eventualmente, como produção de um mal, mas como violação do direito enquanto direito e, em seguida, [saber] qual é a existência que tem o crime e que tem de ser suprassumida; ela é o verdadeiro mal, que tem de ser removido, e o ponto essencial é aquilo em que ela reside; enquanto os conceitos, a esse propósito, não são conhecidos de maneira determinada, assim é preciso que a confusão reine na consideração da pena²⁰⁶.

No pensamento de Hegel, o direito é expressão da vontade racional e o que é racional é real e o que é real é racional, sendo a racionalidade e a liberdade a base do direito. Como o delito é a negação do direito e entendido como manifestação irracional da vontade, surge o confronto dialético entre as duas vontades, a racional (jurídica) e a irracional (delito)²⁰⁷.

Com o sofrimento da pena, o delito é negado, expiado, sendo restabelecido o direito lesado. Resta cristalino no direito penal hegeliano seu caráter dialético, no qual a tese representa a vontade geral (ordem jurídica) e a antítese é o delito, que nega a ordem jurídica. Do confronto dialético é produzida a síntese, que nada mais é do que a negação da negação.

Para tentar sair da natureza exclusivamente punitiva da pena, pela simples imposição de um mal pelo mal anteriormente causado, o que para Hegel seria irracional, a imposição da pena implicaria, especialmente no restabelecimento da ordem jurídica, porque somente com a punição é que o criminoso seria tratado com racionalidade. Só assim o delinquente seria honrado, dando-lhe não apenas algo justo em si, mas dando-lhe o seu direito²⁰⁸.

²⁰⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do Direito**. op. cit., p. 122.

²⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e Alternativas**. op. cit., p. 112.

²⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e Alternativas**. op. cit., p. 113.

Pela exposição ficou claro que, como Kant, Hegel também rejeita os fins preventivos da pena, sustentando que a ameaça de punição ao homem, enquanto ser dotado de honra e liberdade, não pode ser fundamento na prevenção de crimes.

Também pertencente à escola retribucionista da pena, Francesco Carrara, na obra *Programa de direito criminal*, definiu a pena como sendo “o estabelecimento da ordem externa da sociedade”²⁰⁹. Para o jurista italiano as ações lesivas do direito, para a completa reparação, requerem uma sanção:

O perigo do ofendido já é agora, irremediavelmente passado, porque se converteu em um mal efetivo. Mas o perigo que ameaça a todos os cidadãos principiou agora, isto é, de que o perverso, se for deixado impune, contra outros renove as suas ofensas, e o perigo de que outros, encorajados pelo mau exemplo, também se entreguem a violar as leis. Isto excita, naturalmente, o efeito moral de um temor, de uma desconfiança na proteção da lei, tem todos os associados que nutrem, à sua sombra, a consciência da própria liberdade.

Este dano inteiramente moral (§ 118) cria ofensa a todos na ofensa de um, porque perturba o sossego de todos. A pena deve reparar esse dano com o restabelecimento da ordem, perturbada pela desordem do delito. O conceito de reparação, com o qual exprimimos o mal da pena, tem em si implícitas as três resultantes da correção do culpado, do encorajamento dos bons e da advertência aos mal inclinados. Mas esse conceito difere grandemente do conceito puro da emenda, e do da atemorização. Uma coisa é induzir um culpado a não mais delinquir, outra coisa é induzir um culpado a não mais delinquir, outra é pretender torná-lo interiormente bom²¹⁰.

Como se verifica na fundamentação supracitada, Carrara pouco acredita nos fins de prevenção que a pena pode produzir, porque a questão está no campo da autonomia moral de cada um. Sua fundamentação da pena está muito perto daquela desenvolvida por Hegel, ou seja, para Carrara, a questão da punição é necessária para reparar a ordem jurídica e punir o criminoso a fim de que ele não cometa mais crimes²¹¹.

Em síntese, como afirma Figueiredo Dias, a essência da pena reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nesta “essência se esgota, a pena pode assumir efeitos reflexos ou laterais socialmente relevantes (de intimidação da generalidade das pessoas, de neutralização dos delinquentes, de ressocialização), nenhum deles contende com a sua essência e natureza é função exclusiva do fato que (no passado) se cometeu”²¹².

Este é o grande mérito das teorias absolutistas, o de que cada pessoa seja tratada segundo sua culpa, a partir de sua liberdade e dignidade pessoal (autonomia). Tais elementos

²⁰⁹ CARRARA, Francesco. **Direito criminal. Parte geral, V. II**. Campinas: LZN. 2002. p. 78.

²¹⁰ Ibid., p. 79-80.

²¹¹ Ibid., p. 116.

²¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte geral. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 43.

irão marcar todo o direito penal humano democrático e civilizado moderno. Não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar o da culpa²¹³.

Mesmo assim as teorias absolutistas são alvo críticas. Roxin afirma que a ideia da pena como um imperativo categórico encerra um ato de fé, pois, considerando a razão humana, não é possível compreender pagar um mal com outro mal (sofrer a pena), ou seja, a ideia de pena, na concepção absolutista, não é sustentável racionalmente, ou é um ato de Deus ou uma especulação metafísica²¹⁴.

Bitencourt, seguindo a mesma linha de raciocínio de Roxin, diz que teoria retributiva pressupõe uma sanção (pena). Segundo ele, o fundamento da pena acaba por ser metafísico, o que não pode ser admitido, já que o Estado não pode retribuir com uma sanção toda a culpa. Para ele, a teoria retributiva não explica quando se tem que sancionar, mas apenas enumera que, para todo delito, deverá haver uma pena, sem descrever quais os critérios da punição, deixando sem limite o poder de punir do Estado²¹⁵.

Ferrajoli vai além, dizendo que se confunde o por que proibir (razão legal), com o por que castigar (razão jurídica), sendo manifesta, daí, a confusão entre direito e moral, entre validade e justiça, entre justificação externa e legitimação interna²¹⁶.

Figueiredo Dias diz que como teoria de fins da pena a doutrina retribucionista deve ser recusada, porque ela não é uma teoria de fins da pena:

Logo porque ela não é (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser), uma teoria dos fins da pena. Ela visa justamente o contrário disto, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins, como entidade que, no dizer de Maurach, louvado na lição de Hegel, existe na sua *zueckgelöste Majestät*, na sua majestade dissociada de fins. A partir daqui é só um jogo de palavras desinteressante saber se a concretização de uma ideia – no caso a ideia de justiça – não é também ela, um “fim”; ou como tal deve antes ser consideradas só finalidades empírico-sociais: quando se pergunta pelo fim da pena indaga-se de efeitos relevantes na e para a vida comunitária (...). O Estado democrático, pluralista e laico dos nossos dias não pode arvorar-se em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, servir-se de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta (do latim *ab-soluta*, terminologicamente: desligada), Daí, que tão-pouco possa ver-se o Estado como instância destinada à realização terrenal da ideia pura da “justiça” como um espécie de *Ersatz* da justiça divina²¹⁷.

Como se pode notar, muitas são as críticas às teorias retribucionistas, porém, a refutação às críticas será feita no terceiro capítulo, quando proporemos a reformulação ética

²¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte geral. Tomo I.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 45.

²¹⁴ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** 2ª ed. Belo Horizonte: Veja, 1993. p. 16.

²¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas.** op. cit., p. 119.

²¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 2001. p. 257.

²¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte Geral. Tomo I.** op. cit. p. 46.

da punição a partir da ideia de justiça formulada por Kant, que está lastreada na autonomia moral.

3.4 Teorias Relativas da Pena²¹⁸

O movimento Iluminista trouxe novos fundamentos à pena, que se inclinaram mais para uma finalidade social do que individual. A partir deste momento, desenvolveram-se as teorias da pena que se justificavam não sob o imperativo categórico da justiça absoluta, mas sim como meio ou instrumento útil e necessário de prevenção da criminalidade²¹⁹, daí que estas teorias não fundamentam a pena, mas lhe atribuem fins.

A pena não deixa de ser entendida como um mal, mas diferentemente da racionalidade retributiva, o mal é reconhecidamente necessário para manutenção da ordem social e de prevenção da criminalidade, ou seja, o objetivo da pena passa a ser de utilidade, no sentido de que não importa muito o passado, mas sim o futuro, que é a prevenção de delitos.

A legitimidade de impor uma pena para a teoria absoluta está fundada na ideia de realizar a justiça, enquanto que nas teorias relativas à finalidade é atender critérios empíricos e de utilidade para o futuro. Assim, o critério da prevenção geral surge como sendo aquele cuja ameaça, intimidação e advertência da pena tem o fim de provocar na sociedade uma sensação de desgosto, de tal forma que impeça a ocorrência de novos delitos. Já o critério da prevenção especial, incidente especificamente sobre o indivíduo que delinuiu, tem como função evitar que ele cometa novos crimes (neutralização) e de que seja ressocializado.

3.5 Teoria Relativa. Prevenção Geral Negativa da Pena

Filiado à escola clássica do direito penal, Feuerbach formulou a teoria da prevenção geral negativa, que tem a função de prevenção de delitos através da coação psicológica exercida pela norma, intimidando o agente mediante anulação de seus impulsos

²¹⁸ Atribuo a esta teoria como relativa, embora haja entendimentos contrários, como o de Zugaldia Espinar: “Só com certos matizes pode admitir-se que esta teoria da prevenção geral positiva seja uma teoria relativa da pena. Em primeiro lugar, porque resulta evidente seu paralelismo com a teoria da retribuição jurídica de Hegel, só que agora esta parece apresentar em “chave sociológica”: o que antes era uma exigência absoluta do Direito, agora é uma exigência para a integração do grupo social e do bom funcionamento do sistema. Em segundo lugar, porque propriamente não legitima a pena porque esta cumpra um fim útil de prevenção (evitação do resultado), senão porque cumpre o fim útil de assegurar a “confiança institucional dos cidadãos no sistema”. ZUGALDIA Espinar, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal. Parte general**. 2ª ed. Granada: Universidade de Gramada, 1991. p. 59.

²¹⁹ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. op. cit., p. 215.

sensuais²²⁰. Na proposta de Feuerbach, a pena deixa de ter um fim em si mesma, como ocorria na tese retribucionista e passa a ter um fim utilitário de prevenção geral.

Feuerbach concluiu que o homem comete crimes por motivação psicológica. A “sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que impulsiona, por prazer, a cometer a ação, a esse impulso, pois, da sensualidade, opõe-se um contra impulso, que é a certeza de aplicação da pena”²²¹.

Define-se como prevenção geral positiva porque a pena é instrumento de fortalecimento dos valores sociais contidos na norma. Para Feuerbach, a coação psicológica exercida sobre a sociedade teria o poder de intimidá-la a não mais cometer crimes, porque “el aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico”²²².

A teoria da prevenção geral negativa abandona qualquer tipo de especulação metafísica, separando o direito da moral, entre os fins de um e de outro, já que deixa de ser objeto/fundamento da pena aperfeiçoar, recuperar ou ressocializar o infrator, tampouco é sua função expiar a culpa pelo mal causado. A pena sai da seara individual e tem um fim social de proteção da comunidade, que se instrumentaliza através da intimidação.

A intimidação na teoria da prevenção geral negativa ocorre em dois momentos. O primeiro se dá antes da ocorrência do delito, quando a ameaça da pena provocaria intimidação na sociedade de maneira a impedir que o fato criminoso ocorresse. O segundo momento é a exemplar execução da pena para aquele que cometeu o delito e sua natural influência psicológica na comunidade, “já que do contrário se esvaziaria a ameaça inicial”²²³.

Kant chegou a formular sua crítica a esta teoria, dizendo que a pena “nunca pode ser aplicada como simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que delinuiu; porque jamais um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outro”²²⁴. Para Kant, os fins da pena pretendidos pelas teorias relativas implicam em violação

²²⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Valência: Trant lo Blanch, 1989, § 3 et seq.

²²¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. op. cit., p. 36.

²²² ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y Garcia Conlledo e Ravier de Vicente Remesal. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2003. p. 91.

²²³ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. op. cit., p. 217.

²²⁴ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. 2ª ed. Ícone: São Paulo, 1993. p. 176.

da dignidade. Hegel, citado por Busato e Huapaya, advertiu que se a pena persegue finalidades se degrada a personalidade de quem padece²²⁵.

Roxin também elabora sua crítica, dizendo que a prevenção geral negativa não esclarece que tipo de comportamento o Estado pode promover a intimidação, ou seja, desde que aceito o fim de intimidação, está justificada a intervenção penal, o que pode desembocar em um Estado de terror ou de polícia²²⁶.

A prevenção geral negativa tende a suprimir a culpabilidade, elemento que visa limitar a duração das penas, porque se o objetivo da pena é a intimidação, estão ausentes os critérios de justa medida e de proporcionalidade, podendo haver tanto pena quanto seja necessário ao propósito intimidatório²²⁷.

O Estado moderno não hesita em utilizar-se de expedientes intimidatórios para responder a sensação de insegurança cada vez mais intensa na sociedade moderna. O tema que mais ocupa a discussão coletiva no país é o fenômeno da violência, interessando mais à população, hoje, a segurança do que a saúde, a educação, ou o bem estar e o lazer.

Nesta esteira, a mídia e o Estado, com o objetivo de justificar a necessidade de implantação de novas medidas opressoras da liberdade, supervalorizam a possibilidade de o cidadão vir a ser vitimizado, criando a ilusão de que a intimidação através de maiores e mais duras penas coibiriam a violência. O discurso simbólico da pena, que se utiliza de expediente intimidatório também já foi usado em Estados autoritários²²⁸, o que bem demonstra o perigo

²²⁵ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.** op. cit., p. 217.

²²⁶ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** op. cit., p. 23.

²²⁷ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. op. cit., p. 218.

²²⁸ Gustav Radbruch aduz que “a teoria da intimidação experimentou um renascimento, não em sua forma liberal e de Estado de direito antes descrita, porém em sua conversão supra-individualista: no direito penal terrorista do fascismo. A exposição de motivos anexada ao novo Código penal italiano (1930) parte expressamente da concepção fascista do Estado como um organismo: “O Estado não simboliza mais a soma aritmética dos indivíduos que compõem, mas é o resultado, a antítese e o compêndio dos indivíduos, grupos e classes que o representam, com vida própria, fins próprios, necessidades e interesses próprios, que, em extensão e permanência, superam a vida dos indivíduos, grupos e classes, estendendo-se a todas as gerações passadas, presentes e futuras”. O direito penal desse Estado não tem o caráter de uma defesa da sociedade (*difesa sociale* no sentido de Ferri), mas o de uma defesa do Estado mesmo (*difesa propria dello Stato*) e considera como meios para essa defesa a intimidação e a neutralização (*Unschädlichmachung*), que atuam sobremaneira em inúmeras ameaças de pena de morte. “O homem com o qual esse Estado – pressuposto prévio dos super-homens como chefes (*Führer*) – há de contar, não é o homem fraco, desamparado, necessitado de apoio, mas, do mesmo modo, é novamente o homem forte; em primeira linha, o delinquente é considerado como o inimigo que se revolta contra o regime estatal, diante do qual a intimidação a neutralização devem constituir as funções mais importantes do poder repressivo do Estado. O direito penal soviético também apresenta uma renovação do direito penal terrorista. O Código Penal Soviético de 1926 é o direito penal de um Estado de transição, mescla estranha entre um direito penal autoritário, que corresponde à ditadura do proletariado, e um direito penal social, em que se pressente e antecipa a sociedade sem classes do futuro. À concepção social do direito penal corresponde a que o direito soviético, segundo sua declaração formal, “não se propõe como tarefa nem a retribuição, nem a pena”; à concepção autoritária, no entanto, corresponde a que, ao lado da prevenção e da correção, se conserve a intimidação como fim penal – considerando-se em especial o crime político -, encarnada

de seu manejo político-midiático. Na afirmação de Roxin, citado por Busato e Huapaya, “quem quer se manter no poder sob intimidação maneja o incremento da pena”²²⁹, assim, o direito penal acaba sendo o instrumento do Estado para endurecer a legislação.

Os meios de comunicação de massa, sempre efficientíssimos, e munidos de excelentes recursos, trazem informações de extrema seletividade da violência, apresentando especialmente aqueles casos que mais despertam comoção social e que, por isso mesmo, logo são percebidos com deformidade, já que propícios à dramatização e manejo político.

E o Estado usa o direito penal como arma política para produzir novas leis penais, atendendo ao clamor social. Isso alivia – hipoteticamente – a ansiedade da maioria, como se a simples emissão dessas leis fosse suficiente para controlar ou suprimir os riscos. Desta forma, incumbe o direito penal de tarefa que não lhe é própria e lhe atribui um papel de delimitador da fronteira de risco da sociedade.

Mas essa desproporcionada inflação legislativa penal intervencionista de emergência, além de ineficaz, é contraproducente porque desmoraliza o direito penal, ao qual concede, apenas, um conceito simbólico, em vista da manipulação do medo e da insegurança, porque preocupado em reagir de forma desproporcional e desnecessária e porque direcionado a grupos específicos de crimes e delinquentes, como demonstrou a criminologia crítica com o *lebellling approach*²³⁰.

O Estado, lembrando Hobbes, é como a encarnação do “Leviatã bíblico” que, ao mesmo tempo, protege e ameaça os cidadãos. Assim, o Estado tanto representa esperança, quanto desperta temor, pois cuida e castiga, e sua onipotência deve servir para, através da lei, fazê-lo servidor das liberdades cidadãs. O Leviatã, por isso, necessita estar preso e domado pela legalidade, para que o cidadão não continue ludibriado, acreditando que através de um

sobretudo nas “medidas supremas de proteção social”, na substancialmente aparentada pena de morte. Ainda mais característica que a mescla de elementos autoritários do direito penal é, no entanto, no Código Penal soviético, a negação total das garantias do Estado de direito. As ações que as leis ameaçam com uma pena não podem ser delitos quando não possuem no caso particular o caráter de periculosidade para a comunidade; contrariamente, as ações não ameaçadas de pena podem ser delitos quando se apresentam como perigosas para a comunidade: a frase “*nullum crimen sine lege*” não tem validade na Rússia soviética. Mesmo o preceito “*cogitationis penam nemo patitur*” é demolido pois não só as ações preparatórias em geral são submetidas à penalidade, como também as pessoas que, “por seu vínculo com o meio criminoso ou por seus antecedentes signifiquem um perigo”, estão submetidas às medidas de proteção social. RARDBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 243-245.

²²⁹ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. op. cit., p. 219.

²³⁰ Para o *lebellling approach* não há conduta delitiva *per se*, por sua nocividade social, e sim uma mera escolha do que deve ser considerado criminoso. É dizer, se sustenta que as condutas são neutras, mas que os mecanismos judiciais escolhem das camadas mais humildes da população as pessoas que devem ser estigmatizadas com o rótulo de criminosas. BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. op. cit., p. 32.

Estado opressor das liberdades fundamentais, alcançará a solução de sua situação de insegurança.

A realidade (como se verá ao longo dos itens seguintes) acabou por demonstrar que a simples ameaça de pena não intimida, porque os autores dos delitos atuam sempre na esperança de que nunca serão apanhados, ou seja, eles creem mais na incapacidade do Estado em descobrir a autoria dos crimes, do que na imposição da pena propriamente dita.

3.6 Teoria Relativa. Prevenção Geral Positiva da Pena

Em Welzel, defensor da prevenção integradora ou positiva da pena, o fundamento vai além da não prevenção negativa. Para ele a pena visa infundir da consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores, adequados ao direito, visando promover a coesão social²³¹. A missão do direito penal é a proteção dos valores de caráter ético-social, mediante inclusão à proteção de bens jurídicos particulares²³².

Para esta corrente, a pena é a forma com que o Estado se utiliza para “manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal”²³³. A pena é o instrumento principal do Estado que visa atestar que a ordem jurídica é inquebrável, embora haja violações a todo momento da norma. Para cada violação haverá a imposição da pena, que visa reforçar os padrões de comportamento de acordo com a norma²³⁴.

Günther Jakobs, inspirado na Teoria dos Sistemas de Nicklas Luhmann²³⁵ e nas ideias do dano social que preconiza Talcott Parsons²³⁶, também desenvolveu sua teoria da

²³¹ Embora recentemente este tipo de prevenção tenha sido sistematizado, é importante lembrar que Durkheim já havia dito que a pena não serve ou serve de maneira secundária para corrigir o culpado. Segundo ele “a delinquência ofende estados fortes e definidos da consciência coletiva o fator de coesão social, razão por que a pena, como reação passional àquela ofensa perpetrada, restauraria a coesão social, mantendo, assim, a vitalidade da consciência coletiva. A pena, enfim, seria a restauração simbólica da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinquente, cuja reação é necessária para a estabilização social. DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 81.

²³² WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. 4ª ed. Santiago do Chile: Civitas, 1993. p. 5.

²³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte geral**. Tomo I. op. cit., p. 48.

²³⁴ *Ibid.*, p. 49.

²³⁵ “Nicklas Luhmann parte de considerar a sociedade como um sistema independente do indivíduo. Por isso, as modificações que o cidadão produz se traduzem no sistema, o qual gera novas expectativas ante seus membros, que assimilam ou rechaçam as expectativas produzidas, mas não de forma individual, senão como um sistema social completo. As expectativas individuais são manejadas através de rôis, cujo cumprimento determina a harmonização do sistema, que se racionaliza através de sua funcionalidade” BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. op. cit., p. 238.

²³⁶ “Com Talcott Parsons, o controle social passa pela “domesticação do cidadão”, constituindo um processo de neutralização das condutas desviadas. Sierra Lopes comenta que o Estado capitalista aparece como um Estado interventor nas relações entre seus cidadãos, para manter a harmonia do sistema social. O indivíduo deve estar

prevenção geral positiva, dizendo que para a análise da pena é necessário ter em vista sua funcionalidade no sistema social, seu papel no controle, dentro do sistema de expectativas que deriva dos contatos sociais²³⁷. Assim, a norma penal tem função sistêmica de estabilização das expectativas sociais²³⁸, ou seja, “a pena é uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável”²³⁹. Então, sua função é afirmar positivamente a respectiva validade normativa, nas palavras de Jakobs, “a estabilização da norma lesionada”²⁴⁰ como “réplica que tem lugar frente ao questionamento da norma”²⁴¹.

Para a perspectiva sistêmica, portanto, “a reação punitiva tem como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e para a integração social”²⁴². Neste raciocínio o direito se legitima a partir de sua aceitação pelo sistema social. O que se lesiona não são bens jurídicos, mas sim a norma mesma, e a natural confiança institucional que os indivíduos depositam na norma.

Contundente crítica ao sistema de prevenção geral positivo de Jakobs faz Silva Sánchez, afirmando:

Tal função não legitima ou justifica a intervenção penal. Não creio achar-me demasiado longe do correto ao afirmar que a tipificação, na forma em que se tem produzido em Espanha, de delitos como o delito fiscal, o relacionado ao meio ambiente tem respondido, em não pouca medida, à vontade de gerar na coletividade, ou em determinados âmbitos da mesma, uma “ética fiscal” ou uma “ética ecológica” até então “inexistente”, concluindo, no entanto, que o Estado carece de legitimação para “promover” através do direito penal dita função promocional. Tenho, porém, que não se pode creditar seriamente o surgimento dessa ética fiscal ou ecológica ao direito penal ou que ele tenha

socializado, aceitando e assumindo as regras de consenso social. Agrega Sierra López que nesta ordem de coisas, o castigo perderá seu significado tradicional de expiação ou inocuidade, para adquirir uma função de integração ao sistema, de forma que mantenha a estabilidade do mesmo”. BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. op. cit., p. 238.

²³⁷ “A pena é coação, mais exatamente coação – que, aqui, deverá ser tratada apenas resumidamente – de diversos tipos, misturados numa relação estreita. Em primeiro lugar está a coação como portadora de significado, como portadora da resposta ao crime: o fato enquanto fato de uma pessoa racional significa algo, mais precisamente uma desautorização da norma, uma agressão a sua eficácia; e a pena também significa algo, mais precisamente que a afirmação do agente é irrelevante e que a norma continua vigorando inalterada, mantendo-se, portanto, a forma da sociedade. Nessa medida, tanto o fato quanto a coação punitiva são meios de interação simbólica, e o agente é levado a sério enquanto pessoa; pois, se fosse incompetente, não seria preciso contradizer seu fato”. JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Trad. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 2

²³⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. Belo Horizonte: Delrey, 2001. p. 47.

²³⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: Parte generale. Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 9.

²⁴⁰ Ibid., p. 9

²⁴¹ Ibid., p. 14.

²⁴² BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención**. *Revista de derecho penal y criminología*. 29, v. VIII, 1986. p. 81.

concorrido decisivamente para isso. É mais exato ver-se o direito penal como um efeito, e não uma causa, da edição de leis penais a força jurídica que se lhe quer emprestar. Pretendê-lo é especular infundadamente²⁴³.

A título de exemplo acerca da ineficácia da função intimidadora da pena, pode ser lembrada a criminalização do aborto ou das drogas, que embora estejam vigentes há muito tempo, nunca impediram a prática de tais delitos, em razão da influência positiva da norma penal sobre a consciência ética.

Muitas são as críticas quanto a teoria de Jakobs, especialmente sobre o porquê da necessidade de estabilização da norma, eis que há uma pressuposição acerca da necessidade de estabilização desta. Mesmo admitindo a estabilização das expectativas normativas como função da pena, há outros meios de se chegar à estabilização com outros instrumentos de controle social, que não a pena, como o direito administrativo, civil, do trabalho, ou seja, existe uma multiplicidade de formas de estabilização da validade da norma, que não a pena²⁴⁴.

Para Zafaroni, no discurso jurídico da sociologia sistêmica, a pena deixa de perseguir fins preventivos gerais – “admite que não evita que outros cometam delitos, mas isso não interessa”²⁴⁵ – e, tampouco tem objetivos especiais – “também admite que não evita que o autor cometa novos delitos, e tampouco isto importa - ”²⁴⁶, ou seja, afasta-se do homem, perdendo-se todos os limites às garantias liberais, abrindo-se a possibilidade de punir ações meramente imorais que não lesionam ninguém (ou bens jurídicos), outorgando relevância e primazia aos dados subjetivos de ânimo e a sustentar um critério de pena puramente utilitário ou instrumental para o sistema²⁴⁷.

Afora isso, segundo afirmação de Barata, desta abordagem resulta uma clara tendência para o totalitarismo, pois sua rigorosa visão normativista e antinaturalista, em que se desenvolve o conceito da dogmática penal, perdem-se os referenciais extrajurídicos de delimitação da resposta penal²⁴⁸. O indivíduo é transformado em portador de resposta penal simbólica e, ao mesmo tempo, excluído do conflito, no sentido de que sua condição de destinatário de uma política de autêntica reinserção social²⁴⁹.

²⁴³ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992. p.301-303.

²⁴⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. op. cit., p. 50.

²⁴⁵ ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 86.

²⁴⁶ Ibid., p. 87.

²⁴⁷ Ibid., p. 87.

²⁴⁸ BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención**. *Revista de Derecho Penal Y Criminología* 29, v. VIII. op. cit. p. 88.

²⁴⁹ Ibid., p. 96.

Muito tempo antes, Durkheim afirmou que o crime ou as frustrações dos contatos sociais é um fator de saúde pública, inerente e necessário ao normal funcionamento de todo o sistema social, ou seja, o crime não é assim tão nocivo ou necessariamente disfuncional²⁵⁰.

Já para Figueiredo Dias, o ponto de partida das doutrinas da prevenção geral é prezável porque se liga direta e imediatamente à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos²⁵¹ e, partindo desta lógica, é compreensível que se exija da pena uma função preventiva, seja no momento da ameaça abstrata ou na concreta aplicação ou, ainda, na efetiva execução da pena²⁵². Segundo o português, está empiricamente comprovado que a pena tem um caráter intimidador e que repercute em menos cometimento de delitos. Segundo o português, de nada vale contra argumentar que os índices de criminalidade crescentes em todo o mundo mostram a ineficácia da intimidação pela pena. Para tanto sustenta que a criminalidade real continua desconhecida dos órgãos oficiais e o que cresce é o registro da criminalidade pela polícia, asseverando que a intimidação cumpre sua finalidade para a esmagadora maioria da sociedade. A discussão, segundo ele, pode ser ampliada para o campo da efetividade da punição, mas não quanto à sua finalidade²⁵³.

Por fim, assinala Figueiredo dias, que a prevenção geral na perspectiva de integração, enquanto tutela de confiança na validade e vigência da norma, ligada à proteção de bens jurídicos, ganha sólidos argumentos porque permite que se encontre uma pena justa,

²⁵⁰ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. op. cit., p. 83.

²⁵¹ Segue a definição de bem jurídico, na concepção de Roxin “(...) em um Estado Democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida, do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também das instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.), sempre quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos. Eles não são elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe – se eles o fossem, não poderia ser lesionados de nenhum modo –, mas circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade). Então não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege como a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são parte integrante da realidade empírica. Também os direitos fundamentais e humanos, com o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa, também são bens jurídicos. Seu desconhecimento prejudica verdadeiramente a vida na sociedade. De forma correspondente com o anterior, embora as instituições estatais como a administração da justiça ou o sistema monetário ou outros bens jurídicos de todos tampouco são objetos corporais, mas são realidades vitais cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a vida dos cidadãos”. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2ª ed. Org. e trad. André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17-18.

²⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte geral**. Tomo I. op. cit., p. 50.

²⁵³ Ibid., p. 50.

adequada e limitada pela culpa, cujos preceitos se inscrevem na tradição do Estado liberal de direito, sob o mando da dignidade da pessoal humana²⁵⁴.

3.7 Teoria Relativa. Prevenção Especial da Pena

Em 1882 foi publicado o clássico programa de Marburgo, que teve como maior figura Franz von Liszt, da escola moderna alemã, que organizou o pensamento sobre a teoria finalista da ação no direito penal²⁵⁵. Liszt combateu a tese do criminoso nato de Lombroso, afirmando que as raízes do agir humano devem ser buscadas dentro da própria sociedade, que modula, modifica e rotula os comportamentos, seguindo variáveis como educação, cultura, condições de vida, entre outros fatores.

Liszt universalizou e sistematizou racionalmente a pena, dizendo que a sua finalidade principal é prevenir de modo eficaz futuros crimes, conforme as peculiaridades (leia-se periculosidade) de cada infrator. A função da pena é: para delinquentes ocasionais que não precisam de correção, a advertência (intimidação); para os delinquentes que precisam de correção, a ressocialização (que também é conhecida como prevenção especial positiva) com educação; para o delincente incorrigível ou habitual, o fim da pena é torná-lo inócuo, por tempo incerto²⁵⁶. Na prevenção especial a pena serve de instrumento de atuação preventiva contra o delincente com a finalidade de evitar que no futuro ele cometa novos crimes e, diante desta lógica, a pena tem um fim de prevenção da reincidência.

Em suma, na prevenção especial, a função da pena e do direito penal é a proteção de bens jurídicos, mediante aplicação de pena sobre o agente, com finalidade de evitar futuros crimes, através de três formas: intimidação; correção e inocuização. Não há fins de intimidação do corpo social, nem de retribuição do fato praticado, e visa apenas o indivíduo criminoso, que deve ser tratado de acordo com o seu grau de periculosidade.

O pensamento de Liszt, com suas novas expressões de prevenção especial, segundo Bitencourt, é o resultado de diversos fatores que estão conectados com a crise do

²⁵⁴ Ibid., p. 51.

²⁵⁵ Segue a definição de ação do próprio Liszt: “II. Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte são dados os dois elementos de que se compõe a idéia de ação e portanto a de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado do ato. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal. Tomo I**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. p. 217-218.

²⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 128.

Estado liberal²⁵⁷, “o binômio pena-Estado viu-se afetado pelo desenvolvimento industrial e científico, pelo crescimento demográfico, pela migração massiva do campo às grandes cidades e, inclusive, pelo fracasso das revoluções de 1848 (também conhecidas como Primavera dos Povos), dando lugar ao estabelecimento da produção capitalista”²⁵⁸.

A burguesia estabeleceu uma nova forma de entender a função punitiva do Estado, ou seja, a defesa da sociedade ganha contornos jurídicos. “Em primeiro lugar a sociedade; o delinquente, como membro doente da mesma, deve ser extirpado, ainda que se tente sua recuperação, mas sem esquecer que se esta fracassar terá de ser definitivamente excluído do corpo social, recorrendo, se for necessário, à pena de morte ou à prisão perpétua”²⁵⁹.

Na nova organização social o cidadão deve cumprir sua função essencialmente pela força do trabalho e em havendo qualquer tipo de ação desviada, o comportamento é interpretado como rompimento da ordem, que o jurídico passa a entender como violação das bases fundamentais da organização social. Assim, o interesse jurídico-penal já não será apenas de restaurar a ordem (teorias retribucionistas), tampouco de promover a intimidação geral (terias da prevenção geral). A pena terá como fim a defesa da ordem e da sociedade²⁶⁰.

A crítica que se faz à prevenção especial (além da punição em razão da periculosidade do agente, e não em razão do fato) diz respeito ao limite teórico, porque pressupõe a existência de normas já vigentes, que produzem eficácia somente na fase da execução penal, não havendo manifestações sobre o limite da pena ou se há razões de política criminal. Em verdade, as propostas desta teoria dizem respeito a uma espécie de teoria da execução penal. Além disso, na prevenção especial de Liszt também há violação do princípio da igualdade, eis que o infrator responde por seu potencial de perigo à sociedade, e não pelo fato imputado²⁶¹.

Sobre o fim proposto pela prevenção especial, Figueiredo Dias aponta que existem divergências profundas quando se indaga de que forma a pena deve cumprir sua finalidade. Segundo ele, para alguns, a correção (moral) dos criminosos seria uma utopia, e só poderia dirigir-se a intimidação individual, e, para outros, a prevenção especial só alcança um

²⁵⁷ Sobre a crise do Estado liberal e as condições miseráveis da sociedade no início da revolução industrial já houve explicação no tópico 2.1.

²⁵⁸ BITENCOURT. op. cit., p. 130.

²⁵⁹ Ibid., p. 130.

²⁶⁰ Ibid., p. 131.

²⁶¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. op. cit., p. 60.

feito, o da defesa social quando exerce a segregação (neutralização) individual com fundamento na periculosidade²⁶².

A questão da análise da periculosidade do delinquente foi alvo de duras críticas, porque o seu conteúdo é de difícil definição, “reconhecer a periculosidade de uma pessoa exige a realização de um juízo quase profético que acerte sobre sua conduta futura”²⁶³.

Para Roxin, citado por Bitencourt, a teoria da prevenção especial é incapaz de limitar o poder punitivo do Estado, porque ela está inclinada a agir de modo terapêutico-social sobre os cidadãos que não se adaptaram ao sistema. Ele exemplifica dizendo que na hipótese do regime de um Estado qualquer passar a criminalizar seus inimigos políticos, basta afirmar que eles são, por exemplo, inadaptados ao social. Aduz, também, que a teoria não estabelece critérios mínimos para a duração da pena, o que pode ocorrer por tempo indeterminado, até a total correção do criminoso²⁶⁴.

Como pontos favoráveis ao sistema de prevenção especial, Bitencourt esclarece que se deve a esta escola o rompimento com a tese do criminoso nato, já que a análise da periculosidade do agente criminoso – de sua personalidade – fez com que se desenvolvessem explicações científicas sobre o fato criminal. Depois, as informações pessoais do criminoso também foram utilizadas como critérios para o agravamento e diminuição da pena, permitindo que a partir do conhecimento concreto da personalidade do agente, fossem-lhe aplicadas sanções diversas da prisão, dentro do possível. Outra questão favorável foi a sua proposta de recuperação do agente, que foi incorporada na maioria das legislações do mundo²⁶⁵.

Com Figueiredo Dias, outras questões são favoráveis a prevenção especial:

§ 24 O pensamento da prevenção especial – nomeadamente quando se assume como prevenção especial positiva ou de socialização – é decerto, a muitos títulos, tão prezável, quando indispensável. Tal como se viu suceder com o pensamento da prevenção geral, ele revela desde logo uma particular sintonia com a função do direito penal como direito de tutela subsidiária de bens jurídicos; pois não é outra coisa que se pretende senão aquela tutela quando com a pena se visa atuar sobre o delinquente no sentido da prevenção da reincidência. Ao que acresce que o Estado só se afigura instância legítima para inflingir ao delinquente uma pena que de todo o modo constitui um mal quando a esse mal pode ser assacado carácter social-positivo, tal como se encontra no pensamento da socialização; e mesmo no da defesa social, nos casos excepcionais em que a socialização se revele inalcançável ou desnecessária, mas os interesses de segurança da generalidade prevaleçam notoriamente sobre o mal que com a pena se faz sofrer ao delinquente. E ao que acresce ainda que o Estado tem o dever de auxiliar os membros da comunidade

²⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte Geral.** Tomo I. op. cit., p. 52.

²⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas.** op. cit., p. 134.

²⁶⁴ ROXIN, Claus. **Problemas básico del derecho penal.** Tradução Diego Manuel Luzón Pena. Madrid: Réus, 1976. p. 21 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas.** op. cit., p. 135.

²⁶⁵ Ibid., p. 133-134

colocados em situação de maior necessidade e carência social, a eles oferecendo – não impondo! – os meios necessários à sua (re) inserção social. De todos estes pontos de vista o pensamento da prevenção individual constitui uma parte componente irrenunciável das finalidades da pena para o qual se não divisa ainda hoje alternativa²⁶⁶.

Em suma, o pensamento da prevenção especial não pode assumir-se como finalidade única da pena, porque teria que concluir que a pena deveria durar o tempo necessário para fazer cessar a periculosidade social, ou seja, de modo indeterminado. Ao conectar esta questão com o fato de haver hipóteses de não correção, a solução seria, inclusive para pequenos delitos, penas longas ou até mesmo perpétuas, algo inimaginável para o atual estágio do Estado democrático de direito.

3.8 Teorias Unitárias (Ecléticas) ou Mistas da Pena. O Modelo Dialético Unificador de Roxin

As teorias unitárias ou mistas (ou ecléticas) da pena, dominantes no mundo do direito penal, pretendem combinar as teorias anteriores (absolutas e relativas), buscando explicar o fenômeno da punição na complexidade e pluridimensionalidade que o problema se põe. No começo do século XX, Merkel foi quem formulou e desenvolveu na Alemanha a teoria eclética e, desde então, é a opinião dominante porque, na afirmação de Mir Puig “entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.”²⁶⁷

As teorias mistas dizem que “a unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao direito penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem”²⁶⁸. Assim, esta teoria estabeleceu a crucial diferença entre fundamento e fim da pena.

O fundamento da pena fica adstrito ao fato criminoso perpetrado pelo delincente, ou seja, a justificação é o próprio crime. Com este fundamento, o princípio fundamental da prevenção geral (intimidação da sociedade) sai de cena, evitando que conceitos preventivos de pena incidam sobre pessoas que tenham grau de periculosidade fora dos padrões sociais, cessando qualquer tipo de necessidade de tratamento ou recuperação. O

²⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte geral.** Tomo I. op. cit., p. 54.

²⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte generale.** op. cit., p. 46.

²⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas.** op. cit., p. 142.

critério da periculosidade, sem dúvida, ofende a dignidade humana e reduz o homem a mero doente biológico ou social²⁶⁹.

Mir Puig divide as correntes ecléticas em duas. A primeira é a posição conservadora, representada pelo projeto oficial do Código Alemão de 1962, que visa a proteção da sociedade e que deve ter por base a retribuição justa e, na determinação das penas, os fins preventivos desempenham papel exclusivamente subsidiário, ou seja, a retribuição é o carro-chefe desta corrente. A linha progressista, materializada no projeto alternativo alemão de 1966, inverte esta lógica. O fundamento da pena é a defesa da sociedade, com a proteção de bens jurídicos. A retribuição tem como função estabelecer os limites máximos de exigência da prevenção, de modo a impedir que as exigências aumentem a pena para patamares acima do que é realmente²⁷⁰. Desta maneira, as teorias mistas dizem que o fundamento da pena é a base de onde se deve partir (o fato criminoso em si) e o fim da pena é o que se deseja com a punição.

No entanto, embora a teoria mista negue o fundamento da pena sob o ponto de vista preventivo, isso não significa que se prescindia dos fins que se persegue, pois o “direito penal, como fator ordenador da convivência, com o propósito teórico de melhorá-la, não pode consistir em um mero sistema de retribuições”²⁷¹.

Em síntese, as teorias unificadoras admitem a retribuição e o princípio da culpabilidade funciona como critério limitador da ação estatal. A pena não pode ir além da responsabilidade decorrente do fato criminoso, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial. Os dois principais expoentes das teses mistas da pena são Roxin, com sua teoria dialética unificadora, e Ferrajoli, com seu modelo garantista ou de direito penal mínimo.

Roxin privilegia a prevenção geral, embora sua teoria esteja embasada em três momentos que se completam: ameaça (cominação), a imposição (aplicação) e a execução da pena. Para fundamentar estes três momentos, escreve Roxin que a “teoria da pena que não pretenda manter-se na abstração ou em propostas isoladas, mas que tenha que corresponder à realidade, tem de reconhecer estas antíteses inerentes a toda existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las numa fase posterior”²⁷². A pena não pode superar

²⁶⁹ Ibid., p. 142.

²⁷⁰ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte Generale**. op. cit., p. 46.

²⁷¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. MORALES PRATS, Fermín e PRATS CANUT, Miguel. **Curso de derecho penal. Parte generale**. Barcelona: Editorial Cedecs, 1996. p. 84.

²⁷² ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. op. cit., p. 45.

em sua gravidade o grau de culpabilidade do delinquente e, somente a partir desta limitação, é que se pode estabelecer os fins de prevenção geral e especial.

Para Roxin, os fins do direito penal estão conectados com os fins do Estado, porque ele é o detentor do *jus puniendi*, especialmente porque no Estado Democrático de Direito, onde todo cidadão participa do poder estatal com igualdade de direitos, o papel do Estado é “criar e garantir a um grupo reunindo, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais”²⁷³.

Afirma o jurista alemão que a conformação política do Estado limita o direito penal, tornando-o subsidiário, ou seja, o *jus puniendi* não pode se ocupar de condutas morais ou não lesivas de bens jurídicos. No entanto, a pena não se exaure com a intimidação ou atemorização, cabendo também ao direito penal “fortalecer a consciência jurídica da generalidade dos seus destinatários”²⁷⁴. Além disso, a pena também serviria como mecanismo necessário para garantir as demais prestações estatais, através de um respeitoso sistema de autonomia da personalidade, limitada pela medida da culpa²⁷⁵.

Roxin argumenta que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva (geral e individual) de bens jurídicos e de prestações estatais (ressocialização), através de um procedimento que guarneça a autonomia da personalidade e que, em sendo necessária a imposição da pena, esta seja limitada pela medida da culpa²⁷⁶.

Para diferenciar sua teoria das outras teorias mistas, as quais Roxin denomina de “Teorias Retributivas da União”, onde, para ele, a ideia de retribuição não cabe como fim atingível junto com as finalidades preventivas, sustenta que a sua postura em relação a culpabilidade como causa e limite da pena assume função liberal absolutamente independente da retribuição e, “por amor a liberdade dos cidadãos também deveria conservar-se em um Direito Penal Moderno”²⁷⁷.

Ao superar dialeticamente o raciocínio da retribuição, Roxin tenta conciliar sua posição apenas com a prevenção especial e geral. Com isso, tornou possível a aplicação da pena sem a necessidade obrigatória de recuperação do delinquente, o que ficaria sem prazo

²⁷³ Ibid., p. 27.

²⁷⁴ Ibid., p. 33-45.

²⁷⁵ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.** op. cit., p. 231.

²⁷⁶ Ibid., p. 40.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito.** Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y Garcia Conlledo e Ravier de Vicente Remesal. op. cit., p. 100.

determinado. Havendo conflito entre prevenção geral e especial, prevalece a especial, sem que se exclua a geral²⁷⁸.

Embora se reconheça o esforço de Roxin, sua teoria não escapa das mesmas críticas que se faz as todas as teorias unitárias. Para Figueiredo Dias, as teorias mistas, enquanto teorias de fins da pena são inaceitáveis:

Porque, fazendo entrar na composição desejada, como quer que ela concretamente se estabeleça, a ideia retributiva, está a chamar para o problema da finalidade da pena um vector que, como procurou mostrar-se, não deve ser tomado em consideração neste contexto: a retribuição ou compensação da culpa não é nem pode constituir uma finalidade da pena. Nisto reside o essencial e decisivo da crítica global, não sendo outras considerações senão consequências decorrentes desta proposição fundamental. Até porque, entrando na fórmula combinada – repete-se: como quer que ela concretamente se componha – a ideia da retribuição, então esta, como ideia “absoluta” que se pretende, não pode deixar de ganhar predominância sobre as ideias (“relativas”) da prevenção. Por isso, valendo contra uma tal fórmula, completamente, as objeções que à ideia retributiva se devem opor e atrás ficaram consignadas. Haverá ainda que sublinhar, por outro lado, que quando se misturam doutrinas absolutas com doutrinas relativas fica definitivamente sem se saber qual o ponto de partida para se encontrar o fundamento teórico e a razão de legitimação da intervenção penal. Doutrinas absolutas e relativas são, na verdade, irremediavelmente diversas e provêm de concepções básicas diferentes, quando não antagônicas (com razão chamando por isso Roxin a estas concepções “doutrinas unificadoras aditivas”²⁷⁹).

Silva Sánchez argumenta que as teorias da união não podem ser consideradas como um ponto concluído na evolução das doutrinas legitimadoras do *jus puniendi*, porque fracassaram na solução do conflito dos fins, pois aparecem e infravaloram a significação do direito penal enquanto instrumento de garantia²⁸⁰. Muñoz Conde, citado por Busato e Huapaya, diz que “toda solução de compromisso desemboca em um ecletismo que, querendo contentar a todos, não satisfaz ninguém”²⁸¹.

É pouco convincente que a ameaça de pena exerça sobre as pessoas intimidação de tal ordem, que possa funcionar como controle da criminalidade através da prevenção geral e, no momento da aplicação da pena, sustente-se que a mesma pena se justifica para demonstrar a generalidade das pessoas o que ocorre com quem comete delitos, para, na execução da pena, sustentar a tese da ressocialização, esquecendo-se dos postulados anteriores.

²⁷⁸ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.** op. cit., p. 232.

²⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte geral.** Tomo I. op. cit., p. 59.

²⁸⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: Bosch, 1992, p. 202.

²⁸¹ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.** op. cit., p. 233.

Isolar a retribuição da culpabilidade é impossível porque, como afirma Francisco Antolisei, citado por Busato e Huapaya, “retributividade vive na culpabilidade; esta não é senão seu produto único. Ninguém em sã consciência, desde que afastemos a responsabilidade objetiva, aplica punição por mero castigo, senão em razão da culpabilidade”²⁸².

3.9 Teoria Unitária. Modelo de Direito Penal Mínimo de Ferrajoli

Luigi Ferrajoli, na clássica obra *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, propõe um modelo de direito penal a partir de uma concepção garantista (útil), em que os direitos fundamentais assegurados pelas conquistas liberais a partir século XVIII funcionam como limitadores do direito de punir do Estado.

Trata-se um modelo normativo que traz características de um sistema jurídico perfeito, ou seja, o modelo proposto é de dever ser e, portanto, sua normatividade está relacionada com o direito já existente²⁸³. Sua principal característica é a positividade, marca do direito moderno, que está fundada no respeito a sua forma de produção (formalidade), e, também, condicionada por conteúdos substanciais²⁸⁴.

O positivismo/iluminismo produziu a separação entre direito e moral e entre direito e natureza. Daí que o direito deixou de ser proveniente do estado de natureza (contrato social) e de valores morais tidos como comuns para determinada sociedade. O jurista italiano retoma o processo de laicização do direito penal iniciado por Bentham²⁸⁵ e Beccaria, desconectando a questão da punição de qualquer elemento ético ou moral, reconhecendo a punição como um mal necessário, mas sem fins de reeducação/ressocialização:

O modelo garantista reconhece que a pena, por seu caráter aflitivo e coercitivo é em tudo um mal, que não cabe encobrir com finalidades filantrópicas do tipo reeducativo ou ressocializador e de fato em último termo aflitivo. Ainda sendo um mal, contudo, a pena é justificável se (e somente se) se reduz a um mal menor com relação a vinganças ou a outras reações sociais e se (e somente se) o condenado obtém com ela o bem de que se subtrai dos castigos informais imprevisíveis, incontrolados e desproporcionais²⁸⁶.

²⁸² Ibid., p. 233.

²⁸³ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena.**, op. cit., p. 134.

²⁸⁴ Ibid., p. 135.

²⁸⁵ Cabe aqui uma explicação em relação a Bentham, que compreendia na pena a existência de um fator moral, consistente na reforma do criminoso (recebendo educação e trabalho), para que voltasse a ser útil à sociedade.

²⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoria del garantismo penal.** op. cit., p. 337.

Para Ferrajoli, formulador do modelo de direito penal mínimo ou de garantia, o direito penal é uma técnica de definição, comprovação e repressão da desviação²⁸⁷, sendo que o único fim que pode e deve ser perseguido – legitimamente – pelo Estado através da pena é a prevenção geral negativa, mas não apenas de futuros delitos, como nas doutrinas utilitárias tradicionais, mas também e, inclusive, as prevenções informais, ou seja, “à prevenção de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias, que podem resultar da ausência ou omissão do sistema penal”²⁸⁸. A pena não serve apenas para prevenir os delitos²⁸⁹, mas também para impedir castigos injustos do próprio Estado e da esfera privada. Trata-se de uma dupla função negativa: prevenir os futuros delitos e impedir reações arbitrária do Estado e da esfera privada.

Ferrajoli não acredita que a pena seja inibidora de crimes, dizendo que para este fim seria necessário um mal maior, não se podendo ignorar também as complexas razões sociais, psicológicas e culturais dos delitos, ou seja, estes fatores “não são neutralizáveis mediante o mero temor das penas”²⁹⁰.

A prevenção geral de delitos determina o limite mínimo das penas. Por outro lado, a prevenção arbitrária ou desproporcional – ex. vingança, abuso de poder entre outros -, determina o limite máximo das penas. A prevenção geral refere-se ao interesse da maioria não-desviada, enquanto que a prevenção especial implica na prevenção de reação sem controle pelo Estado, no interesse do réu. É deste conflito entre a prevenção geral e especial que nasce o direito penal, como necessidade política e social de mediar/administrar o conflito, controlando a violência e coibindo o arbítrio do Estado e da esfera privada²⁹¹.

Ferrajoli é contra a ideia de ressocialização do agente, ao fundamento de que não cabe ao Estado impedir que os cidadãos sejam maus, porque isso é um aspecto da personalidade. O dever do Estado é impedir que os cidadãos entrem em conflito, produzindo danos uns aos outros. Embora o cidadão tenha o dever jurídico de não cometer crimes, não tem a obrigação moral de ser interiormente bom ou de não ser malvado. Daí ser contra qualquer tratamento personalizado do tipo ético ou terapêutico²⁹².

Em suma, o modelo de garantismo penal postula um tempo máximo de bem estar possível para os cidadãos não-desviados e o mínimo de mal estar para os desviados, uma

²⁸⁷ Ibid., p. 209.

²⁸⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. op. cit., p. 72.

²⁸⁹ Em rigor, qualquer delito cometido demonstra que a pena prevista não é suficiente para prevenir o crime. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. op. cit., p. 332.

²⁹⁰ Ibid., p. 333-334.

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. op. cit., p. 332-333.

²⁹² Ibid., p. 223-224.

espécie de meio termo entre o modelo máximo e o abolicionismo, um modelo de direito penal mínimo.

Embora haja uma coerência lógica na proposta do direito penal mínimo, ela não está isenta de crítica. A primeira parte do próprio Ferrajoli, que reconhece que as complexas causas sociais, psicológicas e culturais dos delitos não são neutralizáveis com o temor das penas²⁹³.

Hassemer aduz que não visualiza eficácia na prevenção de ações arbitrárias da esfera privada, porque vinganças, execuções sem processo, abuso de poder, entre outras, são reações tidas como crimes. Prevenir reações arbitrárias e crimes, em última análise, é a mesma coisa²⁹⁴. Se a ameaça de pena não impede os crimes, e o próprio Ferrajoli reconhece isso, não há motivo para sustentar que ele sirva para prevenção de reações informais (esfera privada).

Ainda com Hassemer, as reações informais arbitrárias, contraditoriamente, resultam exatamente na ingerência criminológica do sistema penal em domínios comprovadamente rebeldes a este modo pontual de intervenção estatal, como por exemplo no caso de criminalização de entorpecentes, onde a guerra pelo monopólio do comércio das substâncias – clandestino porque o Estado criminaliza -, tem sistematicamente dizimado vidas humanas, ou seja, a prevenção também se realiza quando o direito penal deixa de intervir. Em suma: prevenir em muitos casos pode ser descriminalizar e abolir o direito penal²⁹⁵.

Além disso, Ferrajoli admite que existem sistemáticas violações das garantias do direito e do processo penal, pela realidade operativa do direito penal²⁹⁶, mesmo onde as garantias estão formalmente constituídas. Steinert sustenta “que a lei penal conflita com a sua função liberal e resulta, assim, irreal, posto que, ao invés de restringir a intervenção do Estado, se converte, em realidade, em uma autorização para que essa intervenção se legitime”²⁹⁷.

²⁹³ Ibid., p. 334.

²⁹⁴ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. Muñoz Conde y L. A. Zapatero. Barcelona: Temis, 1984. p. 396.

²⁹⁵ Ibid., p. 396

²⁹⁶ ZAFARONI, Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. op. cit., p. 73 e seguintes

²⁹⁷ STEINERT, Heinz. **Mas allá del delito y de la pena. Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Editar, 1989. p. 45.

3.10 Teorias Deslegitimadoras da Pena. O Abolicionismo e o Minimalismo Radical

Finalmente, tem-se duas teorias deslegitimadoras do processo de punição do Estado, que se posicionam contra qualquer tipo de legitimidade para exercitar este poder: o abolicionismo penal e o minimalismo radical. Para estas correntes o sistema penal não cumpre com suas funções declaradas, ao contrário, cumpre funções não declaradas, reproduzindo materialmente a ideologia (legitimação) do sistema, ou seja, reproduz e protege as relações de poder e de propriedade. Assim, o sistema penal é estruturalmente seletivo, criminógeno e ineficaz ao que se propõe.

O abolicionismo e o minimalismo partilham em geral das mesmas críticas ao sistema de justiça criminal, diferenciando-se no sentido de que o abolicionismo pretende já a extinção de todo o aparelho criminal do Estado, enquanto que o minimalismo propõe a contração máxima da violência estatal mediatamente, ou seja, atualmente o sistema penal deve comportar-se de modo residual e mínimo e, no longo prazo, transitar para o abolicionismo.

As correntes deslegitimadoras propõem não só a extinção da pena, mas do Direito Penal e de todo o aparelho de justiça criminal, ao fundamento de que todo o sistema é em si um problema, um mal social, que cria mais problemas do que resolve. O temor da pena não neutraliza os crimes, e as altas taxas de reincidência são provas disso. A pena, como se disse anteriormente com Steinert, ao invés de restringir a intervenção do Estado, legitima o uso da violência pelo Estado.

O verdadeiro e real poder do sistema penal não é o repressivo (poder negativo), e sim disciplinar (positivo), arbitrário e seletivo, porque confia-se na legalidade penal para que exerça controle social militarizado, verticalizado e repressivo, se revelando um configurador da vida social²⁹⁸.

Quanto à prevenção especial, dizem que confinar o criminoso num ambiente de não liberdade, artificial, longe de ressocializar, dessocializa, perverte, estigmatiza. A literatura mundial foi decisiva para demonstrar este aspecto da prisão. Milhares de obras foram escritas citando os aspectos negativos. Como exemplo cita-se a passagem do livro *Che Guevara, uma biografia*, no qual é relatado que a mãe do guerrilheiro foi presa por motivos políticos e, numa carta escrita ao filho, deu sua definição de prisão: “Como você pode ver, ela sempre provoca pensamentos elevados. A prisão é um deformatório maravilhoso, tanto para os presos comuns

²⁹⁸ ZAFARONI, Eugenio. **Em busca das penas perdidas**. op. cit., p. 13 e seguintes.

como para os políticos: se você é meio desinteressada, fica atuante: se é ativa fica agressiva, e se você é agressiva, fica implacável”²⁹⁹.

A prisão, segundo Baratta, representa a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês. Ela representa o momento máximo do processo de seleção que começa antes da intervenção da pena, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle da desviação dos menores, da assistência social, dos operadores da ortopedia moral, na expressão de Foucault. Em síntese, o cárcere representa a consolidação definitiva de uma carreira criminal³⁰⁰.

Zafaroni sustenta que o sistema de justiça criminal opera à margem da legalidade em sistemática violação dos direitos humanos dentro do próprio sistema, porque a criminalização de muitas condutas sobrecarrega-o. Isso porque o sistema possui uma capacidade de operação inferior à demanda, ou seja, ele estrutura-se para não funcionar³⁰¹. A disparidade entre capacidade de operação e demanda do sistema de repressão gera as violações dos direitos humanos, com execuções sem processo, tortura, duração extraordinária de processos, prisões provisórias, entre outros.

Para os abolicionistas, a criminalidade registrada, investigada, processada, condenada e executada é irrisória e desprezível, sendo a imunidade e não a penalização a regra do modo de funcionamento do sistema. Um sistema que intervém de modo tão marginal, apenas em casos esporádicos e selecionados, revela-se desnecessário.

O desprezo da vítima em relação ao conflito que se apura e a coisificação das condutas, no sentido de que se acha que todos os crimes estão fundados num mesmo motivo e que, por isso, devem ser tratados como iguais quando não são, retirando a singularidade de cada caso, contribui para a deslegitimação da repressão.

São várias as objeções contra as teorias deslegitimadoras. Ferrajoli aduz que muito além das intenções libertárias e humanitárias, configura-se uma “utopia regressiva”, porque se baseia em pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom, apresentando modelos de sociedade desregulados ou auto-regulados de vigilância ou castigos, próprios do direito penal, com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias, que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista³⁰².

²⁹⁹ Enquanto esteve presa na Argentina, Célia de Sierna, mãe de Ernesto Che Guevara, descreveu seu sentimento. ANDERSDON, Jon Lee. **Che Guevara. Uma biografia**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997. p. 642.

³⁰⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: B de F Editora, 2004. p. 175.

³⁰¹ ZAFARONI, op. cit., p. 16 e seguintes.

³⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. op. cit., p. 342.

A ausência de punição levaria, fatalmente, a um regresso histórico de justiça privada, em razão da falta de alternativas, porque uma coisa é ter um sistema penal falho, outra coisa é ter sistema algum e sem alternativa³⁰³.

A crítica abolicionista não é apenas uma crítica ao sistema penal, mas ao sistema social capitalista como um todo, afinal, o direito civil, do trabalho e o tributário, são tão seletivos e violadores de garantias e podem ser violentos como o direito penal.

Sílva Sánchez aduz que a proposta é anacrônica e ucrônica, porque o direito penal mínimo como se quer nunca existiu historicamente, além de ser incompatível com a complexidade das sociedades contemporâneas, cujos riscos produzidos pelos mais variados avanços da tecnologia reclamam cada vez mais proteção, inclusive penal³⁰⁴.

Como se pôde notar, quando se abandonou as teorias absolutas da pena e se ingressou nas relativas e mistas, houve uma ruptura nos fundamentos da punição, porque se abandonou a perspectiva filosófica de justificação e passou-se para uma perspectiva dogmática. Daí que as teorias que pretendem legitimar/justificar a pena são destinatárias de críticas das mais diversas vertentes, porque elas partem de uma premissa dogmática, que acaba não dando conta do problema em toda a sua complexidade. Disso decorre a necessidade de se propor a reformulação teórica dos fundamentos e da legitimação da punição, dentro da proposta kantiana da punição como essencial à justiça.

³⁰³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. op. cit., p. 112.

³⁰⁴ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

4 DO DIREITO E DO DEVER DE PUNIR DO ESTADO

4.1 A Liberdade no Pensamento Kantiano

A pesquisa vem demonstrando alguns aspectos da evolução histórico-filosófica da punição na perspectiva dos direitos humanos, especialmente com a reforma do modelo de punição criado a partir do iluminismo, sua ligação com a consolidação do Estado (moderno), com o positivismo, com os direitos humanos, com o direito penal e com a punição (pena) propriamente dita.

Depois, discorreu-se sobre as tradicionais teorias que a dogmática do direito penal produziu para fundamentar ou atribuir fins à pena. Na passagem da teoria absoluta para a teoria relativa, restou demonstrado que a preocupação da dogmática foi de atribuir fins utilitários (coletivos/sociais) à pena, deixando de lado todos os critérios filosóficos desenvolvidos por Kant e Hegel, que entendiam a punição como um ato de coerção necessário para a realização da justiça ou do reestabelecimento da ordem jurídica, respectivamente.

Desde então, embora se reconheça o esforço da dogmática penal para justificar ou atribuir funções à pena, não se pode deixar de reconhecer que a pena de prisão está em crise no mundo todo. O momento é muito diferente daquele vivido até o século XIX, quando a prisão era a principal resposta do Estado frente à criminalidade, notadamente porque havia a crença inabalável na possibilidade de recuperação/ressocialização do agente³⁰⁵, além da muito criticada a ideia de prevenção geral de delitos que ocorreria através da intimidação.

A experiência que sobreveio de impossibilidade – absoluta ou relativa - de recuperação passou a ser o principal alvo de crítica. Além disso, as constatações empíricas da criminologia crítica ou radical³⁰⁶, que demonstraram a violência que o sistema de justiça

³⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Pena de prisão perpétua**. Conferência proferida no “Seminário Internacional o Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” em 30/09/1999.

³⁰⁶ Segundo Juarez Cirino dos Santos, “O ponto de partida da criminologia dominante é o conceito de crime: comportamentos definidos legalmente como crimes e/ou sancionados pelo sistema de justiça criminal como criminosos são a base epistemológica dessa criminologia. Crime é o que a lei, ou a justiça criminal, determinam como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam (o imperialismo, a exploração do trabalho, o racismo, o genocídio etc.), ou comportamentos que, apesar de definidos como crimes, não são processos nem reprimidos pela justiça criminal, como a criminalidade do “colarinho branco” (fixação monopolista de preços, evasão de impostos, corrupção governamental, poluição do meio ambiente, fraudes ao consumidor, e todas as formas de abuso de poder econômico e político que não aparecem nas estatísticas criminais). A questão aparentemente neutra e incontroversa da definição legal de crime

criminal exerce de maneira seletiva sobre determinadas camadas sociais (especialmente na América Latina³⁰⁷), também foi determinante para colocar em evidência a crise da pena, inclusive sobre os aspectos ligados à sua legitimidade.

Neste sentido, como enumera Barretto, a contribuição kantiana na reflexão sobre o estado democrático de direito é de fundamental importância porque o complementa com a moral e o direito. Estas duas ordens normativas são vitais para o regime democrático, porque é em função delas que se estabelece a legitimidade do sistema democrático³⁰⁸, e, para o recorte deste trabalho, a legitimidade da punição e, por consequência, seus fundamentos e justificativas.

No pensamento kantiano as constituições democráticas, enquanto fontes morais do sistema político e jurídico fundam os limites do arbítrio (do Estado) e da desigualdade, em oposição a perspectiva positivista:

A leitura das constituições do estado democrático de direito torna-se, assim, necessariamente diferenciada em virtude da fonte moral de onde nasce o sistema político-institucional e jurídico. A constituição, por ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social.

Neste sentido o regime democrático é mais do que simples manifestação da vontade da maioria e torna-se um regime dotado de valores morais que o fundamentam e justificam. A importância da recuperação da tradição kantiana torna-se tanto mais urgente quando do esvaziamento da perspectiva positivista, no contexto da cultura tecnocientífica moderna, e exige a construção de um novo paradigma teórico na teoria do direito que responda de forma consequente às exigências de legitimidade da ordem jurídica do estado democrático de direito.

– ou da atuação da justiça criminal, indicada nas estatísticas criminais -, como base do trabalho teórico da criminologia tradicional, manifesta um conteúdo ideológico nítido, que condiciona e deforma toda a teoria e pesquisa, reduzindo à descoberta das causas do comportamento criminoso (Chambliss, 1980; Lyra Filho, 1980). A distorção ideológica da criminologia tradicional não se reduz ao que está excluído da definição legal, ou da sanção da justiça criminal, mas resulta diretamente do que está incluído nas definições legais ou nas sanções da justiça criminal, como indicado nas estatísticas e registros oficiais sobre o comportamento criminoso, a base permanente daquela criminologia. Um simples exame empírico (FRAGOSO, CATÃO E SUSSEKIND, 1980) mostra a natureza classista da definição legal de crime e da atividade dos aparelhos de controle e repressão social, como a polícia, a justiça e a prisão, concentradas sobre os pobres, os membros das classes e categorias sociais marginalizadas e miserabilizadas pelo capitalismo. A situação geral dos países capitalistas pode ser exemplificada por seu modelo mais representativo, a sociedade americana (TAYLOR et alii, 1980, p. 39), cuja população contem 20% de pessoas do Terceiro Mundo, como negros, mexicanos e porto-riquenhos, que constituem 50% da população carcerária; existem mais negros nas prisões do que nas universidades e, enquanto categorias da população trabalhadora (operários, artífices, operadores etc.) representam 59% da força de trabalho da sociedade, constituem 87,4% da população das prisões. Nas sociedades capitalistas, a indicação das estatísticas é no sentido de que a imensa maioria dos crimes é contra o patrimônio, de que mesmo a violência pessoal está ligada à busca de recursos materiais e o próprio crime patrimonial constitui tentativa normal e consciente dos deserdados sociais para suprir carências econômicas”. SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 10-11.

³⁰⁷ Para maiores informações sobre o tema ver ZAFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. op. cit., p. 73 e seguintes.

³⁰⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 31.

A análise crítica do direito, da moral e da justiça foi ocupada, durante grande parte do século XX, por um rígido formalismo, que encontrou na teoria pura do direito de Hans Kelsen a sua expressão mais sofisticada. As relações entre valores morais, ordem jurídica e justiça, que deitam suas raízes na tradição de pensamento do Ocidente, ressurgiram, entretanto, com *vexata quaestio* nos conflitos culturais, sociais e políticos que ocorrem nas sociedades contemporâneas, torna mais premente a recuperação do pensamento kantiano para que possa esclarecer e substantivar os argumentos constitutivos do discurso jurídico no estado democrático de direito³⁰⁹.

Como já foi exposto de maneira resumida no capítulo sobre a teoria absoluta da pena, Kant deu a largada para uma nova etapa da teoria do conhecimento, uma revolução copernicana, já que promoveu o diálogo entre o empirismo e o racionalismo, fato inédito até então. “O conhecimento em Kant irá priorizar o sujeito; o objeto é colocado em segundo plano, pois ele é determinado por aquele que pretende conhecê-lo. Esta formatação de pensamento produzirá uma relação entre a teoria e a prática: a constituição (a prática) do objeto é operada a partir das formas de entendimento *a priori* (a teoria)”³¹⁰.

Ao estabelecer que a capacidade do conhecimento ocorre somente através dos sentidos (*a posteriori*) e que o conhecimento *a priori* é aquele que independe da experiência sensorial, Kant inverteu a análise da teoria do conhecimento, dizendo que as condições do conhecimento não estão no mundo, mas no homem. Com essa premissa, o pensador rompeu com a tradição até então vigente da filosofia da consciência, que teve Descartes como seu fundador maior expoente.

Com uma teoria lastreada na ideia de liberdade, legado do cristianismo, Kant desenvolveu seu raciocínio de moralidade fundada na liberdade, tendo elevado-a à condição de princípio supremo da moralidade. A autonomia da vontade é o exercício da liberdade de vontade. Kant havia estabelecido na *Crítica da razão pura* que apenas o fenômeno é passível de conhecimento a partir da experiência e, sendo impossível fazer experiência da liberdade, porque não há meios de prová-la, a solução foi pressupô-la e torná-la metafísica.

Assim, o princípio da autonomia moral (liberdade) acaba por obrigar o indivíduo a agir segundo o seu próprio querer, fazendo dele um legislador universal. O princípio da autonomia se expressa no imperativo categórico que prescreve “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”³¹¹.

Mesmo que a autonomia da vontade seja o fundamento filosófico da liberdade, “conceito-chave da modernidade”³¹², ainda restava um ponto a ser esclarecido e que é

³⁰⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 31.

³¹⁰ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. op. cit., p. 46.

³¹¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. op. cit., p. 62.

³¹² *Ibid.*, p. 41.

fundamental para o recorte deste trabalho. Tal problema refere-se à (im)possibilidade de coexistência de diversas manifestações de vontades autônomas e de como se comportaria o direito, que tem natureza de coerção (como se verá), sendo, portanto, um instrumento utilizado para negar a autonomia (liberdade)³¹³?

Na *Crítica da razão prática*, Kant desenvolveu os critérios da ação prática, como sendo as regras de comportamento na seara do livre arbítrio³¹⁴, ou seja, “onde não entra em jogo o conhecimento, mas a liberdade, torna-se relevante investigar a fundação da ética proposta por Kant³¹⁵.

Como já exposto, em Kant, a ética é o conhecimento racional das leis das liberdades, ou seja, a ética estuda as leis morais e as leis jurídicas e não se funda na experiência, mas em categorias *a priori*. Portanto, os princípios éticos são universais (racionais – *a priori*). Assim como na ética, a moral kantiana não pode ser apreendida pela experiência na sua totalidade (essência) ou em algo externo, mas deve ser encontrada em categorias *a priori*, em conceitos puramente racionais, os quais foram denominados de imperativos – categóricos ou hipotéticos – que, enquanto comando da moralidade, implicam em obediência obrigatória (dever/cumprir).

Ao desenvolver o conceito de liberdade, Kant conectou um ato de vontade (a liberdade – questão empírica) com um conhecimento *a priori*, dizendo que “a origem da moral liga-se à autonomia, na autoposição da vontade. Com isso, é possível e correto dizer que a autonomia equivale à liberdade”³¹⁶. Deste modo, ensina Engelmann:

A liberdade acaba sendo um ingrediente fundamental para a constituição da razão prática, na medida em que proporciona a opção da atitude a ser observada em relação a determinado objeto. Para tanto, adverte que os únicos objetos da razão prática são os de “bom” (das Gute) e “mau” (das Böse), possibilitando a busca como algo necessário pelo primeiro e recusando o objeto em relação ao segundo.

Como visto anteriormente, a razão prática em Aristóteles estava vinculada ao justo meio, ou seja, a concepção teleológica encontrava-se colocada numa perspectiva do fim buscado, onde aquela apontava caminhos para a obtenção deste. Já em Kant, a razão prática recebe outro contorno, pois a perspectiva é deontológica, onde a liberdade volta-se à obtenção de determinado bem; como se verá, a moralidade.

Kant deixa bem clara a origem de sua concepção acerca da razão prática, quando enfatiza que apenas o ser racional tem condições de atuar segundo a representação das leis, seguindo princípios, ou seja, em última análise atendendo aos reclamos de

³¹³ Ibid., p. 41.

³¹⁴ “Princípios práticos são proposições que contêm uma determinação geral da vontade, a qual inclui em si várias regras práticas. São subjectivos, ou máximas, quando a condição é considerada pelo sujeito como válida unicamente para a sua vontade; mas são objetivos, ou leis práticas, quando essa condição é reconhecida como objectiva, isto é, válida para a vontade de todo o ser racional”. KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Arthur Morão. 9ª ed. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 34.

³¹⁵ ENGELMANN, Wilson. op. cit., p. 65.

³¹⁶ Ibid., p. 65.

sua vontade. Dentro desse arcabouço, lança uma característica fundamental da razão prática: “como para derivar as ações das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática”. Resta destacada a racionalidade humana que atua em conjunto com a vontade. Kant aproxima, assim, *ratio e voluntas*, eis que no caso dos seres humanos, os quais não são seres santos, “a vontade não é determinada pela razão, mas apenas determinável, devem sempre segui-la. As leis práticas são imperativos, isto é, proposições que expressam um dever-ser”. Com isso, está apresentada a perspectiva deontológica da proposta de Kant sobre a razão prática. De certo modo, a razão prática opera como uma síntese que congrega a autocompreensão do ser humano como um ser autolegisador e livre³¹⁷.

Em Kant a liberdade é o propósito do ser humano e o uso desta qualidade deve estar direcionada para a realização da perfeição moral, de modo que a liberdade seja propriedade da razão, que se expressa nas relações morais práticas³¹⁸:

Em contrapartida, entendo por liberdade, em sentido cosmológico, a faculdade de iniciar por si um estado, cuja causalidade não esteja, por sua vez, subordinada, segundo a lei natural, a outra causa que a determine quanto ao tempo. A liberdade é, neste sentido, uma ideia transcendental pura que, em primeiro lugar, nada contém extraído da experiência e cujo objeto, em segundo lugar, não pode ser dado de maneira determinada em nenhuma experiência porque é uma lei geral, até da própria possibilidade de toda a experiência, que tudo o que acontece deve ter uma causa e, por conseguinte, também a causalidade da causa, causalidade que, ela própria, aconteceu ou surgiu, deverá ter, por sua vez, uma causa; assim, todo o campo da experiência, por mais longe que se estenda, converte-se inteiramente num conjunto de simples natureza. Como, porém, desse modo, não se pode obter a totalidade absoluta das condições na relação causal, a razão cria a ideia de uma espontaneidade que poderia começar a agir por si mesma, sem que uma outra causa tivesse devido procedê-la para a determinar a agir segundo a lei do encadeamento causal; (...) A liberdade no sentido prático é a independência do arbítrio frente a coação dos impulsos da sensibilidade³¹⁹.

Ao colocar o livre arbítrio em posição superior aos impulsos, o conceito de autonomia da vontade fundado na liberdade, estabelece os critérios de diferença entre ação moral e ação jurídica, o que, no fundo, está vinculado ao clássico problema da distinção entre moral e direito, questão preliminar e crucial para qualquer filosofia do direito³²⁰.

Antes de ingressar na distinção entre moral e direito, faz necessário frisar que o conceito de autonomia não é absoluto. A autonomia moral é aquela vontade de ser lei para si mesma, ou seja, que não se deixa inclinar pela experiência. Em Kant ou a “vontade moral é

³¹⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. op. cit., p. 66-67.

³¹⁸ Ibid., p. 69.

³¹⁹ KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. Trans. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 463, A 533-B534.

³²⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4ª Edição. Brasília: UNB, 1997. p. 53.

autônoma, ou não é moral”³²¹. Segundo Bobbio, qualquer objeto que desvie a vontade de maneira heterônoma “tira à vontade e a ação que deriva disso a qualidade moral”³²².

A heteronomia é, portanto, o elemento que vai limitar a autonomia da vontade, porque, segundo Kant, “quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei da natureza de qualquer dos seus objetos, o resultado é então sempre heteronomia”³²³. Em outras palavras, Kant quer dizer que quando a vontade é buscada em elementos da experiência, não se tem autonomia legítima.

Para diferenciar a autonomia da vontade e da heteronomia da vontade, o alemão cita dois exemplos: aquele que diz que não deve mentir se pretender ser honrado (autonomia da vontade) e aquele que diz que não deve mentir, ainda que mentir não lhe trouxesse a menor vergonha (heteronomia da vontade). Kant diz que no primeiro exemplo está indicado que o sujeito age com ética mesmo que não quisesse algo, pois a ação do sujeito está desconectada do objeto. No segundo caso, a vontade está viciada e funcionando como mera “administradora de interesse alheio”³²⁴, e, por isso, não é um imperativo (categórico) da moralidade.

4.2 O Direito e a Moral no Pensamento Kantiano

Voltando à questão da diferença entre direito e moral, diz-se que a distinção é puramente formal e refere-se ao conteúdo da lei moral e jurídica, exclusivamente, quanto à forma da obrigação e, como afirma Bobbio, para esclarecer a natureza deste critério, será necessário conhecer os elementos formais que constituem a ação moral kantiana³²⁵, começando pela famosa definição de boa vontade: “Neste mundo, e até fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade”³²⁶.

A boa vontade significa aquela atitude que não está condicionada a nada, sem interesse algum, mas apenas pelo respeito do dever. Partindo desta premissa básica, a ação moral é composta por três elementos básicos, como assinala Bobbio:

³²¹ Ibid., p. 63.

³²² Ibid., p. 63.

³²³ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. op. cit., p. 91.

³²⁴ Ibid., p. 91-92.

³²⁵ BOBBIO. op. cit., p. 53.

³²⁶ KANT. op. cit., p. 21.

1) ação moral é a que é realizada não para obedecer a uma certa atitude sensível, a um certo interesse material, mas somente para obedecer à lei do dever. Existem ações que aparentemente são honestas, mas não podem ser chamadas morais, porque são cumpridas por impulsos diversos daqueles do cumprimento do próprio dever. Kant dá o exemplo do comerciante que não abusa do cliente ingênuo: Se ele age assim, não porque este seja seu dever, mas unicamente porque seja de seu próprio interesse, a sua ação não é moral. O segundo exemplo é dos homens que não se suicidam, mas contribuem para conservar a própria vida obedecendo o instinto imediato da própria conservação: também neste caso, ainda que a conservação da vida seja um dever para cada homem, a ação não é moral, porque não é cumprida unicamente por respeito ao dever. Também aquele que obedece a uma atitude nobre, como é a de favorecer o próximo, - e este é o terceiro exemplo -, não cumpre uma ação moral se a ação de favorecer é cumprida não para o dever, mas por simpatia ao próximo, ou seja, segundo uma tendência sensível; 2) ação moral é aquela que é cumprida não por um fim, mas somente pela máxima que a determina. Em outras palavras, a ação moral não deve ser determinada por um objeto qualquer da nossa faculdade de desejar (por exemplo pelo fim da felicidade, ou da saúde, ou do bem-estar), mas unicamente pelo princípio da vontade; 3) a ação moral é aquela que não é movida por outra inclinação a não ser o respeito à lei. Na conduta moral, cada impulso subjetivo deve ser excluído; o único impulso subjetivo compatível com a moralidade é o sentido de respeito à lei moral, que deve vencer qualquer outra inclinação³²⁷.

A partir destas considerações de Bobbio, para que uma ação seja moral é necessário que, além de ser coerente com o dever, seja obrigatoriamente cumprida pelo dever. Já a ação legal se verifica quando cumprida pelo dever, mas sob o fundamento ou inclinação diferente do puro respeito ao dever. A ação moral não admite seu cumprimento a partir de interesses, enquanto que a legislação jurídica é exatamente o contrário, ou seja, admite que a ação se cumpra por força de interesses ou inclinações. Esta é, portanto, em resumo, a diferença formal entre a moral e o direito³²⁸.

Para esclarecer as diferenças entre as duas formas de ação (moral e jurídica), Kant se utiliza dos termos interno e externo. Ora fala de ações internas e externas, ora de deveres internos e externos e, por fim, em legislação interna e externa, as quais diferem conforme esclarece Bobbio:

Ações internas e externas:

“As leis da liberdade chamam-se morais para distinguir-se das leis da natureza. Enquanto se referem somente às ações externas e à conformidade à lei chamam-se jurídicas; se porém exigem ser consideradas em si mesmas, como princípios que determinam as ações, então são éticas; dá-se o nome de legalidade à conformidade das ações com as primeiras, e de moralidade à conformidade com as demais.

Deveres internos e externos:

“Os deveres impostos pela legislação jurídica podem ser somente deveres externos, porque essa legislação não exige que a ideia desse dever, que é claramente interna, seja por si mesma motivo que determina a vontade do agente, e porque essa

³²⁷ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. op. cit., p. 54.

³²⁸ Ibid., p. 54.

legislação precisa também de impulsos adequados às suas leis, somente pode admitir impulsos externos”

Legislação interna e externa:

“A legislação ética (...) é a que não pode ser externa à legislação jurídica e que não pode ser também externa. Assim, é dever externo manter as próprias promessas em conformidade ao contrato, mas o imperativo de fazê-lo unicamente porque é dever, sem levar em conta qualquer outro impulso, pertence somente à legislação interna”³²⁹.

Como se pode notar, há uma legislação interna (moral) e uma legislação externa (jurídica). A liberdade interna gera a obrigação moral. A liberdade exteriorizada gera a obrigação jurídica, garantida por um sistema de coação, conforme ensina Bobbio:

Como deve ser entendido o uso que Kant faz dos atributos “interno” e “externo” referentes à distinção entre moralidade e legalidade? Deve-se entender, neste sentido: a ação legal é externa pelo fato de que a legislação jurídica, dita portanto legislação externa, deseja unicamente uma adesão exterior às suas próprias leis, ou seja, uma adesão que vale independente de pureza da intenção com a qual a ação é cumprida, enquanto a legislação moral, que é dita, portanto, interna, deseja uma adesão íntima às suas próprias leis, uma adesão dada com intenção pura, ou seja, com a convicção da bondade daquela lei. Disso se segue que o dever jurídico pode ser dito externo, porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei; enquanto o dever moral é dito interno porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação, mas também a agir com pureza de intenção³³⁰.

Com estes pressupostos o direito em Kant é submetido ao tribunal da razão e nele há uma legislação interna (moral) e uma legislação externa (jurídica). A liberdade interna gera a obrigação moral, a liberdade exteriorizada gera a obrigação jurídica, garantida por um sistema de coação. Portanto, como já foi colocado, o conceito de direito é transcendental – *a priori* -, havendo recusa frontal de uma construção com viés empírico/dogmático. Em Kant, segundo a interpretação de Bobbio, o fim do direito é realizar a justiça, que nada mais é do que garantir o exercício da liberdade. Para isso, foi necessário estabelecer critérios de uma ação justa e injusta e não de distinguir uma ação jurídica (conforme o direito existente) de uma ação não jurídica (não conforme o direito existente)³³¹. Para Bobbio, este é o ponto fundamental e central da filosofia kantiana, que eleva a justiça com ideal de liberdade. O conceito de justiça como liberdade é a mais respeitada expressão da teoria kantiana, porque tornou-se o alicerce principal do Estado liberal, fundado numa teoria da justiça onde a liberdade é, antes de tudo, o direito à liberdade³³².

³²⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. op. cit., p. 56.

³³⁰ Ibid., p. 56-57.

³³¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. op. cit., p. 72.

³³² Ibid., p. 74.

As normas externas (direito positivo) garantem a coexistência das liberdades/autonomias morais, sendo que esta condição só existe no Estado civil. A liberdade é o fundamento da passagem do estado de natureza para o Estado civil. No estado de natureza não há nenhum dever senão o de sair dele mesmo³³³.

Se o direito é a imposição de limites à liberdade de tal modo que um cidadão não viole a liberdade do outro, necessariamente, o direito em Kant vai ganhar natureza de coação. O direito positivo passa a ser um conjunto de condições, segundo as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade, que só existe no estado civil³³⁴.

O direito passa a ser, então, o direito do Estado de coagir e tudo que é contrário ao direito é um obstáculo à liberdade. A coação é a característica principal do direito positivo, porque tem um caráter essencialmente ético, que não aparece somente em razão de sua finalidade de proteção da liberdade, mas porque a liberdade é considerada o único direito inato. A coação não perturba a ética do direito. Quando Kant diz que a faculdade de coagir está ligada ao direito, ele não tira o direito de mundo ético, mas nele insere a coação³³⁵.

O direito como coação é, portanto, legítimo, porque visa proteger e garantir a condição de possibilidade de coexistência pacífica entre as várias liberdades autônomas. Extrai-se deste raciocínio que o Estado está legitimado, em nome da liberdade, de punir os cidadãos.

É comum ver-se, ultimamente, certa despedida de Kant e suas ideias jurídico-penais, o que implica em temerárias e seríssimas consequências, porque, de fato, se a sua doutrina penal é absoluta em relação à punição, isso somente representa a consequência de suas posições fundamentais de natureza ético-filosóficas, que não podem ser desprezadas³³⁶.

Como já dito no tópico anterior, o fundamento do direito em Kant é a liberdade enquanto autonomia da razão. A liberdade é compreendida com uma entidade metafísica, ou seja, como um juízo *a priori* que não é passível de demonstração empiricamente. Assim, a moral e o direito, fundados na liberdade, possibilitam a existência de leis internas que criam deveres internos, na forma de imperativos categóricos.

No racionalismo jusnaturalista kantiano há uma conversão da razão em fonte de toda a norma moral e jurídica. Enquanto o ser racional conhece a lei moral, o ser sensível não

³³³ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen.** op. cit., p. 72.

³³⁴ Ibid., p. 72.

³³⁵ Ibid., p. 75.

³³⁶ HECK, Luís Afonso (Org). Kant, Hegel e o direito penal. In: **Direito natural, direito positivo e direito discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 207.

necessariamente obedece a lei moral, pois pode ser afetado pela experiência. A sensibilidade não pode dar a máxima da ação, que deve ser buscada na razão, completamente *a priori*. A razão cria, para o homem, a obrigação moral, que se expressa através dos imperativos categóricos.

Kant chama de “doutrina do direito (*ius*) a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa. Se houve realmente uma tal legislação, esta é a doutrina do direito positivo”³³⁷. Outro significado tem o direito, que provém da ética, sendo, portanto, *a priori*, que segundo a definição de Kant representa “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”³³⁸.

A doutrina do direito pressupõe fundamentalmente “que a pessoa é consciente de um dever incondicional ou da validade incondicional da ação moral”³³⁹ e o imperativo categórico do dever que vai fundar a ação moral é: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”³⁴⁰.

Este imperativo categórico do dever, segundo Kant, une a humanidade toda porque as pessoas, enquanto titulares de tal direito (liberdade) ficam obrigadas na sua consciência a cumpri-lo. Sua fórmula geral fica, assim, recheada de conteúdo moral. Essas “regras ou ideias subjetivas são nisto examinadas, não apenas do ponto de vista da ausência de contradição, mas também da dignidade humana e consideração da personalidade”³⁴¹.

Como assevera José Paulo Baltazar Júnior, na tradução feita do texto de Hellmuth Mayer, o imperativo categórico é um “padrão de medida intertemporalmente válido para a apreciação das formas, muito variáveis, imagináveis em todos os tempos e zonas, da vivência em comum humana. A ética kantiana é, com isso, aberta para a experiência ética da humanidade e para sua variabilidade histórica”³⁴².

Na doutrina da liberdade kantiana, onde a condição de livre é a sua natureza essencial, a autoconsciência da liberdade gera a legitimidade de responsabilizar as pessoas pelo mau uso desta qualidade fundamental da pessoa³⁴³.

³³⁷ KANT, Emmanuel. **A metafísica dos costumes. Doutrina do direito e a doutrina da virtude**. op. cit., p. 75.

³³⁸ Ibid., op. cit., p. 76.

³³⁹ HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo**. op. cit., p. 208/209.

³⁴⁰ KANT. op. cit., p. 62.

³⁴¹ HECK. op. cit., p. 209.

³⁴² HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo**. op. cit., p. 209

³⁴³ “Basta, como pressuposta, a liberdade de escolha, psicológica, dada conforme a experiência, indiscutível, da pessoa. Nós achamos que essa capacidade de escolha somente pode ser vista como fundamento para responsabilidade humana, se, por trás dela, continua existindo a suposição kantiana de que nós nos damos contra, verdadeiramente, de um dever moral e, com isso, também da responsabilidade fundamentada na liberdade”. Ibid., op. cit., p. 210.

Na *Metafísica dos costumes* Kant apresenta os conhecimentos *a priori* que vão ser colocados na experiência. Assim, com a construção do *a priori* com o *a posteriori*, há uma imbricação entre o direito e a moral, de tal maneira que todo o comando jurídico seja, também e, inclusive, um comando moral, e não o contrário, ou seja, que um mandamento moral seja jurídico³⁴⁴.

Em Kant a questão ética é distinta da jurídica por dois elementos: a lei e o móbil. A lei representa a ação que deve acontecer como objetividade necessária e provem da razão, com origem na vontade autônoma. Já o móbil liga-se subjetivamente à lei ao fundamento de determinação do livre arbítrio da ação. Assim, “diferenciam-se atuação jurídica a atuação moral somente segundo móbil. Para atuação jurídica basta a obediência legal exterior, moralmente atua a pessoa, ao contrário, somente quando ela atua por causa do dever”³⁴⁵. Com este esclarecimento, o imperativo categórico do direito expressa-se da fórmula: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”³⁴⁶.

No Estado kantiano, concebido como uma ideia e princípio racional (moral), e não como decorrente de um contrato social (histórico), o particular não abandona sua liberdade natural em favor da segurança ou bem-estar, mas somente para retomá-la, novamente, como liberdade autêntica, como membro do Estado. Isso quer dizer que, fora do Estado não existe, no fundo, liberdade jurídica. Não se trata, por isso, do bem-estar ou da felicidade, pois essa pode, como também afirmou Rousseau, ser agradável no estado de natureza ou até em estados despóticos³⁴⁷.

Que fique claro que Kant não se dirige contra a questão do bem-estar, tarefa que cabe, evidentemente, também ao Estado. Trata-se, isso sim, da “salvação do Estado”, no Estado da maior concordância da constituição com princípios de direito. Dito de outro modo, a doutrina do direito que aspira bem-estar efetiva-se com a liberdade, porque o direito fundamenta e garante a liberdade e, com isso, nós concordamos com os propósitos do Estado e, por consequência, com os princípios do direito, de modo que o imperativo categórico nos vincule, tornado o direito inviolável. Assim, violado o direito surge a possibilidade legítima de coerção³⁴⁸.

³⁴⁴ Ibid., op. cit., p. 210.

³⁴⁵ Ibid., op. cit., p. 210.

³⁴⁶ KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. op. cit., p. 76-77.

³⁴⁷ HECK, op. cit., p. 211.

³⁴⁸ HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo e direito discursivo**. op. cit., p. 211.

O direito kantiano à luz do imperativo categórico impõe uma obrigação sem que se restrinja a liberdade. Por outro lado, reconhece que no convívio coletivo a liberdade está limitada pela liberdade do outro. A função do direito é possibilitar a coexistência de diversos arbítrios, segundo uma lei universal.

O conceito de direito em Kant, como já amplamente colocado, é um conceito puro, porque encontrado no conhecimento *a priori* que, contudo, é alocado no campo da experiência, ou seja, é aplicado no mundo real/sensível. O direito positivo, neste sentido, é histórico, coisa que Kant não disse textualmente, mas, “mediatamente, sempre reconhece de novo”³⁴⁹. O conceito de pena é, portanto, uma questão que envolve a experiência jurídica (direito positivo). Assim, a tarefa do pensador alemão foi desenvolver o conceito “se” e “até” que ponto a pena é compatível com os princípios do direito.

4.3 A Doutrina Penal Kantiana Não É Imutável

A doutrina penal de Kant, em oposição ao conceito de direito, não tem pretensão de ser algo imutável justamente porque não é uma categoria *a priori* de conhecimento. Um sistema penal com pretensão universal deveria contemplar uma variedade empírica infinita dos casos que surgem da imbricação da própria experiência com as leis positivas. Como tal projeto é reconhecido por Kant como impossível de se executar, sua doutrina penal buscou apenas fundar alguns princípios fundamentais metafísicos³⁵⁰. A doutrina penal foi desenvolvida no livro *Metafísica dos costumes*, em dois itens especificamente denominados *Dos efeitos jurídicos que se seguem da natureza da associação civil* e *Do direito de punir e conceder clemência*.

Kant considera o crime como sendo um abuso da liberdade individual (ação heterônoma), porque a ação delituosa contra o outro impede a coexistência pacífica das autonomias morais. Assim, a pena não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, tampouco ser imposta em benefício do culpado:

A punição imposta por um tribunal (*poena forenses*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos

³⁴⁹ Ibid., p. 212.

³⁵⁰ Ibid., p. 212.

a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil³⁵¹.

Importante destacar que a primeira vez que foi publicada sua *Doutrina do direito* (1796), o direito penal moderno estava, ainda, ganhando a formatação e a uniformidade proposta pelos iluministas, ou seja, ainda era incipiente o desenvolvimento da noção de criminalidade, de dano social/coletivo, assim como a atribuição de classificação para os delitos segundo a gravidade (leve, grave e gravíssima, por exemplo). Portanto, quando Kant impõem rigorismo em sua doutrina penal (pena de morte para o homicídio, por exemplo), ele está escrevendo para a criminalidade tida como a mais grave da sua época (furto qualificado, reincidência e assassinato), estas sim suscetíveis de retribuição penal. Outras condutas criminais ficaram à margem de suas colocações sobre a punição³⁵².

Como a moralidade é universal, não basta que haja legalidade nas ações, sendo preciso que o respeito à legalidade das ações morais seja o motivo concreto e verdadeiro que impulsiona a vontade³⁵³. Neste sentido, o Estado, na visão de Kant, desempenha o papel concreto de educar a moralidade, “ou melhor, busca essa passagem da teoria do direito à teoria da virtude”³⁵⁴.

Em Kant a responsabilidade penal (jurídica), antes de perfazer a imputação propriamente dita, necessita de uma justificativa moral. Isso porque ao investigar as raízes morais e, concomitantemente, diferenciar a responsabilidade moral da jurídica, ele demonstrou que estas duas esferas normativas (direito e moral) não se separam ou excluem-se, mas se complementam³⁵⁵.

Como a vida social é formatada através de ações individuais, que expressam a vontade do indivíduo, considerado por Kant como um ser moral dotado de racionalidade e autonomia, o fundamento legítimo da responsabilidade pela punição está na moralidade, em razão da presunção de que os cidadãos são seres morais capazes de aceitarem as regras de convivência social.

Esta é uma indagação das mais antigas e controversas da filosofia, tanto que Aristóteles, Sêneca e Platão investigaram a justificação do direito de punir, atualmente tratada como teorias da pena. Aliás, as teorias da pena estão relegadas ao segundo plano nos manuais de direito penal, mesmo com a importância fundamental que possuem. Talvez por este motivo

³⁵¹ KANT, Emmanuel. **A metafísica dos costumes. Doutrina do direito e a doutrina da virtude.** op. cit., p. 174-175.

³⁵² HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo e direito discursivo.** op. cit., p. 213.

³⁵³ Ibid., p. 109.

³⁵⁴ Ibid., p. 110.

a dogmática do direito penal tenha enorme dificuldade em elaborar um discurso legítimo para a questão da punição.

Em tempos de alta complexidade das relações sociais, a responsabilidade legal (cometimento de crimes) parece precisar de uma justificativa moral e de um horizonte hermenêutico mais amplo³⁵⁶. A insuficiente fundamentação das teorias clássicas, especialmente após o rompimento entre a teoria absoluta e relativa da pena, que separou o direito da moral, fundamento e fins, acabou gerando impasses na aplicação da norma jurídica. No campo penal, o efeito foi de contínua e gradual perda de legitimidade do *jus puniendi*.

Para compreender o tema na profundidade que ele merece, será necessário, antes, fazer uma breve distinção entre direitos humanos, dignidade humana e direitos fundamentais.

Para Barretto, as revoluções liberais e suas respectivas constituições e declarações de direito fundavam-se mais sobre as noções de liberdade e de igualdade do que de dignidade. Os direitos fundamentais eram identificados como sendo aqueles que o Estado liberal garantia (propriedade, contrato e família) e que são considerados os pilares da sociedade burguesa³⁵⁷. Já os direitos humanos pretendem encontrar uma dimensão propriamente humana do cidadão (fora do direito positivo)³⁵⁸.

Diante deste quadro, alguns autores como Mathieu apud Barretto, passaram a dizer que a dignidade humana seria o “princípio matricial”, sobre o qual se construiria a filosofia dos direitos humanos. Ambos os conceitos estão no plano da pessoa humana, mas a dignidade carrega essência mais profunda, de tal maneira que a liberdade é subsumida³⁵⁹.

Depois, a essência da dignidade acabou por significar uma descoberta maior que os próprios direitos humanos, porque sua fundação moral revelou-se como defesa para dois fatos históricos do século XX: o fenômeno nazista e a biomedicina. Para Barretto, ambas suscitaram o temor de que o exercício do poder de um lado e o uso indiscriminado da ciência de outro, poderiam destruir a vida humana, sendo necessária a proteção do homem através do reconhecimento de sua dignidade, ou seja, “a dignidade humana designaria não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos, enquanto os direitos humanos representam a defesa da liberdade diante do despotismo, a dignidade humana significou a marca da humanidade diante da barbárie”³⁶⁰. Conforme Barretto:

³⁵⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 159.

³⁵⁶ Ibid., p. 159.

³⁵⁷ Ibid., p. 59.

³⁵⁸ Ibid., p. 59.

³⁵⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 59.

Os direitos humanos têm a ver com a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades do exercício do poder, principalmente, do poder do Estado. O sistema jurídico tem por objetivo principal assegurar a preservação da liberdade do indivíduo diante da ameaça constante de sua negação. A liberdade torna-se assim no conceito fundador dos direitos humanos, da liberdade política e de todos os direitos que asseguram ao homem o pleno exercício de uma vida política.

Uma leitura dos direitos humanos sob a perspectiva da sociedade também pressupõe o exercício da liberdade. Isto porque a igualdade entre os homens somente poderá ser logicamente compreendida se for realizada em liberdade. A igualdade, portanto, representa uma condição para a concretização da liberdade. Logo, os direitos humanos representam a garantia de que a sociedade, constituída por iguais, que permitem as relações entre si, e também do “ego”, do indivíduo, possibilita a junção desses dois espaços jurídicos³⁶¹.

Como vem sendo dito, o sujeito moderno foi forjado em um conjunto de valores fundados no princípio da dignidade da pessoa humana³⁶², que se reconhece como digno de respeito e, por consequência, vê o outro como também digno de respeito. Esta capacidade amplia o horizonte de entendimento para além da lei positiva e chega até o âmbito moral. No âmbito da moralidade, o homem aperfeiçoou-se até evoluir da vingança para um tipo de justiça mais complexa. Deste momento em diante, o ser moral vê na sua igualdade com a do outro o critério valorativo para exercer direitos e obrigações.

Decorre daí o fundamento e a legitimidade da responsabilidade penal, que vê no sujeito moral a obrigação de receber a punição prevista legalmente em razão de atos criminosos, cujos fundamentos filosóficos da dignidade transcendem as teorias jurídicas, justamente porque esta noção extrapola o próprio direito, pressupondo a ideia de liberdade e a questão da igualdade.

4.4 O Não de Kant para as Teorias Relativas da Pena

Como já dito, em Kant o homem não é algo suscetível de instrumentalização, que possa ser usado como simples meio. Ao contrário: o homem deve ser considerado como fim

³⁶⁰ Ibid., op. cit., p. 60.

³⁶¹ Ibid., op. cit., p. 60.

³⁶² “A dignidade humana situa-se no cerne da luta contra o risco de desumanização, consequência do desenvolvimento desmesurado da tecnociência e do mercado. O inimigo não é unicamente e exclusivamente o poder do Estado, mas também o próprio produto do conhecimento humano e do sistema produtivo. Verifica-se então como a dignidade humana encontra-se referida à questão não do indivíduo, mas da humanidade. O homem dos direitos humanos representa, juridicamente, o indivíduo universal no exercício de sua liberdade também universal. A humanidade, por sua vez, é a reunião simbólica de todos os homens enquanto seres humanos. Reconhece-se a pessoa como pertencente a um mesmo gênero, o “gênero humano”. A dignidade se apresenta como uma qualificativa do gênero humano, que torna possível identificar todos os homens como pertencentes a um mesmo gênero. A identificação que faz com que todos os homens façam parte da humanidade reside no fato de que todos têm a mesma qualidade de dignidade no quadro da humanidade. Os homens são assim considerados porque todos são dotados de uma mesma dignidade, que é o critério último de reconhecimento. Como resume

em si mesmo, ou seja, sua ética da punição é frontalmente contrária a qualquer método que pretende castigar ao fundamento de mera utilidade social.

A aplicação da lei kantiana tem o propósito de realizar justiça em razão da infração da lei. Sua pretensão inclinou-se exclusivamente para o *ius talionis* e seus principais argumentos são: “o mal não merecido que fazes a outro de teu povo, o fazes a ti mesmo; se o desonras, desonras a ti mesmo, se o roubas, roubas a ti mesmo”³⁶³. Desta maneira, Kant sustenta que não há nada melhor que o *ius talionis* para expressar a qualidade e a quantidade da pena, “mas com a condição, bem entendida, de ser apreciada por um tribunal (não pelo julgamento particular)”³⁶⁴.

Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de ter cometido crime, ou seja, não há nenhum tipo de elaboração ou preocupação em considerar aspectos utilitários da pena, tanto para aquele que cometeu o delito, quanto para a sociedade. Kant, portanto, nega qualquer tipo de função preventiva – especial ou geral – da pena.

Quem declara a liberdade como sendo o único direito inato, tem que conciliar este mesmo direito fundamental de humanidade com o duro fato da coerção jurídica. Somente através desta lógica de raciocínio foi possível chegar à distinção entre moralidade e legalidade, já desenvolvida neste trabalho. Assim, conectando a liberdade com o dever de boa vontade e com o direito de coerção, Kant acaba por expor a possibilidade de responsabilização moral do delinquente pelos seus atos³⁶⁵.

O fundamento da punição está ligado apenas à ideia de justiça, que, para Kant, se expressa de maneira fidedigna na lei de talião. Neste sentido, há uma discussão de que a pena teria um sentido metafísico em Kant, especialmente em razão desta passagem da *Crítica da razão prática*:

Finalmente, há ainda na ideia da nossa razão prática algo que acompanha a transgressão de uma lei moral, a saber, a sua punibilidade [Strafwürdigkeit]. Ora, com o conceito de castigo enquanto tal não se pode combinar a participação na felicidade. Com efeito, embora aquele que castiga possa ter ao mesmo tempo a boa intenção de dirigir igualmente a punição para esse fim, ela deve no entanto justificar-se antes como castigo, isto é, como simples mal em si, de maneira que o castigado, se as coisas ficassem por aí e ele não divisasse nenhum favor oculto por detrás desse rigor, deve admitir pessoalmente que se lhe fez justiça e que a sua sorte corresponde perfeitamente à sua conduta. Em todo o castigo como tal deve, antes de mais, haver justiça e esta constitui o essencial deste conceito. Pode, sem dúvida, estar-lhe associada também a bondade, mas o punível, devido à sua conduta, não

Edelman, “se a liberdade é a essência dos direitos humanos, a dignidade é a essência da humanidade”. Barretto, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 61.

³⁶³ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. op. cit., p. 177.

³⁶⁴ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. op. cit., p. 177.

³⁶⁵ HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo e direito discursivo**. op. cit., p. 222.

tem a mínima razão para com ela contar. Por conseguinte, o castigo é um mal físico que, ainda mesmo que não estivesse ligado ao mal moral como consequência natural, deveria apesar de tudo estar-lhe associado como consequência segundo os princípios de uma legislação moral. Se, pois, todo o crime é em si punível, mesmo sem considerar as consequências físicas para o agente, isto é, arruina (pelo menos em parte) a felicidade, seria manifestamente absurdo dizer: o crime consistiu justamente em incorrer num castigo, ao prejudicar sua própria felicidade (o que, segundo o princípio do amor de si, deveria ser o conceito genuíno de todo crime). O castigo seria deste modo a razão de chamar a algo um crime e a justiça consistiria antes em abster-se de todo o castigo e até em impedir o castigo natural; pois já nada de mal haveria então na ação porque os males, que habitualmente daí resultam e em virtude dos quais a ação se dizia má, seriam doravante afastados. Acima de tudo, porém, considerar todo o castigo e toda a recompensa unicamente como meio mecânico na mão de um poder superior que devia servir apenas para salvar os seres racionais a agir em vista do seu fim último (da felicidade) é, de um modo demasiado visível, reduzir a sua vontade a um mecanismo supressor de toda a liberdade, para que seja necessário deter-nos aqui³⁶⁶.

Conforme explicação de Heck, na tradição religiosa encontra-se a ideia de que a justiça penal laica é uma reprodução da justiça divina e, com isso, a pena teria um sentido metafísico. Assim, quando foi encontrada a afirmação de Kant - contida no texto acima - , de que a transgressão está associada à ideia de merecimento da pena, muitos concluíram que além da justiça laica, Kant teria reconhecido o castigo como infração e necessidade moral. Contudo, a ideia foi exposta no contexto de mostrar que a moralidade não pode ser concebida como aspirações de felicidade, porque o temor da pena “metafísica” poderia ser motivada. De todo modo, se a pena como sendo uma questão “metafísica” é um assunto duvidoso, fica muito difícil afirmar que pena seria algo visível *a priori*³⁶⁷.

Em síntese, Kant, em verdade, não deu e não quis dar uma doutrina penal completa, afinal de contas ele admite a retributividade sem com ela fazer objeções filosóficas, e o princípio de talião é considerado como critério, e não como fundamento da punição. A fundamentação geral da coerção jurídica para ele basta, enquanto fundamentação da pena, fato absolutamente compreensível, porque seu pensamento estava inclinado para a liberdade³⁶⁸.

4.5 Do Direito e do Dever de Punir do Estado

Como já amplamente exposto, o sujeito kantiano é passível de imputação jurídica (penal) porque está submetido às leis da razão (da liberdade). Sua conduta moral está baseada

³⁶⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. op. cit., p. 60-61, A 65-66.

³⁶⁷ HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, direito positivo e direito discursivo**. op. cit., p. 222.

³⁶⁸ Ibid., p. 223.

na ideia pré-concebida de liberdade, sendo que o uso desse arbítrio é que o torna imputável e responsável frente ao Estado.

Por ser autônomo moralmente, o indivíduo submete-se às leis (internas) por sua própria vontade, porque o exercício da autonomia é lei para si mesmo. Desta maneira, a imputação fora do campo moral (jurídico) é um ato da razão que pode e deve ser atribuído ao sujeito não apenas pelo impulso do medo da coerção, mas especialmente pelo reconhecimento de sua autonomia.

A aparente antinomia entre direito como liberdade e coerção se resolve no momento em que o indivíduo toma consciência de que seu ato ilícito viola a liberdade do outro. É nesse momento que o indivíduo autônomo ultrapassa o plano da moralidade, sendo capaz de ser responsável por seus atos diante da lei.

Ao longo deste trabalho demonstrou-se que no momento entre a ruptura entre a teoria absoluta da pena para a teoria relativa e, depois para a teoria mista e unitária, a discussão sobre a punição deslocou-se do fundamento (teoria absoluta) para os fins. Diferenças radicais na questão da punição surgiram a partir desta ruptura, sendo que a maioria das posições inclinou-se para a os fins em detrimento da questão ética³⁶⁹.

Recuperando a discussão do segundo capítulo, as teorias da pena diferem-se, basicamente, em três grupos principais, que pretendem responder aos seguintes questionamentos: qual ofensa deve ser punida (*Ob quod*) e a razão para aplicação da pena (*Cuius Ergo?*)³⁷⁰. O primeiro grupo sustenta que é sempre justificável punir condutas que violem normas sociais e jurídicas, mesmo considerando que nem sempre é possível na prática realizar a punição. O segundo grupo sustenta que a punição às vezes justifica-se, e outras vezes não. Para a terceira corrente, a punição sempre é desnecessária e injustificável³⁷¹.

Para Barretto, a evolução da moralidade na história da humanidade deu-se com o aperfeiçoamento moral, que teve seu primeiro grande salto no tempo em que se substituiu a vingança por exigências mais complexas de justiça³⁷², que proporcionaram a formação de

³⁶⁹ BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. op. cit. p. 129.

³⁷⁰ As duas indagações são de Hugo Grotius e são utilizadas por Vicente Barretto para (re) encontrar os fundamentos a punição na contemporaneidade. BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. op. cit., p. 128.

³⁷¹ Barretto e Scarpi, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas Contemporâneas do Discurso Jurídico**. op. cit. p. 129.

³⁷² “Ensina-nos o Direito comparado que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todas as épocas, ainda as mais remotas, acessíveis à indagação histórica, em todas as raças, ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como *malum passionais quod infligitur propter malum actionis*, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo, que perturbou e porque perturbou a esfera do poder e da vontade de outrem. Podemos, pois, assinalar a pena com um fato

critérios para reparar os danos sofridos em razão da ação de outrem. Esta passagem da vingança para um solução com perspectiva de justiça representou o que Ost chamou de “ato fundador do direito”³⁷³.

Continua explicando Barretto, utilizando-se do critério de responsabilidade moral desenvolvido por Ricoeur:

Esse momento da história da humanidade representa, assim, a superação do período da culpa grupal e a inauguração do período da personalização da responsabilidade, definida em função e como critério de avaliações, antes de tudo morais. Essas referências pressupõem, entretanto, duas condições de possibilidade para a sua concretização: aceitação do outro, com tendo finalidades em si mesmo, e um sistema de direitos e obrigações pré-definidos. O agente moral passa então a ser o indivíduo definido, preliminarmente, como aquele que tem na igualdade o critério valorativo básico para exercer direitos e assumir obrigações.

A análise de Ricoeur se desenvolve, no primeiro momento, levando em conta a ideia clássica de responsabilidade, investigando-se o conceito fundador, procurando demonstrar que o mesmo extrapola o campo jurídico-conceitual e situa-se, na realidade, no campo da filosofia moral, fora do qual não terá consistência lógico-argumentativa. No segundo momento, Ricoeur trilha o caminho oposto, ao partir do conceito jurídico e constatar como as interpretações realizadas pela doutrina do direito tornaram a ideia de responsabilidade desenraizada no contexto social, econômico e político da sociedade tecnocientífica contemporânea.

A ideia de responsabilidade, por sua vez, desenvolve-se no direito moderno em duas variantes: a primeira, no direito civil, onde a responsabilidade foi definida como a obrigação de reparar a perda (pré-juízo) causada por uma falta pessoal e determinada em lei; a segunda vertente, no direito penal, define a responsabilidade como a obrigação de receber a punição prevista legalmente em virtude de atos delituosos (...).

Na filosofia moral contemporânea, a expressão responsabilidade aparece, por sua vez, como tema central no pensamento de diversos autores. Hans Jonas consagra o “princípio responsabilidade”; H. L. A. Hart analisa as raízes morais da punição e suas relações com a questão da responsabilidade; Ronald Dworkin se refere à responsabilidade coletiva; Jean-Marie Domenech situa o conceito de responsabilidade como o fundamento de uma nova civilidade³⁷⁴.

Como se pode notar, Barretto admite que as bases da teoria clássica do direito e, por consequência, da teoria da pena, por não contemplarem a imbricação entre a moral e o direito, mostram-se insuficientes para responder aos problemas da sociedade multicultural, pluralista e democrática contemporânea. Daí que as teorias não conseguem dar conta da questão dos fundamentos e fins da pena porque partem de uma premissa estritamente dogmática.

histórico primitivo, e erraremos, se virmos justamente no Direito Penal a primeira e mais velha camada da história da evolução do Direito, e considerarmos o injusto como a alavanca tanto do Direito como da moral”. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal. Tomo I.** Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel. 2003. p. 74.

³⁷³ OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico.** op. cit., p. 100.

³⁷⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** op. cit., p. 163-164.

Respondendo a questão sobre qual ofensa deve ser punida (*Ob quod*) - proposta por Hugo Grotius e utilizada por Barretto -, e a conectando-a com as teorias da pena expostas no segundo capítulo do trabalho, será possível extrair a natureza da violação da lei e da punição.

Historicamente, desde a época primitiva, a pena foi aplicada por motivos religiosos, especialmente o homicídio, que sempre teve simbolismo moral preponderante, porque é considerado como um mal a ordem natural e sua reparação somente seria possível com a morte do agente³⁷⁵.

A primeira resposta para a assertiva de Grotius vem das teorias absolutas da pena. Para Barretto, a questão é simples porque a punição é a aplicação do princípio geral da justiça em virtude do qual cada indivíduo deve responder por seus atos, que se expressa na máxima latina *ut, qui malum fecit, malum ferat*: aquele que com o mal fere, com o mal deverá ser ferido.

No mesmo sentido é o pensamento de John Finnis, que afirma ser a punição do Estado pelo cometimento de um crime “uma resposta humana as necessidades humanas, e não moldadas em uma campanha de “defesa social” contra uma praga de gafanhotos, ou pardais”.³⁷⁶

Assim, a punição serve para manifestar a indignação da comunidade, sendo uma mal em si mesmo. Com este conceito de pena, a “vingança” é o seu elemento indispensável e que lhe eleva a condição de um conceito muito mais político do que jurídico. O direito da sociedade de punir vem da necessidade do organismo social de reagir ao mal causado. Trata-se de um direito auto-evidente que dispensa maiores digressões metafísicas que visem fundamentá-lo³⁷⁷.

Finnis vai ainda mais longe, dizendo que além da punição propriamente dita, seu significado se amplia em direção a restauração do equilíbrio quebrado pelo delito:

Sanções são punições porque são requeridas justificadamente para evitar injustiça, para manter uma ordem racional de igualdade proporcional, ou equidade, entre todos os membros da sociedade. Pois quando alguém, que realmente tinha escolha, manifesta em sua ação uma preferência (seja por intenção, irresponsabilidade ou negligência), por seu próprio interesse, sua própria liberdade de escolha e ação, em detrimento do interesse comum e do modo de ação em comum legalmente definido, então por meio dessa ação ele obtém um certo tipo de vantagem sobre aqueles que se

³⁷⁵ BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. op. cit., p. 130.

³⁷⁶ FINNIS, John, **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 257

³⁷⁷ BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. op. cit., p. 130.

contiveram, restringiram a busca de seus próprios interesses, a fim de cumprir a lei. Pois não é o exercício da liberdade de escolha em si mesma um grande bem humano? Para que o criminoso voluntário tenha esta vantagem, a situação teria que ser tão desigual e injusta quanto seria ele ficar com os lucros tangíveis de seu crime (os ganhos ilícitos, os fundos desviados, a função lucrativa...). Se aqueles que têm a autoridade permitissem que se conservassem as vantagens injustamente conseguidas, não apenas perderiam a lealdade dos cidadãos cumpridores da lei prejudicados, como de fato iriam perder com razão o direito a esta lealdade de promover o bem comum, e um justo equilíbrio entre benefícios e responsabilidades em uma comunidade é um importante aspecto desse bem comum”³⁷⁸.

Já a segunda resposta é mais sofisticada, porque não admite a punição pela simples satisfação de punir. É claro, infligir dor é sempre um mal, porque faz parte da natureza da punição. No entanto, é um mal menor do que não se punir. Para esta corrente (teorias relativas e unitárias - prevenção geral e especial, positiva e negativa), a punição seria justificada como forma de prevenção de futuros crimes, já que a ameaça de punição produziria na consciência social coletiva uma espécie enquadramento nas ordens sociais. Por outro lado, a punição exercida especificamente sobre o próprio criminoso impediria o cometimento de novos crimes e, ainda, poderia ser ressocializado³⁷⁹. Claramente, a punição nesta perspectiva deve ser avaliada com um olhar voltado mais para o futuro do que para o passado, e nisso reside a sua íntima conexão com o utilitarismo.

A terceira resposta à indagação de Grotius é a de que a punição nunca é remédio para um crime (abolicionismo) porque o crime (pelo menos em sua maioria) é explicado como uma distorção fruto do ambiente social. Para esta corrente, a punição é fútil e cruel, e a sociedade deve procurar meios de impedir o cometimento de futuros crimes³⁸⁰.

Para Barretto as três respostas estão desvinculadas da realidade da sociedade brasileira contemporânea, na qual o aumento vertiginoso da criminalidade encontra-se ligado à ausência de punição do infrator. Neste contexto, perderam-se os argumentos racionais que legitimam o sistema de punição, tornando necessária uma reflexão da fundamentação ética, com base na autonomia moral kantiana, fundada na liberdade, que vai justificar e fundamentar em nossa consciência toda a questão filosófica que envolve a punição³⁸¹.

O desafio contemporâneo no âmbito do direito penal consiste, fundamentalmente, em como justificar a punição quando se reconhece a sociedade como sendo um ambiente

³⁷⁸ FINNIS, John, **Lei natural e direitos naturais**. op. cit., p. 257/258.

³⁷⁹ BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**.

op. cit., p. 131.

³⁸⁰ Ibid., p. 132.

³⁸¹ Ibid., p. 132.

criminógeno?³⁸² Para Barretto, a resposta não se encontra em motivos psicológicos, sociológicos ou religiosos, mas na atribuição de um princípio moral, que sirva como alicerce da sociedade³⁸³.

Qual razão para aplicação da pena (*Cuius Ergo?*)? Para que possamos ser moralmente justos, a punição dos crimes deve atender a duas exigências: defender a vítima – que pode ser a sociedade, por exemplo, em crimes de ordem tributária, econômica, e fazer com que o criminoso expie sua culpa e recupere a racionalidade perdida³⁸⁴. O castigo como vingança e o abolicionismo negam um e outro, e estes são dois aspectos inseparáveis da natureza/essência da punição.

Quando alguém agride outra pessoa, um terceiro experimenta do ponto de vista moral um duplo sentimento. Em primeiro lugar, sente a necessidade de defender a vítima e, depois, de recuperar o agressor para a vida social, já que este parece ter perdido sua racionalidade. Ambas as reações do terceiro deitam raízes na questão da dignidade humana. O sofrimento mental vivenciado pela vítima consiste, assim, no fato de que a sua dignidade foi violada, o que se liga à degradação da dignidade do criminoso, que precisa ser recuperada³⁸⁵.

³⁸² “Esquematisando, a sociologia criminal tem hoje duas vertentes, correspondentes aos dois sentidos da expressão sociedade criminógena e que, de forma simplificada e para efeitos meramente expositivos, se poderiam reconduzir, respectivamente, às conhecidas frases de LACASSAGNE (A sociedade tem o criminoso que merece) e de H. Becker (A sociedade tem os criminosos que quer). a.) A primeira vertente pertencem as teorias que designamos por etiológicas e que exemplificaremos com referências desenvolvidas às teorias ecológicas, da subcultura e da anomia. Trata-se de teorias que, a par de divergências irrecusáveis, mantêm – todas elas – áreas consideráveis de continuidade com as teorias de nível individual. Todas, com efeito, continuam a prestar homenagem às representações fundamentais do positivismo: a aceitação da ordem social como um dado; a crença em que o crime se pode substancializar como algo intrinsecamente mau e em que o criminoso é necessariamente diferente do cidadão normal; o postulado de que o crime é sempre a resultante de factores que não deixam outra alternativa de comportamento. Só que – e nisso reside a divergência face às teorias de nível individual – a diferença não radica na estrutura da personalidade do delinquente nem na sua biografia, mas nas estruturas sociais envolventes. O crime é – consoante os autores – o resultado das condições ambientais e habitacionais, da inserção em determinadas culturas ou subculturas, da pertença a uma dada classe econômica-social com o seu quadro próprio de oportunidades (...). b.) Na segunda vertente incluiremos as teorias ou perspectivas que procuram dar resposta a um conjunto de problemas que, por analogia com a linguagem psicanalítica, poderíamos reconduzir à rubrica genérica de sociologia da sociedade punitiva. Problemas que, apesar de historicamente posteriores, não podem deixar de se considerar logicamente prioritários em relação aos da primeira vertente. Explicar o crime equivale, a esta luz, a explicar ou penetrar na racionalidade que preside à ordem social. Não pode, na verdade, pensar-se em comportamento desviante sem a referência a uma ordem normativa objectivada e heterônoma, que »reduza a complexidade« resultante da abertura do homem ao mundo e à vida e torne possível a interacção. Por outro lado, e inversamente, a existência de uma ordem social – como imposição de uma dada realidade social – implica necessariamente estratégias de legitimação, defesa e, por isso, de punição. É que, como bem acentuam BERGER e Luckmann, »toda realidade social é precária« e está sob ameaça constante de definições alternativas da realidade, de que os comportamentos desviantes são expressão. FIGUEIREDO DIAS E COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra. Editora Coimbra, 1984. p. 243/247.

³⁸³ BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. op. cit., 133.

³⁸⁴ Ibid., p. 133.

³⁸⁵ Ibid., p. 134.

No aspecto psicológico, diz Barretto, nosso sentimento pela vítima difere daquele tido em relação ao agressor. Da vítima sentimos piedade, e do criminoso, revolta. A exigência moral faz com que nossa revolta não se transforme em vingança, e a vítima tem o direito de ser defendida pela sociedade, cabendo ao Estado conduzir o criminoso de volta à razão para recuperar a moralidade perdida. O fundo moral nos dois casos é o mesmo, ou seja, a dignidade humana³⁸⁶.

Existe, assim, ensina Barretto, no campo da consciência moral, uma questão que ronda todo o debate sobre a questão da natureza da pena, a saber: o fato do crime priva o criminoso de seus direitos como pessoa humana³⁸⁷?

A resposta das teorias de que a pena é uma forma necessária de vingança acaba por implicar na defesa da pena de morte, que no jargão popular se expressa no aforismo “bandido bom é bandido morto”. A sede de vingança que está entranhada na sociedade contemporânea, diante do fenômeno da violência e suas vinculações com a pobreza apontadas por setores da criminologia acabou por gerar um tratamento inocente e abstrato. A impossibilidade – absoluta ou relativa – de recuperação do delinquente no sistema de justiça criminal levou idealistas da criminologia ao paradoxo de que a pena é em si mesma um mal e que nada pode-se fazer a respeito, especialmente considerando a ineficácia do sistema de prisão e o alto custo para sua manutenção.

Para Barretto, o mérito destas teorias reside no seu idealismo. Já seu defeito é não atingir seus objetivos, uma vez que tomar atitude passiva frente ao fenômeno criminal, embora afaste a característica de vingança e de intimidação (prevenção especial e geral), exclui a possibilidade de evitação de crimes e de redução dos criminosos³⁸⁸.

O inegável fato do sistema de justiça criminal ter se tornado uma máquina de humilhação e degradação da pessoa do criminoso, questão esplendidamente colocada por Michel Foucault, não justifica o enfraquecimento da ação punitiva estatal e, portanto, no âmbito da questão moral, da própria condição de possibilidade do infrator. A seletividade do sistema penal, da mesma maneira, não pode justificar a não punição. Fundamentar que a execução penal tornou-se ilegítima, seria o mesmo que sustentar que não pode o Estado intervir na educação porque as escolas estão em estado lastimável³⁸⁹.

³⁸⁶ Ibid., p. 134.

³⁸⁷ Ibid., p. 135.

³⁸⁸ BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico.** op. cit., p. 136.

³⁸⁹ Ibid., p. 136.

Negar a punição significa abandonar a vítima e, ao mesmo tempo, negar a possibilidade de recuperação moral do próprio criminoso. Desde que o progresso da história excluiu da vítima e sua família a questão da vingança privada e a transferiu para o Estado, sob o pressuposto não apenas do seu poder ilimitado e de sua prerrogativa de criar o direito, mas porque o crime passou a ser entendido como uma quebra ao equilíbrio e uma ofensa aos sentimentos de uma comunidade, a punição do ato criminoso superou a vingança e se transformou em dever do Estado.

Assim, para uma fundamentação ética da punição, sua formulação exigira, na classificação de Barretto, três condições básicas:

1. a punição expressa a condenação moral, portanto, a repulsa moral da comunidade diante do crime praticado;
2. destina-se a punição a servir como uma lição para todos os indivíduos, mostrando que tais atos são maus em si mesmos;
3. pretende corrigir e recuperar o criminoso, fazendo com que cumpra um pena e com isto possa emendar-se e conformar-se com as leis sociais³⁹⁰.

O fundamento de cada uma das proposições está centrada na questão da moralidade, cuja condição de possibilidade de entendimento é de natureza filosófica/política e não dogmática, portanto, muito mais ampla e necessária para o Estado Democrático de Direito.

Obviamente que o limite da punição está nos direitos humanos, que fundamentalmente estão ligados à ideia de dignidade humana, constitutiva do fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, preceito expressamente consignado no artigo 1º, inciso III, da Constituição. A punição apenas atenderá às três proposições de Barretto quando significar algo muito maior do que a simples pena. O criminoso deve compreender que está em fase de deterioração moral e que seu ato é maléfico para a sociedade. A resposta punitiva é uma resposta da sociedade e, fundamentalmente, uma resposta moral que visa sedimentar laços de igualdade e educar para a moralidade³⁹¹.

³⁹⁰ BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. op. cit., p. 138.

³⁹¹ Ibid., p. 138.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho foi posta em discussão a questão da punição e a sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito à luz da evolução e do respeito aos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

A pena como retribuição ao crime, no sentido religioso de expiação ou enquanto compensação de culpa, representa a imposição de um mal justo contra mal injusto do crime, necessária para realizar justiça (Kant) ou reestabelecer o direito (Hegel). Tais premissas encontram raízes ainda na Antiguidade, conforme famosa expressão de Sêneca: *punitur, quia peccatum est*³⁹².

A mais antiga e popular função atribuída à pena – punir porque pecou – vem mantendo-se viva mesmo com a fantástica evolução da humanidade. A pena como condição de expiar a culpa remonta aos suplícios da Inquisição e tinha a função de purificar a alma daquele que cometeu o crime. A pena enquanto forma de compensação de culpa parece, num primeiro momento, atualizar o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo³⁹³.

A compensação de culpa não é simples atualização do instinto de vingança, mas sim, como assevera Barretto, uma evolução da moralidade na história da humanidade, que teve seu primeiro grande salto quando se substituiu a vingança por exigências mais complexas de justiça, que proporcionaram a formação de critérios para reparar os danos sofridos em razão da ação de outrem. Esta passagem da vingança para um solução com perspectiva de justiça representou o que Ost chamou de “ato fundador do direito”.

O sujeito moderno foi sendo forjado em um conjunto de valores fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, que se reconhece como digno de respeito e, por consequência, vê o outro como também digno de respeito. Esta capacidade amplia o horizonte de entendimento para além da lei positiva e chega até o âmbito moral. Num passado distante a vingança imperava, mas na modernidade ela é substituída pela ideia de justiça. Deste momento em diante, o ser moral vê na sua igualdade com o outro o critério valorativo para exercer direitos e obrigações.

Este tipo de justiça mais complexa foi consequência do gradual convívio coletivo humano. Aristóteles já havia desenvolvido seu conceito de justiça, baseado na igualdade, e representa o ponto de partida de todas as reflexões sobre essa questão. Aristóteles dividiu a justiça em comutativa e distributiva, e criou a ideia de equidade para casos não previstos. A justiça comutativa tem o propósito de restaurar a desigualdade natural existente entre as pessoas, afirmando que perante a lei todos são iguais. Sua finalidade é criar paridade na relação entre as pessoas. A

³⁹² SÊNECA, Lúcio Aneu. **A ira**. Trad. Antero Barradas Barrata. Rio de Janeiro: Editora Vecchi. 1983, p. 121.

³⁹³ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21-29.

justiça distributiva assume como inevitável a desigualdade entre as pessoas e diz que cabe a cada um a porção de seu mérito.

Sobre a questão da criminalidade, Aristóteles disse que em ocorrendo um delito, o tipo de justiça a ser aplicada seria a comutativa, que compulsoriamente e de forma judicial promoveria a reparação do mal causado. Na **Ética a Nicomaco**, Aristóteles considera o criminoso um inimigo da sociedade, que deve ser castigado, ou seja, no pensamento antigo já havia uma preocupação em estabelecer critérios de justiça em decorrência de ações criminosas.

A punição no pensamento aristotélico foi desenvolvida e entendida como necessária para se realizar a justiça. A punição tem o propósito de reestabelecer a desigualdade que a ação criminosa gera, ou seja, punir é realizar a justiça, elemento fundante, essencial e necessário para o convívio social da *polis*.

Em Santo Agostinho a justiça desconectou-se da ideia de natureza das coisas e da razão, e passou a ser expressa unicamente na vontade divina, ou seja, a justiça é representada por um complexo de preceitos e imperativos emanados de Deus “que o homem deve observar para merecer a salvação eterna, sendo este o conceito de direito natural que preside a todo o mundo de ideias de Agostinho”,³⁹⁴.

No pensamento de Agostinho a punição nunca poderá ter um caráter de vingança, mas sim de natureza medicinal. Assim, contra os hereges, os remédios a serem adotados são unicamente a persuasão e a oração. Para Agostinho, a urgência da salvação eterna e o temor da morte eterna impõem a exigência de violação das liberdades humanas, agindo a Igreja, nesse caso, como o pastor evangélico que persegue a ovelha perdida, para fazê-la voltar, ainda que contra a sua vontade.

Em Agostinho o Direito é aplicado através do instrumento da lei, que opera pela força. Assim, o sistema legal opera com coerção, sanções e punições. As punições não contradizem o evangelho, desde que buscadas sem o motivo da vingança, mas por amor corretivo. Tomas Aquino, diferentemente de Agostinho, elaborou uma imbricação entre ser e dever ser, entre realidade e valores. No tomismo a razão ou a inteligência são atributos essenciais da divindade, portanto, o descobrimento da lei natural ou da lei eterna a partir da razão é a mais alta demonstração de que o homem tem a capacidade de reconhecer intelectualmente o ser no seu conteúdo axiológico.

Com o renascimento e o iluminismo, inaugura-se uma nova fase no pensamento mundial. Na Grécia antiga havia o predomínio da ordem natural das coisas, cabendo a razão humana observá-la e desvelá-la, numa visão estritamente cosmológica do mundo. No medievo, o direito natural é ligado a Deus e, o homem, por ser dotado de razão, deverá utilizar-se dela para

³⁹⁴ MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. op. cit., p. 62

descobrir a vontade de Deus e quais são suas leis supremas, ou seja, a visão de mundo é unicamente teológica. Já na era moderna, o centro de valores do mundo passa a ser o homem e a sua razão.

O florescimento das ciências, impulsionadas pela revolução científica do século XVII, cujo expoente foi Isaac Newton, procurava transportar para as ciências sociais (direito) as matrizes de compreensão dos fenômenos físicos e matemáticos. Descartes (1596-1650) promoveu a substituição da “velha filosofia teórica, ou seja, a metafísica (clássica), por uma nova filosofia, a prática (subjéctiva), para nos tornarmos *domini et possessores naturae*. A ciência, e também a filosofia, não havia de ser cultivada por causa da curiosidade, da vontade de saber, mas por causa da avidez de poder da vontade de domínio.”³⁹⁵

Na seara econômica, o feudalismo passava por uma grave crise decorrente da catástrofe demográfica causada pela epidemia da peste negra. Com o comércio reativado, a Europa passou por um relativo desenvolvimento urbano e comercial e, conseqüentemente, as relações de produção capitalistas aumentaram. Ao mesmo tempo, os Estados absolutistas expandiram seu poder econômico e político através do mercantilismo e do absolutismo, doutrinas anticapitalistas. No entanto, os estados absolutistas sucumbiram às revoluções liberais da Idade Moderna (Inglesa - 1640, Americana - 1776 e Francesa - 1789), que fizeram do capitalismo o sistema econômico predominante.

A formatação do Estado, na sua concepção moderna (povo, território e soberania), constitui-se na versão que ficou conhecida como absoluta, porque “nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra) passagem do período medieval”, ou seja, “são as condições econômicas-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas”³⁹⁶.

O jusnaturalismo continua em pleno desenvolvimento e se reforça com as teorias contratualistas, que surgem entre os séculos XVI e XVIII com Hobbes (**Leviatã** – 1651), Locke (**Dois tratados sobre o governo civil** – 1690) e Rosseau (Contrato Social – 1792). Para todos eles haverá uma dialética entre o estado de natureza e o estado civil, que será mediado pelo contrato social, cujo fim será o estado civil. Os contratualistas, assim, estabelecem a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que tenha com fim acabar com o estágio pré-político (estado de natureza) e dê início à sociedade política (estado civil).

No contratualismo absoluto, liberal e democrático, embora haja divergências quanto ao fundamento do contrato social, convergem quanto à necessidade de punição para o estágio político.

³⁹⁵ KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. op. cit., p. 84.

³⁹⁶ STRECK E MOIRAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do Estado**. op. cit., p. 28.

Hobbes chega a desenvolver uma espécie de teoria da pena, exigindo prévia lei que comine sanção, afirmando que mais do que a sanção é a certeza da punição que garante a paz. Locke, por sua vez, limita o poder do Estado, dizendo que não se pode intervir nos direitos naturais (liberdade, vida, propriedade).

A última (e talvez a maior) transformação consolidada pela modernidade refere-se ao positivismo. Para Norberto Bobbio, o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “Direito Positivo e Direito Natural não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito passa a ser considerado como direito em sentido próprio”³⁹⁷. O Positivismo jurídico reduz todo o direito a direito positivo, e o direito natural não é direito, ou, para ser mais claro, com Bobbio, “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro senão o positivo.

A excessiva crueldade dos castigos corporais que ainda imperavam ao tempo do renascimento e do iluminismo geraram na Europa do século XVIII uma enorme reação dos pensadores, que formularam um conjunto de ideias baseando-se na razão e na humanidade (dignidade). A crítica contra a legislação penal abriu um espaço de defesa das liberdades do indivíduo e da dignidade humana. Beccaria (1738 - 1794) foi o grande artífice e formulador da crítica ao sistema de punição de seu tempo. Ele levantou a voz contra a loucura das punições ao publicar **Dos delitos e das penas**, obra que uniu as teorias contratualistas com o utilitarismo. Seu grande mérito foi ser claro, direto e preciso, publicando um livro ao grande público.

Os princípios básicos de Beccaria fundamentaram todo o direito penal moderno e, muitos desses princípios, foram adotados pela Declaração dos Direitos do Homem. Segundo ele, deveria ser vedado ao magistrado aplicar penas não previstas em lei, cuja produção se daria exclusivamente pelo legislador. Posicionou-se contra a interpretação das leis pelos juízes, que deveriam simplesmente aplicá-las num “silogismo perfeito”. Sobre a crueldade das penas e a tortura para obtenção de confissão disse serem procedimentos inúteis, para ele, a certeza da punição, e não sua severidade, é que impediriam a reincidência. Escreveu sobre prescrição penal e foi contra a pena de morte.

Contemporâneo de Beccaria, Jeremy Bentham foi co-fundador da escola utilitarista inglesa, junto com John Stuart Mil e James Mil. Essa doutrina aceita a “unidade ou o princípio maior da felicidade” como fundamento moral, dizendo que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. “Por felicidade entende-se prazer e ausência de dor, por infelicidade, dor e privação”.

³⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** op. cit., p. 26.

No campo da punição, Bentham vai seguir a mesma linha de Beccaria, isto é, contra os castigos corporais absurdos e desumanos. Desenvolveu um amplo sistema de controle social, baseado no método de controle do comportamento humano de acordo com o princípio ético do utilitarismo. Em Bentham, as ações possuem utilidades e visam produzir benefícios, “vantagem, prazer, bem estar e servem para prevenir a dor. Bentham considera que o homem sempre busca o prazer e foge da dor”³⁹⁸. Com estes fundamentos, elaborou um grande sistema acerca da teoria da pena, inclusive sistematizando a pena, conferindo atribuição de funções de prevenção geral e especial.

Considerando a contribuição do cristianismo e do iluminismo para a promoção dos direitos fundamentais (liberdade e igualdade) multiplicaram-se documentos cujo objetivo era de garantir direitos fundamentais. Nas comunas e burgos livres da Europa, difundiram-se a noção de direitos básicos, especialmente quanto às liberdades civis/públicas, já que estes locais não estavam vinculados a qualquer Estado ou Rei, e viviam fora do processo de fragmentação social natural de seu tempo. Na expressão de Fábio Comparato, “as cidades medievais eram verdadeiros centros de libertação: a condição servil perdia-se com a estada ininterrupta do servo no interior do burgo durante ano e dia”³⁹⁹.

Os movimentos de tolerância religiosa foram determinantes para quebrar o vínculo de poder entre o Estado e a Igreja, abrindo espaço para o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração, consagrados no *Petition of Right* (1628), no *Habeas Corpus Act* (1679), no *Bill of Rights* (1689), nas Declarações de Independência dos Estados Unidos da América e de Direitos da Virgínia (1776), bem como na Declaração Francesa (1789).

A ideia de codificação é fruto ou nasceu com a cultura racionalista, “e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as ideias iluministas se encarnaram em forças histórico políticas, dando lugar à Revolução Francesa, sendo de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a ideia de codificar o direito adquire consistência política”⁴⁰⁰.

O desenvolvimento do capitalismo, da industrialização e o aparecimento do Estado social, em substituição ao Estado Liberal, acabam exigindo do direito um elevado grau de segurança jurídica, que não pode ser assegurado pelo sistema de direito natural tradicional, pois havia a necessidade de leis gerais e abstratas. Com o tempo, a lei emitida pelo Estado passa a ser legítima e incontestável, e seu poder está vinculado à sua validade. A validade, por sua vez, decorre do

³⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 45.

³⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 40.

⁴⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. op. cit. p. 64-65.

respeito ao seu procedimento formal e não do seu conteúdo material. Assim, passou-se do positivismo científico para o legalista.

As constituições mexicana e alemã dão início ao novo constitucionalismo, porque consagraram os chamados direitos sociais de segunda geração/dimensão, concernentes às relações de produção e de trabalho, à educação, à cultura, à previdência, e, também, porque reorganizaram o Estado em função da sociedade, e não mais do indivíduo.

Os positivistas do final do século XIX e início do século XX pressupõem que o legislador, o Estado ou o poder soberano não criariam leis injustas, talvez por serem filhos do jusracionalismo iluminista, onde “a lei incorpora um pouco da ordem condicionada pela natureza das coisas; em cada área regular a intenção de justiça é decisiva e claramente visível, em toda a prossecução de fins exigida pela vida social a ideia de direito não deve ser esmagada pela crassa utilidade”⁴⁰¹. No entanto, infelizmente, eles estavam errados e o fenômeno nazista deixou isto muito claro.

A análise crítica do direito, da moral e da justiça foi ocupada, durante grande parte do século XX, por um rígido formalismo, que encontrou na teoria pura do direito de Hans Kelsen a sua expressão mais sofisticada. As relações entre valores morais, ordem jurídica e justiça, que deitam suas raízes na tradição de pensamento do Ocidente, ressurgiram, entretanto, nos conflitos culturais, sociais e políticos ocorridos nas sociedades contemporâneas (fenômeno nazista e na questão da biomedicina). Esses fatos tornaram possível a recuperação do pensamento kantiano para que se possa esclarecer e substantivar os argumentos constitutivos do discurso jurídico no Estado Democrático de Direito⁴⁰².

Com a reforma do modelo de punição proposta pelo iluminismo tiveram fim os suplícios, no entanto, como seus os principais reformadores (Beccaria e Bentham) estavam vinculados teoricamente com o utilitarismo e o positivismo, suas proposições provocaram efeitos decisivos no direito penal moderno, especialmente em relação à punição.

A partir da consolidação do Estado (moderno), caracterizado por uma ideia de soberania, povo e território, a entidade racional e política formatada pelo Iluminismo nasce forte e tem o papel de estabelecer e manter a ordem social a partir de um contrato social, exercendo o controle através do monopólio da violência. O poder centralizado é uma de suas principais características, além do crescente orientação para as grandes codificações.

Na tradição do pensamento clássico não existia a ideia de igualdade (Aristóteles), mas apenas o reconhecimento de que a desigualdade é inerente (natural) aos seres humanos. Como a

⁴⁰¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** op. cit. p. 122.

⁴⁰² BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** op. cit., p. 31.

excelência da virtude é natural, a desigualdade entre as pessoas é também algo natural e a existência da diferença entre as pessoas seria, conseqüentemente, natural.

O cristianismo rompeu com esta tradição de pensamento, deixando um grande legado para a filosofia moral, que é a consagração da ideia de igualdade, que passa a ser fundante sobre toda e qualquer reflexão sobre a moral. Para o cristianismo não importa muito a excelência natural do talento, mas sim o bom uso que se faz do talento. Este conceito acaba por igualar os homens, porque não importa se há desigualdade de competências, mas sim o bom uso que se faz do talento.

O segundo grande legado do cristianismo e que foi fundamental para a moral é a ideia de liberdade (livre arbítrio). Isso porque a partir do momento em que o uso do talento passa a ter importância, a liberdade vai ser a forma/instrumento de expressar e de deliberar sobre o uso dos talentos.

Kant, sem dúvida, está inscrito nesta tradição de pensamento (liberdade e igualdade) e dá largada a uma nova etapa da teoria do conhecimento promovendo uma revolução copernicana, já que estabelece o diálogo entre duas correntes (racionalismo e empirismo). O filósofo enuncia que para a apreensão do conhecimento importam duas coisas: as experiências sensórias, de um lado (conhecimento *a posteriori*) e, de outro, as estruturas do conhecimento, anteriores a este (conhecimento *a priori*), que vão permitir que as experiências sensoriais tenham sentido.

Kant promoveu uma inversão radical na análise da teoria do conhecimento, dizendo que as condições do conhecimento não estão no mundo, mas no homem. Por isso, conhecer não significa colocar o sujeito gravitando em torno do objeto, mas ao contrário, colocar o objeto gravitando em torno do sujeito. Não existe conhecimento senão em função das características de quem conhece e dos mecanismos que se possui para conhecer.

A construção teórica baseada na igualdade e na liberdade possibilitou a Kant o desenvolvimento de sua teoria da moralidade fundada na liberdade. O princípio da autonomia moral acaba por obrigar o indivíduo a agir segundo o seu próprio querer, fazendo dele um legislador universal. O princípio da autonomia se expressa no imperativo categórico que prescreve “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. Com este imperativo categórico, “o princípio da autonomia fornece para a filosofia uma nova base, que se diferencia das éticas até então propostas, pois tem a pretensão de formular normas válidas e necessárias universalmente”⁴⁰³.

Mesmo que a autonomia da vontade seja o fundamento filosófico da liberdade, “conceito-chave da modernidade”⁴⁰⁴, ainda resta uma questão a ser resolvida ligada a possibilidade

⁴⁰³ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 41.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 41.

de coexistência das mais diversas manifestações de vontades autônomas? Neste quadro, como se comportaria o direito, que tem natureza de coerção, sendo, portanto, um instrumento de negação da autonomia?

No racionalismo jusnaturalista kantiano há uma conversão da razão em fonte de toda a norma moral e jurídica. Enquanto o ser racional conhece a lei moral, o ser sensível não necessariamente obedece à lei moral, pois pode ser afetado pela experiência. A razão cria, para o homem, a obrigação moral, que se expressa através dos imperativos categóricos.

Portanto, o conceito de direito é transcendental – *a priori* -, havendo peremptória recusa de sua construção empírica, dogmática “e uma particular disposição da vontade (vontade do legislador)”⁴⁰⁵. Em Kant, segundo a interpretação de Bobbio, o fim do direito é realizar a justiça, que nada mais é do que garantir o exercício da liberdade.

O conceito de justiça de Kant está muito próximo daquele desenvolvido por Aristóteles. Ambos estavam mais preocupados em desenvolver critérios de ações justas e injustas do que ações conforme ou não ao sistema jurídico. O conceito de justiça como liberdade é a mais respeitada expressão da teoria kantiana, porque ela vai dar o lastro necessário para inspirar o Estado liberal. Trata-se do apogeu do direito natural fundamental e de uma teoria da justiça, onde a liberdade é, antes de tudo, o direito à liberdade⁴⁰⁶.

Destas premissas, Kant desenvolveu sua teoria da pena baseada na retribuição. Como a moralidade é universal, não basta que haja legalidade nas ações, sendo preciso que o respeito à legalidade das ações morais seja o motivo concreto e verdadeiro que impulsiona a vontade⁴⁰⁷. Neste sentido, o Estado, na visão de Kant, desempenha o papel concreto de educar a moralidade⁴⁰⁸.

Em suma, Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de ter cometido crime, ou seja, não há nenhum tipo de elaboração ou preocupação em considerar aspectos utilitários da pena, tanto para aquele que cometeu o delito, quanto para a sociedade. Kant, portanto, nega qualquer tipo de função preventiva – especial ou geral – da pena.

A punição fundada na teoria absoluta da pena enquanto justiça de Kant acabou sendo substituída pela orientação utilitária que vigorava (e prossegue até hoje), ou seja, é mais importante a finalidade social do que a individual. A partir deste momento, desenvolveram-se as teorias relativas da pena que se justificavam não sob o imperativo categórico da justiça absoluta, mas sim

⁴⁰⁵ GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen**. op. cit., p. 71.

⁴⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. op. cit., p. 74.

⁴⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. op. cit., p. 109.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p.110.

como meio ou instrumento útil e necessário de prevenção da criminalidade⁴⁰⁹, daí que estas teorias não fundamentam a pena, mas lhe atribuem fins.

No momento em que a teoria absoluta é substituída pelas teorias relativas, constata-se a ruptura entre fundamentos e fins da punição, sendo que a dogmática do direito penal, muito influenciada pela corrente utilitarista que dominava a Europa, optou por apropriar-se de seus postulados de manutenção da ordem social e de prevenção da criminalidade e excluir a proposta kantiana.

Em substituição às teorias relativas da pena, surgiram as teorias unitárias ou mistas (ou ecléticas) da pena, atualmente preponderante no mundo do direito penal contemporâneo. As teorias mistas dizem que “a unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao direito penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem”⁴¹⁰. Assim, esta teoria estabeleceu a crucial diferença entre fundamento e fim da pena.

O fundamento da pena fica adstrito ao fato criminoso perpetrado pelo delinquente, ou seja, a justificação é o próprio crime. Com este fundamento, o princípio fundamental da prevenção geral (intimidação da sociedade) sai de cena, evitando que conceitos preventivos de pena incidam sobre pessoas que tenham grau de periculosidade fora dos padrões sociais, cessando qualquer tipo de necessidade de tratamento ou recuperação. O critério da periculosidade, sem dúvida, ofende a dignidade humana e reduz o homem a simples doente biológico ou social.

Surgem, por fim, as teorias que deslegitimadoras do sistema penal (abolicionismo e minimalismo). A primeira pretende a abolição do sistema de justiça criminal, dizendo que ele cria mais problemas do que os resolve. Já a segunda, roga a diminuição do quanto for possível sistema penal, mediante descriminalização de condutas, seja pelo seu custo social que a repressão gera, seja pela própria ineficácia ou por haver outros meios de controle (direito civil, administrativo, entre outros).

A experiência que sobreveio de impossibilidade – absoluta ou relativa - de recuperação passou a ser o principal alvo de crítica. Além disso, as constatações empíricas da criminologia crítica ou radical, que demonstraram a violência que o sistema de justiça criminal exerce de maneira seletiva sobre determinadas camadas sociais (especialmente na América Latina), também foi determinante para colocar em evidência a crise da pena, inclusive sobre os aspectos ligados à sua legitimidade.

⁴⁰⁹ BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático.** op. cit., 215.

⁴¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão. Causas e alternativas.** op. cit., p. 142.

Neste sentido, como enumera Barretto, a contribuição kantiana na reflexão sobre o Estado Democrático de Direito é de fundamental importância porque o complementa com a moral e o direito. Estas duas ordens normativas são vitais para o regime democrático, porque é em função delas que se estabelece a legitimidade do sistema democrático⁴¹¹, e, em última análise, na legitimidade da punição e, por consequência, seus fundamentos e justificativas.

A punição foi algo que sempre esteve presente na história da humanidade. Para Barretto, a evolução da moralidade deu-se com o aperfeiçoamento moral, que teve seu primeiro grande salto no tempo em que se substituiu a vingança por exigências mais complexas de justiça, fato histórico que possibilitou a conformação de critérios para reparar os danos sofridos em razão da ação de outrem.

O direito kantiano impõe uma obrigação moral (dever ser) sem que se restrinja a liberdade. Por outro lado, reconhece que no convívio coletivo a liberdade está limitada pela liberdade do outro. A função do direito é de possibilitar a coexistência de diversos arbítrios, segundo uma lei universal.

Kant considera o crime como sendo um abuso da liberdade individual (ação heterônoma), porque a ação delituosa contra o outro impede a coexistência pacífica das autonomias morais. Assim, a pena não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, tampouco ser imposta em benefício do culpado. Disso decorre o “não” de Kant para qualquer teoria relativa ou unitária da pena ou que tenha qualquer finalidade utilitária.

Assim, a responsabilidade penal (jurídica), antes de perfazer a imputação propriamente dita, necessita de uma justificativa moral. Isso porque ao investigar as raízes morais e, concomitantemente, diferenciar a responsabilidade moral da jurídica, ele demonstrou que estas duas esferas normativas (direito e moral) não se separam ou excluem-se, mas se complementam⁴¹². Como a vida social é formatada através de ações individuais, que expressam a vontade do indivíduo, considerado por Kant como um ser moral dotado de racionalidade e autonomia, o fundamento legítimo da responsabilidade pela punição está na moralidade, em razão da presunção de que os cidadãos são seres morais capazes de aceitarem as regras de convivência social.

Em tempos de alta complexidade das relações sociais, a responsabilidade legal (cometimento de crimes) parece precisar de uma justificativa moral e de um horizonte hermenêutico mais amplo⁴¹³. A insuficiente fundamentação das teorias clássicas, especialmente após o rompimento entre a teoria absoluta e relativa da pena, que separou o direito da moral, fundamento e

⁴¹¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. op. cit., p. 31.

⁴¹² BARRETTO, Vicente de Paulo. op. cit., p. 159.

⁴¹³ Ibid., p. 159.

fins, acabou gerando impasses na aplicação da norma jurídica. No campo penal, o efeito foi de contínua e gradual perda de legitimidade do *jus puniendi*.

O desenvolvimento da ideia de dignidade humana, como sendo um conceito mais amplo que os próprios direitos humanos, revelou-se como forma de defesa da humanidade para os dois grandes fatos históricos do século XX (nazismo e biomedicina). O exercício do poder de um lado e o uso indiscriminado da ciência de outro, poderiam destruir a vida humana, sendo necessária a proteção do homem através do reconhecimento de sua dignidade (moral).

Partindo deste raciocínio, as bases das teorias clássicas da pena, por não contemplarem a imbricação entre a moral e o direito, mostraram-se insuficientes para responderem aos problemas da sociedade multicultural, pluralista e democrática contemporânea.

Para Barretto as respostas dadas pelas teorias legitimadoras da pena (relativa e mista), bem como aquela fornecida pela corrente deslegitimadoras (abolicionismo e minimalismo), estão desconectadas da realidade da sociedade brasileira contemporânea, onde o aumento vertiginoso da criminalidade encontra-se ligado a ausência de punição do infrator. Neste contexto perderam-se os argumentos racionais que legitimam o sistema de punição, tornando necessária uma reflexão da fundamentação ética, com base na autonomia moral kantiana, fundada na liberdade, que vai justificar e fundamentar em nossa consciência toda a questão filosófica que envolve a punição⁴¹⁴.

O desafio contemporâneo no âmbito do direito penal consiste, fundamentalmente, em como justificar a punição quando se reconhece na sociedade como sendo um ambiente criminógeno. Para Barretto, a resposta para esta indagação não se encontra em motivos psicológicos, sociológicos ou religiosos, mas na atribuição de um princípio moral, que sirva como alicerce da sociedade⁴¹⁵.

⁴¹⁴ BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. op. cit., p. 132.

⁴¹⁵ Ibid., p. 133.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus**. Vozes, Petrópolis. 2002.
- _____. Santo. **De Magistro**. Victor Civita, São Paulo. 1980.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDERSDON, Jon Lee. **Che Guevara. Uma biografia**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Victor Civita, 1979.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: B de F Editora, 2004.
- BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención**. Revista de derecho penal y criminología. 29, v. VIII, 1986
- BARRETTO E SCARPI, Vicente de Paulo e Vinicius. A ética da punição. In: **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- _____. Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.
- _____. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Filosofia do direito. **Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. São Paulo: Edijur, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A falência da pena de prisão**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. **Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4ª Edição. Brasília: UNB, 1997.

_____. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1999.

_____. **Teoria geral da política**. 20ª impressão. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **Thomas Hobbes**. México: Plaza & Janés, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**. Valencia: Universidade de Coimbra, 2004.

BUSATO E HUAPAYA, Paulo Cesar e Sandro Montes. **Introdução ao direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CALLEGARI, André Luis. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política criminal e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARRARA, Francesco. **Direito criminal. Parte geral, V. II**. Campinas: LZN, 2002.

CARVALHO e CARVALHO, Amilton Bueno e Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

CEREZO E MONTALVO, Angel Calderón e José Antonio Choclán. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CRESPO, Aderlan. **Curso de criminologia. As relações políticas e jurídicas sobre o crime**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal. Parte geral. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS e ANDRADE, Jorge de Figueiredo e Manuel Costa. **Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Editora Coimbra, 1984.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal. Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Valência: Trant lo Blanch, 1989

- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 19ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. Muñoz Conde y L. A. Zapatero. Barcelona: Temis, 1984.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. F. **Filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.
- _____, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HECK, Luís Afonso (Org). Kant, Hegel e o direito penal. In: **Direito natural, direito positivo e direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. **Do cidadão**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- _____. **Os elementos da lei natural e política**. São Paulo: Ícone, 2002.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal: Parte generale. Fundamentos y teoria de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

JESCHECK E WEIGEND, Hans-Heinrich e Thomas. **Tratado de derecho penal. Parte general**. 5ª ed. Granada: Comares, 2002.

KANT, EMMANUEL. **Doutrina do direito**. Trad. Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Crítica da faculdade do juízo**. Trads. Antonio Marques e Valério Rohden. Imprensa Nacional – Casa da Moeda. Estudos Gerais, Série Universitária – Clássicos da Filosofia, 1998.

_____. **Crítica da razão pura**. Trads. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. **Crítica da razão prática**. Trad. Arthur Morão. 9ª ed. Lisboa: Edições 70, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Pedro Galvão. 2ª ed. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. **A metafísica dos costumes. Doutrina do direito e a doutrina da virtude**. Trad. Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008.

KAUFMANN E HASSEMER, Arthur e Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal. Tomo I**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel. 2003.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

_____. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MACPHERSON, Crawford Brough. **A teoria política do individualismo possessivo. De Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARTINS, MENDES E NASCIMENTO, Ives Gandra da Silva, Filmar Ferreira e Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

- MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2000.
- MIR, José Cerezo. **Temas fundamentales del derecho penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte generale**. 2ª ed. Barcelona: PPU, 1985.
- MONCADA, Luís Cabral de Moncada. **Filosofia do direito e do Estado**. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2006.
- NETO, Alfredo Copetti. *Aportes filosóficos à compreensão do princípio da dignidade humana: os (des) caminhos do direito constitucional*. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- NEVES, António Castanheira. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.
- OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal. Legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Delrey, 2001
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. MORALES PRATS, Fermín e PRATS CANUT, Miguel. **Curso de derecho penal**. Parte generale. Barcelona: Editorial Cedecs, 1996.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen São Paulo: Ma Fontes, 2004.
- RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Direito dos povos**. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais. Teoria e prática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **La política criminal en la encrucijada.** Buenos Aires: Estúdios y debates em Derecho Penal/Euros Editores S.R.L., 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade.** Belo Horizonte: UFMG, 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Do contrato social.** São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** 2ª ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y Garcia Conlledo e Ravier de Vicente Remesal. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** 2ª ed. Belo Horizonte: Veja, 1993

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: Bosch, 1992.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito penal. Parte geral.** Curitiba: Lumen Juris, 2006.

_____. **A criminologia radical.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SÊNECA, Lúcio Aneu. **A ira.** Trad. Antero Barradas Barrata. Rio de Janeiro: Editora Vecchi, 1983.

STEINERT, Heinz. **Mas allá del delito y de la pena. Abolicionismo penal.** Buenos Aires: Editar, 1989.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal. Parte generale.** 4ª ed. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinete. Buenos Aires: Hammirabi, 2005.

STRECK E MORAIS, Lenio Luiz e José Luis Bolzan de. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** nº 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** nº 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Ciência política e teoria do Estado.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luis. **Tribunal do júri: símbolos e rituais.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** 2ª ed. Belo Horizonte: Delrey, 2002.

VACCARO, Michele Angelo. **Origem e funções das escolas penais.** Belo Horizonte: Líder, 2004.

VECCHIO, Giorgio Del. **História da filosofia do Direito.** Belo Horizonte: Líder, 2006.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira
Campinas: Russel, 2003.

ZAFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e
Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZULGALDIA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal. Parte General**. 2ª
ed. Granada: Universidade de Granada, 1991.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. 4ª ed. Santiago do Chile: Civitas. 1993.