

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
INSTITUTO DE FILOSOFIA
PROGRAMA PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

ANTONIO JOSÉ FRANCO DE SOUZA PÊCEGO

Pena de Prisão: Reflexões ético-filosóficas sobre a teoria dos fins da pena, alternativas e os princípios limitadores da intervenção punitiva do Estado

Uberlândia
2021

ANTONIO JOSÉ FRANCO DE SOUZA PÊCEGO

Pena de Prisão: Reflexões ético-filosóficas sobre a teoria dos fins da pena, alternativas e os princípios limitadores da punitiva do Estado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como requisito para obtenção do título de Mestre em Filosofia. Orientador: Prof. Dr. Rubens Garcia Nunes Sobrinho. Coorientadora: Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo.

Uberlândia
2021

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

P365 Pecego, Antonio Jose Franco de Souza, 1958-
2021 Pena de Prisão [recurso eletrônico] : reflexões ético-
filosóficas sobre teoria dos fins da pena, alternativas
e os princípios limitadores da intervenção punitiva do
Estado / Antonio Jose Franco de Souza Pecego. - 2021.

Orientador: Rubens Garcia Nunes Sobrinho.
Coorientadora: Beatriz Corrêa Camargo.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
Uberlândia, Pós-graduação em Filosofia.

Modo de acesso: Internet.

Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2020.37>

Inclui bibliografia.

1. Filosofia. I. Nunes Sobrinho, Rubens Garcia ,1961-,
(Orient.). II. Camargo, Beatriz Corrêa,1985-,
(Coorient.). III. Universidade Federal de Uberlândia.
Pós-graduação em Filosofia. IV. Título.

CDU: 1

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
 Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Filosofia
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 1U, Sala 1U117 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
 Telefone: 3239-4558 - www.posfil.ifilo.ufu.br - posfil@fafcs.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Filosofia				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, 003 SEI, PPGFIL				
Data:	Oito de abril de dois mil e vinte um	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	18:00
Matrícula do Discente:	11812FIL001				
Nome do Discente:	Antonio José Franco de Souza Pêcego				
Título do Trabalho:	Pena de Prisão: reflexões ético-filosóficas sobre a teoria dos fins da pena, alternativas e os princípios limitadores da intervenção punitiva do Estado				
Área de concentração:	Filosofia				
Linha de pesquisa:	Metafísica e Epistemologia				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Concepções de conhecimento em Platão e Aristóteles				

Reuniu-se sala web conferência Meet Google, do PPGFIL da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Filosofia, assim composta: Professores Doutores: Silvio Gabriel Serrano Nunes - Escola Superior do Tribunal de Contas do Município de São Paulo; Georgia Cristina Amitrano - UFU e Rubens Garcia Nunes Sobrinho - UFU orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Rubens Garcia Nunes Sobrinho, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Rubens Garcia Nunes Sobrinho, Professor(a) do Magistério Superior**, em 12/04/2021, às 22:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Georgia Cristina Amitrano, Diretor(a)**, em 15/04/2021, às 10:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Silvio Gabriel Serrano Nunes, Usuário Externo**, em 16/04/2021, às 16:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2454127** e o código CRC **5C9E6E79**.

ANTONIO JOSÉ FRANCO DE SOUZA PÊCEGO

Pena de Prisão: Reflexões ético-filosóficas sobre a teoria dos fins da pena, alternativas e os princípios limitadores da intervenção punitiva do Estado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como requisito para obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Linha de pesquisa: Lógica; Conhecimento e Ontologia

Data da Defesa:

Resultado:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rubens Garcia Nunes Sobrinho
Universidade Federal de Uberlândia
Orientador

Profa. Dra. Georgia Cristina Amitrano
Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dr. Silvio Gabriel Serrano Nunes
Escola Superior do Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Dedico este trabalho a todos que vivem em sociedade e, com alteridade, desejem democraticamente o bem-estar aos seus semelhantes por meio de uma atuação estatal mais humanizada e ética, que justifique a pena de prisão e seus reflexos aos desviantes e não desviantes.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Mônica, e aos meus filhos, Eduardo, Ana Paula e Tatiana, que sempre me incentivaram e souberam compreender a minha ausência para me dedicar ao presente trabalho de pesquisa.

À Filosofia, que me possibilitou ter um olhar crítico das soluções dos problemas humanos e um pensamento jusfilosófico dos eventuais problemas dessas soluções.

Ao meu orientador e coorientadora, por suas competências e confiança depositada na minha pessoa, viabilizando a conclusão deste trabalho.

Ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, que tanto contribuiu para a minha evolução como pessoa humana, abrindo-me a mente para um novo e próspero conhecimento, assim como ao Prof. Dr. Rubens Garcia Nunes Sobrinho e Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo, que integraram a Banca de Qualificação e trouxeram observações enriquecedoras ao presente trabalho.

À Professora Georgia Cristina Amitrano, da UFU, bem como ao Professor Doutor Silvio Gabriel Serrano Nunes, como convidado externo, que aceitaram prontamente o nosso convite para compor a mesa de defesa.

À Coordenação do Mestrado em Filosofia, UFO a POSFIL-UFU e Secretaria, que sempre com muita eficiência apoiou com céleres e cruciais informações para o bom andamento do curso.

A divergência estrutural entre validade e vigência, ou entre níveis normativos superiores e níveis normativos interiores, ou entre dever ser e ser *no* direito, constitui o principal objeto de investigação de uma teoria garantista e analítica do direito penal, da mesma forma que a divergência entre justiça e validade, ou entre ponto de vista político externo e ponto de vista jurídico interno, ou entre dever ser e ser *do* direito constitui o objeto privilegiado de uma filosofia analítica da justiça penal. (Luigi Ferrajoli)

RESUMO

A presente dissertação procura viabilizar a concretização de um olhar ético-filosófico sobre a punição, tema polêmico e milenar, mas sempre atual, que tem ao longo do tempo acarretado calorosos debates, justificações e explicações sobre os fins da pena de prisão. Não se procura fazer uma digressão histórica da pena porque esta pesquisa não se destina a produzir ao final mais um manual sobre a pena de prisão como punição, esta que antes do Iluminismo se voltava para a mutilação, decapitação, esquartejamento, enforcamento e queima em praça pública. Para uma melhor compreensão do sentido da pena de prisão, como punição, procurou-se estipular e trabalhar a partir do marco divisório do que veio a se caracterizar como o da humanização das penas, que é marcado pelo antropocentrismo. Caminha-se pelo Direito Positivo na *via crucis* das teorias dos fins da pena que dizem respeito a *para que* e *por que* punir. Essas teorias vêm sendo construídas depois que o homem passou a ser o centro do universo, para, sob um olhar crítico, seja possível desenvolver um melhor entendimento e compreensão das doutrinas de justificação da pena. Com isso, tratam-se dos princípios limitadores da intervenção estatal e da pena de prisão como punição para melhor encontrar respostas à *como punir*, de forma a se permitir a construção de um discurso ético-filosófico que afaste a objeção kantiana de que nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio, afinal, como corretamente alerta Luigi Ferrajoli, a única coisa que se pode pretender do cárcere é que ele seja o menos repressivo e dessocializante possível. O direito de punir do Estado tem que ter respostas às perguntas antecedentes: Por que punir? Para que punir? Como punir? Procurou-se investigar o que torna justo ou justificável, aceitável moralmente e/ou politicamente, que se agregue à violência ilegal do delito a legalidade da pena como punição, e investigar igualmente as justificações internas e externas da pena, assim como analisar filosoficamente os vários estatutos epistemológicos dos problemas expressos por meio da questão básica do *como punir*, afinal, como bem frisa Luigi Ferrajoli, o problema da justificação da pena é clássico, por excelência, da filosofia do direito.

Palavras-chave: Punição. Prisão. Filosofia. Ética. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This dissertation seeks to enable the realization of an ethical-philosophical look at punishment, a controversial and ancient theme, but always current, which has, over time, led to heated debates, justifications and explanations about the ends of the prison sentence. We do not seek to make a historical digression of the penalty because this research is not intended to produce at the end another manual on the penalty of imprisonment as a punishment, the one that before the Enlightenment focused on mutilation, beheading, quartering, hanging and burning in the square public. For a better understanding of the meaning of the prison sentence, as a punishment, we tried to stipulate and work from the dividing point of what came to be characterized as the humanization of sentences that is marked by anthropocentrism. We walk for Positive Law in the *via crucis* of the theories of the ends of the sentence that concern to what and why to punish. These theories have been built after man became the center of the universe, so that, under a critical eye, we can develop a better understanding and understanding of the doctrines of justification of the penalty. With this, we treat the limiting principles of state intervention and the prison sentence as punishment to better find answers to how to punish, in order to allow the construction of an ethical-philosophical discourse that removes the Kantian objection that no person can be used as a means, after all, as Luigi Ferrajoli rightly warns, the only thing we can expect from prison is that it be the least repressive and desocializing possible. The State's right to punish must have answers to the preceding questions: Why punish? For what punish? How to punish ?. We seek to investigate what makes just or justifiable, morally and / or politically acceptable, which adds to the illegal violence of the offense to the legal punishment as punishment. Also investigate the internal and external justifications of the penalty, as well as philosophically investigate the various epistemological statutes of the problems expressed through the basic question of how to punish, after all, as Luigi Ferrajoli emphasizes, the problem of justification of the penalty is classic, par excellence, of the philosophy of law.

Keywords: Punishment. Prison. Philosophy. Ethic. Dignity of human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TEORIAS DOS FINS DA PENA	13
1.1 Intróito	13
1.2 Teorias absolutas ou absolutistas	16
1.3 Teorias relativas	21
1.4 Teorias mistas da união ou sincréticas da pena	27
1.5 Teoria unificadora dialética de Claus Roxin	28
1.6 Teoria utilitarista reformadora de Luigi Ferrajoli	29
2 PRINCÍPIOS ATINENTES AO LIMITE DA PUNIÇÃO	31
2.1 Considerações iniciais	31
2.2 Dignidade da pessoa humana	35
2.2.1 Breves anotações sobre a origem e evolução	35
2.2.2 Conceito e concepção contemporânea da dignidade da pessoa humana	36
2.3 Cidadania	42
2.4 Da humanidade das penas	46
2.5 Da legalidade penal	49
2.5.1 Da reserva legal	52
2.5.2 Da taxatividade	54
2.5.3 Da irretroatividade da lei penal	56
2.6 Da necessidade e utilidade social	58
2.7 Da proporcionalidade penal	60
2.8 Da individualização da pena	63
3 PUNIÇÃO POR MEIO DA PENA DE PRISÃO	66
3.1 Considerações iniciais	66
3.2 Por que punir?	68

3.3 Punir, para quê?	70
3.4 Como punir? Reflexões ético-filosóficas sobre a questão e alternativas à pena de prisão	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

A temática do presente estudo busca respostas ético-filosóficas sobre a pena de prisão numa sociedade contratual, de como se deve desenvolver a relação entre o condenado e o Estado de forma a justificar democraticamente o *por que punir*, *para que punir* e *como punir* todo aquele que viola normas estabelecidas para a convivência social, dando legitimidade, quando necessária a prisão, à intervenção estatal que pretende restabelecer o necessário equilíbrio na convivência social.

Aderiu-se à linha de pesquisa Lógica, Conhecimento e Ontologia do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia para investigar de modo sistemático os temas relacionados às propostas ontológicas e metafísicas próprias existentes, assim como suas relações filosóficas com os problemas do conhecimento da pena de prisão. Visa-se com isso a promover e consolidar metodologias de análise lógica e conceitual da problemática e fazer uso das reflexões suscitadas a partir de questões ontológicas e de conhecimento na compreensão da temática.

Como punir na contemporaneidade? Necessário se saber a resposta a esse problema para se buscar equacionar a questão com uma melhor alternativa que justifique a prisão de um condenado, que deve ser o centro das atenções em um Estado de Direito quando da aplicação e execução da pena, mas antes necessariamente há que se enfrentar as questões de *para que* e *por que punir*.

Tem-se como objetivo geral conhecer as doutrinas de justificação e fins da pena e procurar identificar aquela que apresente um discurso diferenciado que não dê causa à objeção kantiana, segundo a qual nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins a ela estranhos, ainda que sociais e elogiáveis. Deve-se pretender do cárcere, como *ultima ratio*, que ele seja o menos possível dessocializante.

Como objetivos específicos, há a necessidade de investigar *por que punir*, *para que punir* e *como punir*. Investigar quais as razões que torna justo ou justificável, ou mesmo aceitável moralmente e/ou politicamente, que se agregue à violência do delito a legalidade da pena estatal.

O *poder de punir*, também chamado de *direito de punir*, na história da humanidade, tem sido o móvel da pena a ser aplicada àqueles que violam direitos de outros desde os tempos em que se vivia no estado de natureza, onde todos tinham direito a todas as coisas, inclusive aos corpos de seus semelhantes.

A punição tomou novas feições com a criação do Estado Moderno e o antropocentrismo, passando-se a se aplicar a pena de prisão como fim àqueles que descumprem as regras de convivência constantes de um contrato social fictício firmado na constituição de um governo monárquico, aristocrático ou democrático.

Com a criação do Estado e as conseqüentes regras contratuais de observância comum, codificadas ou não, há de se investigar o que justifica a pena de prisão aplicada àquele que as descumpra, bem como democraticamente como seria recomendável o seu cumprimento.

Com efeito, utiliza-se desde meados do século XIX de fins retributivos da pena de prisão. Com a evolução da teoria dos fins da pena, o aspecto utilitarista da pena, de caráter retributivo e/ou preventivo, passou a reger a punição.

Empiricamente se observa que ao longo do tempo as teorias dos fins da pena predominantes não vêm cumprindo com a finalidade primária de promoção da ressocialização, mas sim apenas de uma aviltante expiação, intimação e ameaça que exclui socialmente e degrada o delinquente, até porque dizem respeito às questões do *para que* e *por que punir*, não de *como punir*.

O Estado viola impunemente direitos fundamentais da pessoa humana ao não assegurar o respeito à integridade física e moral do preso e ao não tratamento desumano e degradante do preso nos estabelecimentos penais. Confunde-se, ainda, direito com moral, o que com o iluminismo já havia se separado, mas ainda no pós-iluminismo essa tendência persiste.

Para Luigi Ferrajoli (2002) o problema da justificação da pena, do poder de uma comunidade política exercitar uma violência programada em desfavor de um de seus integrantes, é o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito.

A relevância da pesquisa reside no fato de que se há de buscar alternativas aos fins da pena que justifiquem a prisão numa sociedade contemporânea, em especial nos governos democráticos que existem em função do povo, pelo povo e para o povo.

Inadmissível que se continue a perpetuar a violação sub-reptícia de direitos humanos fundamentais que estão num processo de reconstrução após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o advento em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas), afinal, como bem acentua Celso Lafer (1988), o valor da pessoa humana, como *valor-fonte* da vida em sociedade, tem nos direitos fundamentais do homem a sua expressão jurídica.

Apesar desse esforço mundial de reconstrução dos direitos humanos, a problemática global da pena de prisão persiste. Para Claus Roxin (1998) a dupla polaridade entre o indivíduo e a coletividade em que está inserido, assim como também entre o fenômeno empírico e a ideia

de homem, constituem o ponto de tensão de qualquer problemática em sociedade, por isso nenhuma das teorias dos fins da pena existentes resiste à crítica, já que o atual direito penal, que é ou deveria ser de natureza subsidiária, lida com aquele que infringe a norma *ameaçando, impondo e executando penas*.

Procurou-se desenvolver esta pesquisa com a vontade de trazer algo relevante à reflexão dessa relação de violência punitiva – indivíduo x Estado, por isso mesmo procurou-se, sem deixar de lado o que tradicionalmente muitos manuais apresentam sobre a questão, focar naquilo julgado como essencial para tratar da temática proposta.

No caso, didaticamente inicia-se com a teoria dos fins da pena que diz respeito à *para que e por que punir*. Em seguida abordam-se os princípios penais e constitucionais inerentes à racionalização e limites da punição e, por último, a punição por meio da prisão, pontos que estão umbilicalmente relacionados ao *como punir* – que é a problemática no âmbito ético-filosófico. Assim, espera-se apresentar propostas, embasamentos teóricos e práticos para uma melhor justificação da punição por meio da pena de prisão. Espera-se também que seja possível trazer uma visão, não só jusfilosófica, mas também humanitária e interdisciplinar sobre a temática proposta, de forma a fomentar uma reflexão ético-filosófica. Pretende-se com o presente trabalho incentivar a busca de soluções que possam incrementar esta pesquisa, aprofundando a investigação científica sobre o tema que visa a prestigiar ontologicamente a dignidade da pessoa humana quando da punição estatal.

O processo metodológico utilizado foi o hipotético-dedutivo como principal, trabalhando com o procedimento racional que transita do geral para o particular, assim como com o procedimento experimental como sua condição fundante, modelo metodológico atribuído a Karl Popper, que o desenvolveu nas suas obras “A lógica da pesquisa científica” (1934) e “Conjecturas e refutações” (1963). Como auxiliar utilizou-se o método histórico-evolutivo da pena de prisão para promover o acompanhamento do objeto de pesquisa através do tempo.

1 TEORIAS DOS FINS DA PENA

1.1 Introito

A origem etimológica da palavra “pena”, para uns vem do latim *poena* (sofrimento), para outros provém do grego *ponos* (significa dor), ainda havendo quem a identifica no sânscrito *punya* (purificação de um mal), mas em qualquer das suas possíveis origens a pena representa um mal, um dano, que se aplica àquele que se conduz de modo injusto.

Ao longo do tempo, passando o homem no século XVIII a ser o centro do universo, não mais Deus, a filosofia jurídica com o contratualismo vem criando e aprimorando teorias sobre a pena de prisão como punição na busca de justificá-la¹, entendida como sendo devida a quem age contra as regras vigentes de convívio em sociedade. O que no passado, quando do Direito Natural Clássico, fazia com que a pena de prisão fosse meio para a punição devida², com o antropocentrismo a prisão passou a ser um dos fins da punição daquele que violava as leis vigentes em vigor.

Se constata ao longo do tempo que a pena de prisão, não como custódia, mas sim como punição, não acompanhou a evolução da humanidade, sendo instituto que surgiu com o denominado século das luzes³, portanto, recente com apenas cerca de três séculos de existência.

¹ Klaus Günther (2004, p. 190) consigna que: “Desde que se passou a punir e a refletir sobre isso, existem principalmente duas justificativas para a pena: ela deve compensar uma injustiça (*Unrecht*) passada, expiar, retribuir, ou ela deve evitar a ocorrência de ilícitos penais futuros (prevenção)”. É de Sêneca a famosa sentença, atribuída por ele a Platão: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* (ROXIN, 1997, p. 45). Para Hans Welzel (1956, p. 233), a pena está justificada como “retribución, de acuerdo con la medida de la culpabilidad. Este sentido de la pena se dirige a la comprensión y a la voluntad del hombre, tanto del autor como del contemporáneo. La retribución justa del hecho hace visible, ante todo, su disvalor, y afirma con ello el juicio ético-social; ella establece la armonía de merecimiento de pena y pena, y posibilita finalmente al autor tolerar la pena como expiación justa por su hecho injusto”. Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán (2010, p. 47) sustentam: “La pena se *justifica* por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una ‘amarga necesidad’”. Em sentido diverso, Luigi Ferrajoli (2002, p. 199), assinala que o “problema da justificação da pena, ou seja, do poder de uma comunidade política qualquer de exercitar uma violência programada sobre um de seus membros, é, talvez, o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito”.

² Para Cesar Roberto Bitencourt (1993, p. 14), na antiguidade a privação de liberdade era totalmente desconhecida, sendo considerada estritamente como sanção penal, pois embora “seja inegável que o encarceramento de delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões. Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos fins de contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes”.

³ Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004, p. 109) assinalam: “Os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo; sua promoção e elaboração foram tarefas do Iluminismo. [...], no início do século XVIII, as casas de correção aceitavam condenados, vadios, órfãos, velhos e loucos sem distinção. Fazia-se pouca diferenciação entre eles. Onde o encarceramento foi introduzido, os que detinham o poder utilizaram-no para afastar os ‘indesejáveis’. Frequentemente, não se estabelecia nenhum procedimento definido. Prisões e galés foram povoadas com desafortunados que descobriram os crimes de que eram acusados somente após terem sido

Por “toda Idade Média e o início da Idade Moderna” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 94) predominava o princípio *carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet* (“as prisões existem apenas para prender os homens e não para puni-los) (JUSTINIAN, s.a.).

Soler (1970), ao tratar das teorias, dos fundamentos e fins da pena, assinala que este tem trazido os mais diversos pensamentos, apontando corretamente que se cuida de um problema a ser resolvido pela Filosofia do Direito:

Em geral, quando se tem perguntado pelo o fundamento e fim da pena, se tem perguntado não se há um problema dogmático do direito penal, senão um problema de filosofia jurídica, investigando uma razão última que está acima da construção interna de qualquer direito dado. Não satisfeito o investigador com averiguar, dentro da ordem jurídica, qual é o conteúdo desta espécie de sanção jurídica a que chamamos de pena, para diferenciá-la de outras sanções jurídicas (indenização, restituição, nulidade, inadmissibilidade); a pergunta se formula no sentido de saber por que e para que o direito adota, dentre outras, precisamente esta forma específica de sanção tão distinta das demais (SOLER, 1970, p. 319, tradução nossa).⁴

Sobre esse aspecto, Ferrajoli (2002, p. 259) é enfático em alertar que a “tarefa preliminar da análise filosófica é, portanto, aquela de esclarecer, no plano metateórico e naquele meta-ético, os vários estatutos epistemológicos dos problemas expressos por meio da questão ‘por que punir?’, bem como suas diversas soluções”, sendo que a “análise dos fundamentos éticos da punição originou-se da necessidade intelectual de procurar uma resposta para a constatação de que o grande desafio que ronda, e ameaça, a sociedade contemporânea, consiste na cultura da falta de punição” (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 285).

O problema primário reside na conduta do indivíduo que viola uma norma de convivência social. O problema secundário repousa em como tratar esse indivíduo que integra a mesma sociedade daquele que não a viola, bem como da eventual vítima dessa violação que está inserida na mesma coletividade do desviante.

As soluções para esses problemas referentes ao crime e o criminoso, ao longo do tempo, repousam em inúmeras teorias dos fins da pena que vêm sendo construídas e têm tentado

aprisionados, ou então os descobriram através da pena que lhes era infligida”. Esta última parte se ajusta à narrativa que envolve K. no livro de Franz Kafka (O Processo, 1925).

⁴ “Em general, cuando se ha preguntado por el fundamento y el fin de la pena, se ha planteado no ya un problema dogmático del derecho penal, sino un problema de filosofía jurídica, indagando una razón última, que está por encima de la construcción interna de cualquier derecho dado. No satisfeito el investigador con averiguar, dentro del orden jurídico, cuál es el contenido de esta especie de sanción jurídica a la que llamamos pena, para diferenciarla de otras sanciones jurídicas (indemnización, restitución, nulidad, inadmisibilidad); la pregunta se formula en el sentido de saber por qué y para qué el derecho adopta, entre otras, precisamente esta forma específica de sanciones tan distintas de las demás”.

apresentar respostas de caráter ontológico, mas pouco axiológico – daí a necessidade de se investigar o problema das soluções desses problemas, até porque historicamente as prisões aviltam, desmoralizam, embrutecem a pessoa do condenado (BITENCOURT, 1993), que retorna à sociedade pior que quando ingressou no sistema prisional, afinal “a pena é um ato político de violência do Estado” (BECHARA, 2017, p. 5).

Com a humanização da pena de prisão e a evolução das teorias da pena, vêm se buscando justificações teóricas da pena, tratando mais de suas finalidades do que sua razão de existir, porque “a pena passou a ser considerada como um mal em si mesmo” (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 285).

Sobre a punição, Ferrajoli (2002) critica os equívocos apresentados em muitas das respostas do *por que punir*, sustentando:

O vício metodológico perceptível em muitas das respostas, até o momento examinadas, à pergunta ‘por que punir?’ consiste na confusão feita pelas mesmas entre a função ou a motivação com a finalidade, ou seja, do ser (de fato ou de direito) e o dever ser (axiológico) da pena, e na conseqüente assunção das explicações como justificações e vice-versa. Nesta confusão caem, por primeiro, aqueles que produzem ou sustentam doutrinas filosóficas da justificação, apresentando-as como ‘teorias da pena’. É assim que estes falam, a propósito dos discursos sobre os objetivos da pena, de ‘teorias absolutas’ ou ‘relativas’, de ‘teorias retributivas’ ou ‘utilitaristas’, de ‘teorias da prevenção geral’ ou da ‘prevenção especial’ ou similares, sugerindo a ideia de que a pena possui um efeito (em vez de uma finalidade) retributivo ou reparador, ou que essa previne (em vez de dever prevenir) os delitos, ou que reeduca (em vez de dever reeducar) os réus, ou que dissuade (em vez de dever dissuadir) a generalidade dos associados do cometimento de delitos ou similares (FERRAJOLI, 2002, p. 260).

O que diferencia as doutrinas que buscam justificar as penas é o fato de que para umas ela é um fim em si mesmo e, para outras, um meio para alcançar outros fins, ou seja, como bem coloca Soler (1970, p. 320), de forma generalizada para “os primeiros, a pena é aplicada porque é pecado, para os segundos, para não pecar”⁵.

A questão dos fins da pena é um problema antigo que “tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral quanto pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência conjunta do direito penal” (DIAS, 2007, p. 43-44), sendo que Tobias Barreto já assinalava em 1926 (p. 131) que “ocupa lugar saliente a célebre questão da origem e fundamento do direito de punir”.

⁵ “Los primeros, la pena se aplica *quia peccatum est*; para los segundos, *ne peccetur* (tradução nossa).

Sobre essa questão, para um melhor embasamento dessa pesquisa jusfilosófica, necessário se faz abordar inicialmente as principais teorias⁶ “que explicam o sentido, função e finalidade das penas” (BITENCOURT, 1993, p. 99) para, por meio de perguntas, questionar as respostas existentes sobre um arquipélago carcerário⁷ que se encontra fracassado desde meados do século XIX, em relação ao seu fim explícito, porque as “prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crime e de criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta” (FOUCAULT, 1999, p. 221).

Com a exigência feita, sobretudo, a partir do Iluminismo e contra a retribuição, de que a pena se meça por objetivos racionais, já estava naturalmente aberto o caminho para a crítica da pena, porque, a partir daí, torna-se necessário comprovar que a pena realiza realmente seus objetivos. Comprovação que, no entanto, não se conseguiu realizar até hoje. A razão e a finalidade da retribuição permanecem igualmente questões em aberto, do mesmo modo que é possível duvidar de que jamais uma injustiça tenha sido realmente compensada pela pena (GÜNTHER, 2004, p. 190).

Portanto, se no século das luzes houve um reclamo de humanização das penas dos condenados, passando a prisão da antessala dos suplícios para a sala da punição, com a reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, necessário se faz um novo olhar alternativo no âmbito social e estatal da pena de prisão ainda nesta primeira metade do século XXI.

Embora a prisão seja uma amarga necessidade que já anunciava o seu fracasso desde meados do século XIX por se mostrar violenta, perversa, aviltante e inumana, que não recupera a pessoa do condenado, mas apenas o aperfeiçoa como delinquente e “provoca a reincidência” (GÜNTHER, 2011, p. 190), há de se fomentar, por essas razões, alternativas à pena privativa de liberdade, que deve ser reservada apenas para os crimes graves e criminosos contumazes, mas sempre em condições em que se preservem os direitos humanos fundamentais e viabilize-se, concretamente, por meio de mecanismos próprios se colocar à disposição do condenado a possibilidade de sua reinserção social por meio de uma efetiva ressocialização.

1.2 Teorias absolutas ou absolutistas

Para as teorias absolutas, como produto do Estado Absoluto (BITENCOURT, 1993), a pena é uma consequência necessária e inevitável que decorre do delito (SOLER, 1970), ou seja,

⁶ Serão abordadas apenas, como anunciado, as teorias absolutas, relativas e mistas da pena, as principais e necessárias para o desenvolvimento da pesquisa jusfilosófica em curso no mestrado em filosofia.

⁷ Na feliz expressão de Michel Foucault (1999, p. 249). Nesse arquipélago, inclui-se o inumano Regime Disciplinar Diferenciado incorporado pela Lei n. 10.792/2003 que se aplica ao preso condenado ou provisório, com as gravosas alterações produzidas pela denominada Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019) (BRASIL, 2019).

para essa teoria o crime é o efeito da causa que deve repará-lo ou porque se impõe a retribuição do mal causado. Assim nenhuma “consideração de caráter utilitário ou externo a essa necessidade pode valer para impedir a aplicação da pena; sua razão está toda no delito cometido: *punitur quia peccatum est*” (idem, 1970, p. 321)⁸, isto é, castiga-se “porque delinuiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico penal do delito praticado” (BITENCOURT, 1993, p. 103).

Como bem salienta Dias (2007, p. 45), “pune-se *porque* se ‘pecou’ ou, na formulação que se foi buscar a parte de uma afirmação (crítica), de Protágoras (485? a.C.-415) a.C.), que recebeu o aval de Platão (427-347 a.C.) e foi transmitida por Sêneca [...], *punitur quia peccatum est*”.

Por isso, para essas teorias:

[...] a pena só pode se justificar por razões de justiça ou de necessidade moral; é concebida como retribuição divina, moral ou jurídica; não interessa se a pena, ademais, cumpre outros fins, que seriam alheios à sua essência. A pena é retribuição, um mal que se comina e se aplica ao culpável para compensar o mal que este causou previamente (como o delito): é pura “compensação” (retribuição), sem que a valoração do fato culpável possa ter considerações utilitárias ou de diversa índole, alheias à ideia de justiça. As teorias absolutas, como se vê, apelam para exigências “incondicionadas” de justiça, exigências “absolutas”. Daí a sua denominação (MOLINA; GOMES, 2012, p. 648).

A origem da retribuição “está na restituição, na reparação do dano pelo seu causador. Nos casos em que uma indenização não é possível, deve-se tomar do autor do dano o mesmo que ele tomou da vítima – olho por olho, dente por dente –, o que deve ser feito” (GÜNTHER, 2006, p. 190) para satisfazer uma sede de vingança que leva a pessoa à perda de discernimento. A pena é um fim em si mesmo que visa a castigar e reparar com mal o mal causado (FERRAJOLI, 2002, p. 204), “justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento” (FERRAJOLI, 2006, p. 190).

A influência divina na razão da retribuição se faz presente e se amolda ao sistema talional, ou seja, paga-se com mal pelo mal causado. Essa influência se ajusta a Têmis, a deusa da justiça, “isto é, na justiça de caráter divino” em que “o rei, o eupátrida, que decide em *nome dos deuses*”, julgando em muitas vezes em proveito próprio, tendo por isso mesmo Sólon tentado “romper, substituindo a *têmis* pela *dike*, ‘dique’, isto é, pela justiça dos homens, baseada em leis escritas” (BRANDÃO, 1983, p. 152). Entretanto, esse rompimento tem como marco o

⁸ “Consideración de carácter utilitario o externo a esa necesidad puede valer para impedir la aplicación de la pena; su razón está toda en el delito cometido: *punitur quia peccatum est*” (tradução nossa).

antropocentrismo surgido no século das luzes, ou mesmo com o desenvolvimento moderno do racionalismo no século XVII, onde vigorou a crença de que “o paradigma do conhecimento era a intuição intelectual e não sensorial que Deus teria de todas as coisas” (BLACKBURN, 1997, p. 333).

Portanto, a essência da pena para essas teorias “reside na **retribuição, expiação, reparação** ou **compensação do mal do crime** e nesta essência se esgota” (DIAS, 2007, p. 45), ou seja, “o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal” (ROXIN, 1998, p. 16).

Sendo a pena, para essa teoria, um fim em si mesma, baseada na ortodoxa ideia de justiça de pagar o mal causado com um mal, de vingança divina, não se pode ter como teoria dos fins da pena, devendo ser recusada “porque ela não é (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos *fins* da pena” (DIAS, 2007, p. 45).

As teorias absolutas se dividem, basicamente, em:

a) Teoria da reparação que em se tratando de reparação do delito, partindo do pensamento de Kohler (SOLER, 1970, p. 321), “a dor que a pena representa faz expiar e purificar a vontade imoral que deu origem ao crime, de maneira que destrói a verdadeira fonte do mal” (idem, 1970, p. 321)⁹.

b) Teoria da retribuição divina apresenta, na doutrina de Stahl (SOLER, 1970, p. 321), uma concepção da pena dependente de um sistema filosófico-político determinado, uma vez que “nesta doutrina, o estado não é uma criação estritamente humana, senão a exteriorização terrena de uma ordem querida por Deus” (idem, 1970, p. 321)¹⁰.

c) Teoria da retribuição moral se atribui a Kant (SOLER, 1970, p. 322) em que a transgressão da lei moral é digna de pena, sendo que os “outros fins que se acordem a uma pena, nunca são suficientes para justificá-la como tal, ele é ‘como simples mal’, justo por si, pois, mesmo quando não existem, o castigado está obrigado a reconhecer que o mal que sofre é merecido” (idem, 1970, p. 322)¹¹.

d) Teoria da retribuição jurídica é atribuída a Hegel (SOLER, 1970, p. 323) em conformidade perfeita com seu sistema filosófico. Sustenta que poderia se designar esta doutrina como da

⁹ “El dolor que la pena representa hace expiar y purificar la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen, de manera que destruye la verdadera fuente del mal” (tradução nossa).

¹⁰ “Esta doctrina, el estado no es una creación estrictamente humana, sino la exteriorización terrenal de un orden querido por Dios” (tradução nossa).

¹¹ “Demás fines que se acuerden a una pena, nunca son suficientes para justificarla como tal, ello es ‘como simple mal’, justo de por sí, pues, aun cuando aquéllos no existan, el castigado está obligado a reconocer que el mal que sufre es merecido” (tradução nossa).

nulidade ou da irrealidade do ilícito, já que para este filósofo a liberdade do espírito se realiza por meio do direito, que é a única realidade. Para o filósofo, “a negação do direito pelo direito não pode ser, e não é, a destruição do direito; o direito é invulnerável; aquela é somente uma espécie de conexão, de aparência de destruição” (idem, 1970, p. 323)¹².

Dessas, as de maior relevância e mais citadas pelos estudiosos das teorias da pena são as de Immanuel Kant (da retribuição moral) e de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (da retribuição jurídica) que “foram divididas tendo como parâmetro o valor *moral* ou *jurídico* conferido à retribuição penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 204).

Prado (2004, p. 2) sustenta, com razão, que as “concepções absolutas têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a *teoria da retribuição ética ou moral* de Kant – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência”, sendo o fim da pena nessa teoria desvinculado do efeito social (ROXIN, 1997), ou seja, em nada utilitarista.

Foi em 1797 que Immanuel Kant tratou da questão nos *primeiros princípios metafísicos da doutrina do direito*, na primeira parte da obra “Metafísica dos Costumes”, mais especificamente ao analisar o *direito penal*. Essa obra foi duramente criticada por Schopenhauer e Hannah Arendt como sendo produto da senilidade kantiana (TREVISAN, 2011, p. 14-15), contudo mais recentemente passou a gozar de prestígio, podendo-se ter como uma passagem do princípio da autonomia, verdadeiro postulado da filosofia moral, para o âmbito empírico (idem, 2011, p. 20).

Kant (2003, p. 160) tem a justiça pública como distributiva e, com base no princípio da igualdade e no livre-arbítrio, a pena judicial (*poena forensis*) como retributiva. Essa pena, “que é a do Direito Penal, não visa a nenhum outro fim, a não ser causar um mal ao delinquente, por uma questão de justiça” (BRANDÃO, 2010, p. 318).

Para Kant a lei penal é um imperativo categórico, não podendo o homem ser manipulado como meio por ser um fim em si mesmo, razão pela qual a pena deve ser infligida ao infrator não a outro bem do próprio ou da sociedade¹³, pois quando pratica um crime, como roubo ou furto, o pratica contra si mesmo.

¹² “La negación del derecho por el delito no puede ser, y no es, la destrucción del derecho; el derecho es invulnerable; aquélla es solamente una especie de conato, de apariencia de destrucción” (tradução nossa).

¹³ Essa posição kantiana vai ao encontro do princípio da intranscendência da pena ou da pessoalidade, constante do art. 5º, XLV, da CF (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”).

Dessa forma, nesse contexto em que o “Direito Penal, não visa a nenhum outro fim, a não ser causar um mal ao delinquente” (BRANDÃO, 2010, p. 318), se pode entender a razão pela qual a pena para esse filósofo é pura retaliação (*ius talionis*) ao desviante, pelo mal causado, com base no defendido princípio da igualdade.

Desprovida de qualquer cunho utilitarista, como as demais teorias absolutistas, para Kant, sendo o homem um fim em si mesmo, só na pena em que se paga “olho por olho, dente por dente” se pode oferecer com segurança a quantidade e qualidade da punição ao infrator (BRANDÃO, 2010).

Por sua vez, Hegel em 1820/21 publicou a obra “Princípios da Filosofia do Direito” e nela cunhou a sua teoria – retribuição jurídica – com origem no princípio conceitual de que toda violência se destrói a si mesma, se anulando com outra violência, se tornando, assim “jurídica, de maneira não só relativa, quando se dão tais e tais condições, mas necessária, quando é aquela segunda violência que suprime a primeira” (HEGEL, 1997, p. 84).

A teoria da retribuição jurídica de Hegel revela a sua natureza absoluta quando o filósofo se posiciona – desprezando a relativização – como sendo “necessária” uma violência subsequente para suprimir ou anular a antecedente, pois só assim ela se destrói a si mesma. Essa posição hegeliana gera um círculo vicioso de violência ao se empregar um mal consequente para anular o antecedente, ou seja, o mal causado se exaure com outro mal num exercício de pura vingança¹⁴ ou retaliação, o que não se coaduna com a justiça corretiva ou distributiva¹⁵.

Com efeito, não há como desconsiderar o mal causado por uma conduta humana voluntária ou involuntária danosa a um bem jurídico tutelado pela norma penal em sociedade. Também não há que se desconsiderar a pena estatal como um mal imposto, seja ela qual for, ou seja, não há como negar que à violência informal se aplica uma violência formal, mas a questão de fundo reside nas perguntas: qual mal estatal em retribuição ao mal causado pelo desviante se justifica por meio da pena? Em que medida, se há, esse mal deverá recair sobre a conduta daquele que infringiu a norma penal para que se justifique?

¹⁴ Sobre a vingança, salienta Hegel (1997, p. 92-93): “Neste domínio do direito imediato, a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa no seu conteúdo se constituir uma compensação. Quanto à forma, ela é a ação de uma vontade subjetiva que, em cada dano que se produz, insere o seu indefinido e representa portanto uma justiça contingente [...]. Às outras consciências aparece como uma vontade particular, e a vingança torna-se uma violência. [...] Onde os crimes são determinados e punidos, não como *crimina publica*, mas como *privata* (assim acontecia com o roubo e o assassinio entre os judeus e os romanos e ainda acontece um pouco entre os ingleses), tem a lei em si mesma algo dos caracteres da vingança. O exercício da vingança pelos heróis e pelos cavaleiros andantes é diferente da vingança privada, pois faz parte da formação dos Estados”.

¹⁵ Para um melhor aprofundamento das justiças corretivas e distributivas, dentre outros, ver Aristóteles (2017).

Se efetivamente a “justificação da pena reside na sua necessidade” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 642) de ser imposta ao desviante, que causa com sua conduta um desequilíbrio na convivência social, é forçoso reconhecer-se que as teorias absolutas da pena, pautadas na mera e pura retribuição do mal com outro mal (ROXIN, 1997, p. 82)¹⁶, partem de premissas prescritivas para conclusões descritivas, o que foge à lógica da Lei de Hume¹⁷ ao trabalhar a pena retributiva como aquela que *é* um fim em si mesma, não como *deve ser*; vale dizer, se justificam externamente mas não internamente, no sentido de Luigi Ferrajoli e não de H. L. A. Hart¹⁸, carecendo, em decorrência, de legitimidade.

Com a criação e evolução do Estado Moderno e das sociedades, não se pode ter mais como justificada a necessidade de uma pena que tenha por base o desejo de vingança sem qualquer efeito social. Por isso, embora se possa ter como fundamentada a represália retributiva, a mesma não justifica a sua necessidade na contemporaneidade. O desejo de vingança pode dominar a vítima e os não desviantes que integram a mesma coletividade, mas não o Estado, que deve buscar fazer a justiça social por meio das leis escritas.

Se a aplicação da pena é individualizada e dela decorre a punição com seus efeitos pessoais sobre a pessoa do apenado, para se justificar racionalmente há de se reconhecer que deve ser proporcional e gerar também efeitos sociais no mundo contemporâneo¹⁹.

1.3 Teorias Relativas

Teorias relativas ou preventivas da pena, assim consideradas na modernidade, pode-se dizer, tiveram seu berço em Protágoras de Platão (HASSEMER, 2005, p. 369). É na parte em que trata da caracterização do pensamento de Protágoras e de Sócrates sobre a virtude e seu ensino que afirma ser a punição dos culpados pela injustiça cometida castigar “irracionalmente pela injustiça passada – pois não tornaria inexistente o que está feito – mas visando ao futuro, para que não torne a cometer injustiça nem ele mesmo nem qualquer outro que o viu ser punido” (PLATÃO, 1986, p. 107). Essas teorias “atribuem às penas força e a tarefa inibitória dos futuros delitos” (HASSEMER, 2005, p. 369).

¹⁶ “Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talion: ojo por ojo, diente por diente”.

¹⁷ “Por ‘Lei de Hume’ entende-se a tese segundo a qual não podem derivar logicamente conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem inversamente” (FERRAJOLI, 2002, p. 193).

¹⁸ Para melhor e mais aprofundado conhecimento das justificações internas e externas da pena, ver Luigi Ferrajoli (2002).

¹⁹ Platão já defendia essa ideia avançada: “Com efeito ninguém pune os culpados pensando nisto e por causa disto, a saber, a injustiça cometida, a não ser que castigue irracionalmente, como fera; mas o que racionalmente procura punir, castiga, não pela injustiça passada – pois não tornaria inexistente o que está feito – mas visando ao futuro, para que não torne a cometer injustiça nem ele mesmo nem qualquer outro que o viu ser punido” (PLATÃO, 1986, p. 107).

Essas teorias utilitaristas²⁰ têm, como aponta Hassemer (2005), duas correntes finalísticas, uma de prevenção especial e outra de prevenção geral. Günther (2006, p. 189) em sua crítica à pena, ao tratar dos objetivos preventivos da pena, explana resumidamente que:

[...] ela deve desencorajar possíveis futuros autores de ilícitos penais a colocar seus planos em prática (**prevenção geral negativa**); ela deve impressionar o delinquente de maneira tão negativa, que na situação de iminente reincidência ele, por medo, deixe de praticar o ilícito penal planejado (**prevenção especial negativa**); ela deve estimular e incentivar o autor do ilícito penal ao arrependimento, à compreensão e à conversão, regenerá-lo e desse modo levá-lo a uma vida de respeito à lei (**prevenção especial positiva**); e ela deve fortalecer e estabilizar os costumes e a moral de uma sociedade, para que cidadãos respeitadores da lei não se sintam fraudados em seus bons motivos, quando obrigados a presenciar a situação em que alguém se deixa levar por seus maus motivos (**prevenção geral positiva**). Enquanto a retribuição se esgota com a reparação da injustiça passada e não persegue nenhum outro objetivo além desse (**teoria penal absoluta**), as teorias preventivas reivindicam a vinculação da pena a objetivos racionalmente controláveis (**teorias penais relativas**). Com a exigência feita, sobretudo, a partir do Iluminismo e contra a retribuição, de que a pena se meça por objetivos racionais, já estava naturalmente aberto o caminho para a crítica da pena, porque, a partir daí, torna-se necessário comprovar que a pena realiza realmente seus objetivos. Comprovação que, no entanto, não se conseguiu realizar até hoje. A razão e a finalidade da retribuição permanecem igualmente questões em aberto, do mesmo modo que é possível duvidar de que jamais uma injustiça tenha sido realmente compensada pela pena (GÜNTHER, 2006, p. 189, grifo nosso).

Ferrajoli (2002) aclara filosoficamente bem a distinção entre as teorias absolutas e relativas, ao pontuar:

A diferença entre justificações absolutas ou retributivistas e justificações relativas ou utilitaristas encontra-se expressa de forma límpida em um conhecido trecho de Sêneca: as justificações do primeiro tipo são *quia peccatum*, ou seja, dizem respeito ao passado; aquelas do segundo, ao contrário, são *ne peccetur*, ou seja, referem-se ao futuro. Enquanto para as primeiras a legitimidade externa da pena é apriorística, no sentido de que não é condicionada por finalidades extrapunitivas, para as segundas, diferentemente, referida legitimidade é condicionada pela sua adequação ou não ao fim perseguido, externo ao próprio direito, e, portanto, exigindo um balanceamento concreto entre os valores do fim que justifica o “quando” da pena e o custo do meio do qual se deve justificar o “como” (FERRAJOLI, 2002, p. 205).

Dentro desses aspectos, sabe-se que as teorias da prevenção geral apresentam correntes, sendo uma *positiva*, na qual a função do Direito Penal é dar afirmação aos valores para que, por

²⁰ “[...] consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 204)

meio dessa afirmação, os indivíduos se abstenham da prática delituosa (BRANDÃO, 2010, p. 319). Outra é a *negativa*, para a qual a infligção do mal de uma pena faz com que novos delitos não tornem a acontecer, sendo que nesta, a “**teoria da coação psicológica**, de Feuerbach, enquadra-se perfeitamente na prevenção geral negativa” (BRANDÃO, 2010, p. 319).

P. J. A. Feuerbach que, em 1799 junto ao seu pai, se identifica abertamente com Kant, atribui igualmente ao Estado a finalidade de assegurar a liberdade dos indivíduos, razão pela qual em suas primeiras considerações se concentra no conceito de pena e no sentido coloquial desta palavra para encontrar resposta à natureza da pena, no âmbito jurídico, como ponto inicial dessa investigação (GRECO, 2015).

Para Feuerbach, a cominação de pena ao infrator tende a neutralizar o desejo criminal por meio de um efeito contramotivo, tendo como fim, “por tanto, hacer imposible el delito por médio de intimidación general” (idem, 2015, p. 51)²¹, sendo que à frente serão acrescentadas outras pequenas considerações sobre essa teoria e seu autor.

De qualquer forma, sobre as teorias da prevenção geral e especial, em não se tratando a presente pesquisa, na essência, de natureza penal, mas sim filosófica, serão abordadas *an passant*, sob um viés histórico-jurídico, para uma melhor didática estrutural da questão da ética filosófica da pena de prisão, abordada no último capítulo.

Para tanto, inicia-se, principalmente, grosso modo, com a abrangente e didática abordagem de Sebastian Soler (1970) sobre esses tipos de teorias, para depois adentrar nas teorias da prevenção geral negativa e positiva, fazendo por último considerações pontuais sobre a teoria unificadora dialética de Claus Roxin (1998) e a teoria utilitarista reformadora de Luigi Ferrajoli (2002).

As teorias da prevenção geral, que além de Feuerbach e outros, tem como defensores Bentham, Beccaria, Filangieri e Schopenhauer (BITENCOURT, 2013, p. 143), se subdividem em:

- a) **Teoria contratualista:** Proveniente de Rousseau (1987), tem sua influência definitiva com a obra dos Delitos e das Penas de Beccaria (1998) (SOLER, 1970). Essa teoria nasce do pacto social que visa a cuidar e conservar os seus contratantes (idem, 1970). “O delinquente é uma espécie de traidor do pacto (da pátria); sua conservação é incompatível com a do estado: quando se condena o culpado, mas que a um cidadão, se

²¹ “O delinquente é uma espécie de traidor do pacto (da pátria); sua conservação é incompatível com a do estado: quando se condena o culpado, mais que a um cidadão, se condena um inimigo” (tradução nossa).

condena a um inimigo” (SOLER, 1970, p. 325)²². Acredita-se que Gunther Jakobs (2010), com a sua moderna doutrina do direito penal do inimigo, necessariamente partiu dessa teoria atribuída a Rousseau.

No fundo das doutrinas estritamente contratualistas encontramos, em consequência, a ideia da pena como reação defensiva para a conservação do pacto social, já que o delito coloca o preso fora da proteção da ordem social. (...). Em uma palavra: Embora as doutrinas contratualistas mostrem que a pena tem um fim de defesa social, é preciso indagar como essa defesa se opera, como, por meio da pena, se previne a delinquência. Este é o objeto das *teorias da prevenção* (SOLER, 1970, p. 326, tradução nossa)²³.

b) Teoria da lição (*escarmiento*): O temor da lição dada é algo que já as antigas leis e costumes medievais impunham contra todos, aplicando-a aos que violavam as normas de conduta, sendo esse o fim das execuções públicas das penas (SOLER, 1970).

O perigo desta tese consiste em que torna inevitável a necessidade de executar uma pena toda vez que um delito se produz, e em que, guiada a justiça por essa necessidade, o executado aparece com um meio para operar a lição. É um tipo de reação cega e temerosa, que vemos esporadicamente renascer dentro de poderes tirânicos, para os quais o terror é um instrumento de governo (SOLER, 1970, p. 326, tradução nossa)²⁴.

c) Teoria da prevenção mediante a coação psíquica: Se tem em Feuerbach (SOLER, 1970, p. 327) o criador dessa teoria, que nada tem a ver com as teorias anteriores e teve influência decisiva no direito penal moderno. Para essa teoria, com a imposição do mal da pena evita-se que novos crimes tornem a acontecer em sociedade, coagindo os seus membros a não agirem dessa forma para não sofrerem esse mal. Como bem pontua Cezar Bitencourt (2013, p. 115), essa teoria foi “uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral”.

Para Feuerbach, o interesse fundamental do Estado é que não ocorram violações, do direito: Esse é seu fim específico. É necessário, para isso, se ter instituições de prevenção de crimes em geral, para os quais há de se utilizar o que é característico de seu poder: a coação. No entanto, tratando-se de evitar os delitos, a coação física não é possível nem eficaz na maioria dos casos; não é, sem dúvida, em geral, para o qual é necessária uma forma de coação efetivamente anterior ao crime, que tem função em qualquer caso: tal coação só pode ser psíquica. (...). O principal mérito desta teoria consiste em basear-

²² “El delincuente es una especie de traidor al pacto (a la patria); su conservación es incompatible con la del estado: cuando se condena al culpable, más que a un ciudadano, se condena a un enemigo” (tradução nossa).

²³ “En el fondo de las doctrinas estrictamente contractualistas encontramos, en consecuencia, la idea de la pena como reacción defensiva para la conservación del pacto social, ya que el delito coloca al reo fuera de la protección del orden social. (...). En una palabra: si bien las doctrinas contractualistas muestran que la pena tiene un fin de defensa social, es preciso indagar cómo esa defensa se opera, cómo, por medio de la pena, se previene la delincuencia. Este es el objeto de las *teorías de la prevención*”.

²⁴ “El peligro de esta tesis consiste en que hace ineludible la necesidad de ejecutar una pena toda vez que un delito se produce, y en que, guiada la justicia por esa necesidad, el ejecutado aparece con un medio para operar el escarmiento. Es un tipo de reacción ciega y temerosa, que vemos esporádicamente renacer en el seno de poderes tirânicos, para los cuales el terror es un instrumento de gobierno” (tradução nossa).

se em conceitos exatos sobre o mecanismo da norma jurídica e sua forma de operar na vida individual e social, reconhecendo no homem, como condição natural de seu ser, a livre capacidade de determinação (SOLER, 1970, p. 327-328, tradução nossa)²⁵.

d) Teoria da defesa indireta de Romagnosi: Idealizada na Itália, se baseou na teoria formulada por Feuerbach (SOLER, 1970, p. 328). Sustenta o autor que o caráter relativo dessa teoria se manifesta claramente na ideia de que “si después del primer delito se tuviese una *certeza* moral de que no ha de suceder ningún outro, la sociedad no tendría *ningún* derecho a castigarlo” (SOLER, 1970, p. 328, grifo do autor).

Para alcançar esse objeto de defesa, a pena tem que atuar sobre o futuro delincente, influenciando o seu ânimo mediante o medo. O fim da pena não é o de “atormentar ou afligir um ser senciente; nem o de satisfazer um sentimento de vingança; nem para reviver a ordem das coisas um delito já cometido, e para explicá-lo, senão infundir medo a todo malfeitor, de modo que, em um futuro, não ofenda a sociedade”; “inspire terror com a previsão de um sofrimento” (SOLER, 1970, p. 329, tradução nossa).²⁶

e) Teoria da prevenção geral positiva: Ao contrário da teoria da prevenção geral negativa que tem a finalidade de “reeducar” o delincente, a teoria da prevenção geral positiva se funda na capacidade de sua mensagem alcançar a toda uma sociedade.

A teoria da prevenção geral positiva propugna, basicamente, três efeitos distintos, que podem aparecer inter-relacionados: o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; o efeito de reafirmação da confiança no Direito Penal; e o efeito de pacificação social quando a pena é vista como solução ao conflito gerado pelo delito (ROXIN, 1998, p. 147).

Sobre essa teoria, Günther (2011, p. 189) sustenta que “ela deve fortalecer e estabilizar os costumes e a moral de uma sociedade, para que cidadãos respeitadores da lei não se sintam fraudados em seus bons motivos, quando obrigados a presenciar a situação em que alguém se deixa levar por seus maus motivos”.

²⁵ “Para Feuerbach, el interés fundamental del estado es que no ocurran violaciones, del derecho; ése es su fin específico. Le es preciso, para ello, disponer instituciones que prevengan *em general* los delitos, para lo cual se ha de servir de lo que es característico de su poder: la coacción. Pero tratándose de evitar los delitos, la *coacción física* no es posible ni eficaz en la mayoría de los casos; no lo es, sin duda alguna, *en general*, por lo cual es necesaria una forma de coacción efetivamente *anterior* al delito, que tenga función en todo caso: tal coacción solamente puede ser *psíquica*. (...). El mérito principal de esta teoría consiste en fundarse en conceptos exactos acerca del mecanismo de la norma jurídica y de su modo de operar en la vida individual y social, reconociendo en el hombre, como una condición natural de su ser, la libre capacidad de determinación”.

²⁶ “Para lograr esse objeto de defensa, la pena tiene que actuar sobre el futuro delincente, influyendo en su ánimo mediante *el temor*. El fin de la pena no es el de ‘atormentar o afligir a un ser sensible; ni el de satisfacer un sentimiento de vengança; ni revocar en el orden de las cosas un delito ya cometido, y expliarlo, sino *infundir* temor a todo malhechor, de modo que, en *el futuro*, no ofenda a la sociedad”; ‘inspirar terror con la previsión de un sufrimiento”.

Igualmente as demais não estão livres de críticas (ROXIN, 1998), como a denominada prevenção geral positiva fundamentadora, defendida por Gunther Jakobs que, permitindo, “quando não obrigando, a utilização da pena, mesmo quando a proteção dos bens jurídicos seja desnecessária, baseado na ideia tradicional de prevenção geral ou de prevenção especial” (BITENCOURT, 2013, p. 150).

Todas as teorias relativas da pena até agora examinadas têm como base a prevenção da ocorrência indeterminada de crimes no geral, se dirigindo a todos os indivíduos de uma sociedade, daí o seu caráter de prevenção geral.

Nas **teorias de prevenção especial** que passamos abordar abaixo, a pena tem como finalidade o indivíduo que viola a norma penal, visando a evitar a sua reincidência na prática do delito, ou seja, se volta “exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir” (BITENCOURT, 1993, p. 121).

Elas se subdividem em:

a) Teoria correccionalista – essa teoria, que teve específica influência na Espanha por meio da obra de Pedro Dorado Montero (SOLER, 1970, p. 330), é considerada a mais influente e importante das teorias da prevenção especial. Para essa teoria, que se volta para a correção do infrator com o intuito de melhorá-lo como pessoa integrante da sociedade, a punição não representa um mal por deixar de se lastrear na imposição do medo ou sua amenização, “em fazer o bem tanto para o indivíduo quanto para a comunidade. O problema que o correccionalismo tenta resolver é o da reforma do delinquente, para que após o ‘tratamento’ sejam anuladas as tendências que levaram ao crime” (idem, 1970, p. 330)²⁷.

b) Teoria positivista – Para Soler (1970, p. 331), o desenvolvimento máximo do pensamento relativista e utilitário está representado pelo sistema positivista:

A pena não tem nenhuma razão de ser como retribuição; é somente um meio de defesa. A sociedade é um organismo que se comporta como os demais organismos, na conformidade do princípio da autoconservação. O delito constitui um ataque às condições de existência, e por isso a reação é necessária. O fundamento da justiça humana não está em nenhuma razão transcendente, senão somente social, regida por leis naturais, e não pelo arbítrio de uma vontade humana. De outra parte, o positivismo, em suas formas iniciais, começa com a negação do livre-arbítrio, para afirmar o caráter patológico – ou anormal – dos impulsos delitivos. Desta maneira, a pena se transforma em uma espécie de tratamento, cujo objeto único é impedir que o sujeito cometa novos delitos. A pena não vai buscar a sua causa na culpa, senão na periculosidade do indivíduo; e como a existência dessa

²⁷ “En hacer un bien tanto para el individuo como para la colectividad. El problema que el correccionalismo trata de resolver es el de la reforma del deliciente, de manera que después del “tratamiento” queden anuladas en el las tendencias que le llevaron al delito” (tradução nossa).

periculosidade depende das mais variadas causas, a medida de prevenção que se aplica não se vincula mais que ocasionalmente com a ação cometida. A defesa preventiva pode ser necessária, com relação a um sujeito, basta antes que este cometa algum delito (SOLER, 1970, p. 331, tradução nossa)²⁸.

1.4 Teorias mistas, da união ou sincréticas da pena

Também conhecidas como unificadoras, por tentarem aglutinar um conceito único dos fins da pena (BITENCOURT, 1993, p. 132), essas teorias congregam os aspectos da retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, como a corrente onde todos os fins da punição alcançam um equilíbrio na relação, sendo para alguns autores a que melhor traduz o que é a pena, e são as mais difundidas atualmente.

Platão, em Protágoras, com propriedade já sustentava:

Com efeito ninguém pune os culpados pensando nisto e por causa disto, a saber, a injustiça cometida, a não ser que castigue irracionalmente, como fera; mas o que racionalmente procura punir, castiga, não pela injustiça passada – pois não tornaria inexistente o que está feito – mas visando ao futuro, para que não torne a cometer injustiça nem ele mesmo nem qualquer outro que o viu ser punido (PLATÃO, 1986, p. 107).

Dentro dessas teorias, há:

a) **Teoria de Carrara** – Como bem aponta Soler (1970), dificilmente uma síntese poderá traduzir toda a riqueza do pensamento carrariano:

Para Carrara, a ordem social não se apoia sobre a concepção contratualista. A construção do sistema parte de um dogma da criação operada por um ser eterno e infinito, tanto em conhecimento como em bondade e poder; sendo assim, a criação deve ter um fim e estar regida por uma lei, a que se chama lei suprema da ordem, que tem quatro manifestações: A lei lógica, a física, a moral e a jurídica. [...]. Basear a pena na justiça, é um erro, porque a pena em mãos do homem não tem outro fundamento que a necessidade da defesa do direito; a aplicação daquele princípio absoluto levaria a sanção na esfera interna e moral. Basear a pena unicamente na defesa, é justificar a tirania da razão do estado. É aqui como Carrara, mediante sua fórmula da “tutela jurídica”, realiza a fusão de um princípio absoluto com um de caráter relativo;

²⁸ “La pena no tiene ninguna razón de ser como retribución; es solamente un medio de defensa. La sociedad es un organismo que se comporta como los demás organismos, conforme con el principio de la auto-conservación. El delito constituye un ataque a las condiciones de existencia, y por eso la reacción es necesaria. El fundamento de la justicia humana no está en ninguna razón trascendente, sino solo social, regida por leyes naturales, y no por el arbitrio de una voluntad humana. Por otra parte, el positivismo, en sus formas primeras, arranca de la negación del libre albedrío, para afirmar el carácter patológico – o anormal – de los impulsos delictivos. De esta manera, la pena se transforma en una especie de tratamiento, cuyo objeto único es impedir que el sujeto cometa nuevos delitos. La pena no va a buscar su causa en la culpa, sino en la peligrosidad del individuo; y como la existencia de esa peligrosidad depende de las más variadas causas, la medida de prevención que se aplica no se vincula más que ocasionalmente con la acción cometida. La defensa preventiva puede ser necesaria, con relación a un sujeto, hasta antes de que éste cometa algún delito”.

tira o direito penal da rigidez que falamos, p. ei., na fórmula de Kant, sem cair num empirismo desorientado (SOLER, 1970, p. 332-333, tradução nossa)²⁹.

b) Teoria de Merkel – Esta teoria se assenta nos problemas mais estritamente técnicos e jurídicos, “pois um dos objetos específicos de sua investigação foi em buscar, dentro do campo geral das sanções jurídicas, quais eram as de campo geral das sanções jurídicas, quais eram as características próprias de esta sanção a que chamamos pena” (SOLER, 1970, p. 334)³⁰.

c) Teoria de Binding – Desenvolvendo seu próprio pensamento de forma sistemática, sabendo-se que a norma é um princípio que reserva ao Estado o direito de exigir sua observância por parte dos indivíduos, o que caracterizaria o ilícito como o desprezo à obrigação de obediência por parte de todos (SOLER, 1970).

A obediência, a submissão da norma é, contudo, uma atitude interna; não tem poder que seja suficiente para constringer para que a norma seja obedecida. ‘Uma intenção arrogante não se pode quebrar por meios coercitivos. O fim da pena, em consequência, não pode ser o de transformar um rebelde em um bom cidadão’. Mesmo se isso fosse possível, o seria para o futuro se a violência passada ficasse impune (SOLER, 1970, p. 335, tradução nossa)³¹.

Binding (SOLER, 1970, p. 336) mostra que sua teoria tem um caráter heterogêneo, pois baseando-se o Direito Penal exclusivamente no crime, atende o seu dever penal e, a um só tempo, a necessidade (subsistente ou não) de reafirmar o poder do direito.

1.5 Teoria Unificadora Dialética de Claus Roxin

Roxin (1998, p. 44) é o defensor e idealizador dessa teoria que “pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas”. A concepção dialética defendida por Roxin (1998) se pauta na necessidade de dialogar com os diversos pontos de vista antagônicos, na busca de reuni-los de forma sintetizada, pois assim como a

²⁹ “Para Carrara, el orden social no se apoya sobre la concepción contractualista. La construcción de su sistema parte del dogma de la creación operada por un ser eterno e infinito, tanto en sapiência como en bondad y en poder; siendo así, la creación debe tener un fin y estar regida por una ley, a la que llama ley suprema del orden, que tiene cuatro manifestaciones: La ley lógica, la física, la moral y la jurídica. [...]. Fundar la pena en la justicia, es un error, porque la pena en manos del hombre no tiene otro fundamento que la necesidad de la defensa del derecho; la aplicación de aquel principio absoluto llevaría la sanción a la esfera interna y moral. Fundar la pena únicamente en la defensa, es justificar la tiranía de la razón de estado. He aquí cómo Carrara, mediante su fórmula de la “tutela jurídica”, realiza la fusión de un principio absoluto con uno de carácter relativo; quita al derecho penal la rigidez que hallamos, p. ej., en la fórmula de Kant, sin caer en un empirismo desorientado”.

³⁰ “Pues uno de los objetos específicos de su investigación fue el de buscar, dentro del campo general de las sanciones jurídicas, cuáles eran las del campo general de las sanciones jurídicas, cuáles eran las características propias de esta sanción a la que llamamos pena” (tradução nossa).

³¹ “La obediencia, el sometimiento a la norma es, sin embargo, una actitud interna; no hay poder que sea suficiente para constreñir a que la norma sea obedecida. “Una intención arrogante no se puede quebrantar por medios coercitivos. El fin de la pena, em consecuencia, no puede ser el de transformar un rebelde en un buen ciudadano”. Aunque esto fuere posible, lo sería solo para el futuro la violación pasada quedaría impune” (tradução nossa).

sociedade necessita ser protegida dentro da realidade social, também o indivíduo necessita ser protegido da pressão social.

Encara o homem por um lado de liberdade e responsabilidade, e por outro, quando desviante, dotado de uma debilidade que reclama tratamento terapêutico-social, constituindo essa dupla polaridade entre o homem e a sociedade, e também entre “o fenômeno empírico e a ideia de homem”, o ponto de tensão de qualquer problemática social” (ROXIN, 1998, p. 45).

Uma teoria da pena que não pretenda manter-se na abstração ou em propostas isoladas, mas que tenha como objetivo corresponder à realidade, tem de reconhecer estas antíteses inerentes a toda a existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las numa fase superior (ROXIN, 1998, p. 45).

Portanto, como dito no início deste capítulo, nota-se que parece haver nas diversas teorias uma confusão entre a função ou motivação com a finalidade. A preocupação dessas teorias da pena reside no *ser*, não no *dever ser*, caindo por primeiro, como bem aponta Luigi Ferrajoli (2002, p. 260), os que produzem e sustentam doutrinas filosóficas da justificação como teorias da pena.

Fala-se dos objetivos da pena sugerindo-se de que a esta possui um efeito e não uma finalidade retributiva ou reparadora, ou mesmo que previne ao invés de dever prevenir, ou até mesmo que desestimula, mas não que tenha o dever de desestimular a coletividade de uma sociedade ao cometimento de crimes. Ou seja, cuida-se mais do aspecto material que axiológico, até mesmo da razão da existência da punição que responderia às perguntas do *por que punir* e *para que punir*, que justificariam a punição (FERRAJOLI, 2002, p. 260).

1.6 Teoria Utilitarista Reformadora de Luigi Ferrajoli

Ferrajoli (2002, p. 267) consigna que todas as doutrinas da prevenção utilitaristas da pena têm por base Beccaria e Bentham da “máxima felicidade dividida pelo maior número de pessoas”, o que denomina utilitarismo pela metade por terem a finalidade única da prevenção dos delitos. Para esse filósofo, um utilitarismo desse tipo, “voltando o direito penal unicamente para a finalidade do *ne peccetur*, orienta-lhe escolhas para a adoção de meios penais maximamente fortes e ilimitadamente severos” (idem, 2002, p. 267), acrescentando em seguida:

Ademais, aquilo que mais conta no plano metaético é que meios penais e os objetivos extrapenais dizem respeito a sujeitos diversos, revelando-se heterogêneos e não comissuráveis entre si, de maneira que os males representados pelos primeiros não são empiricamente comparáveis nem eticamente justificáveis através dos bens representados pelos segundos (FERRAJOLI, 2002, p. 267).

Para o aprimoramento, Ferrajoli (2002, p. 267-268) propõe a adoção de outro modelo utilitário, um que “além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes”, ou seja, propõe uma teoria utilitarista da prevenção que alcance a coletividade, causando o mínimo mal-estar ao condenado, salientando que esse modelo ou parâmetro utilitarista, como denomina, é “para desenvolver o papel de objetivo justificante, ou, dependendo do caso, deslegitimante, não pode, entretanto, referir-se ao objetivo da prevenção dos delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

A prevenção preconizada por esse filósofo do direito transcende a dos delitos para alcançar o mal antiético ao delito, uma vez que “a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”, ou seja, protege as pessoas do ofendido e do ofensor, este “contra reações informais, públicas e privadas”, de forma a se admitir que a pena mínima sustentada pelos iluministas acaba por ser um meio e um fim em si mesma com a “minimização da reação violenta ao delito” (idem, 2002, p. 268).

Dessa forma, a Teoria Utilitarista Reformadora de Ferrajoli:

[...] consistiria em uma estratégia de máxima obtenção da utilidade social da pena justamente porque serviria para minimizar uma dupla violência: do crime e das reações arbitrárias ao crime. Por essa razão, encara seu projeto como um mecanismo de proteção “do mais fraco”, num primeiro momento, o cidadão passível de ser vitimado por uma conduta criminosa, num segundo momento, do autor de um delito, passível de ser linchado ou vingado de qualquer modo (DEVOS, 2016, p. 52).

Essa teoria maximiza os efeitos extrapenais da pena e minimiza os penais do crime praticado, o que se harmoniza com a dupla função preventiva do próprio direito penal³², ou seja, maximiza, guardadas as devidas proporções, efeitos utilitários exógenos e endógenos de bem-estar para os não desviantes e desviantes.

³² “[...] o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo. Os dois objetivos e os dois interesses são conflitantes entre si, e são trazidos pelas duas partes do contraditório no processo penal, ou seja, a acusação, interessada na defesa social e, portanto, em exponenciar a prevenção e a punição dos delitos, e a defesa, interessada na defesa individual e, via de consequência, a exponenciar a prevenção das penas arbitrárias” (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

2 PRINCÍPIOS ATINENTES AO LIMITE DA PUNIÇÃO

2.1 Considerações iniciais

O que são princípios? “Princípio”, palavra de matriz filosófica grega e origem latina (ÁVILA, 2009), seria o ponto de partida, o início e fundamento ou causa de um processo (ABBAGNAMO, 2015, p. 929).

Aristóteles enumerou seis significados: 1) ponto de onde se pode começar a mover-se; 2) melhor ponto de partida para cada coisa; 3) parte originária e inerente da qual uma coisa deriva; 4) causa primeira da mudança e movimento; 5) causa do movimento e mudança das coisas; 6) ponto de partida para o conhecimento de uma coisa. “Em igual número de sentidos se entendem também as causas, pois todas as causas são princípios. Portanto, é comum a todos os significados de princípio o fato de ser o primeiro termo a partir do qual algo é ou é gerado ou é conhecido” (ARISTÓTELES, 2014, 1012^b 35, 1013^a 5-20).

Abbagnano (2015, p. 929) sustenta que a percepção de princípio na filosofia moderna e contemporânea tende a perder importância, o que “inclui a noção de um ponto de partida privilegiado, não de modo relativo (em relação a certos objetivos), mas absoluto, em si. Um ponto de partida desse gênero hoje dificilmente poderia ser admitido pelas ciências”.

A Ciência do Direito³³ se afastou dessa noção que inclui a causa de um processo, para passar “a analisar os princípios como uma espécie de norma jurídica diferente de regras” (ÁVILA, 2009, p. 657), até mesmo, como bem assinala Dworkin (2011, p. 42), no âmbito

³³ Há controvérsia sobre essa natureza científica do Direito, entendendo-se que “em termos normativos, o direito é um sistema de regras que justifica as exigências de conformidade, e a ideia de dever jurídico é a de estar sujeito a uma regra, haja ou não probabilidade de incorrer em quaisquer sanções em caso de falta ao dever” (BLACKBURN, 1997, p. 154). Para Villey (2008, p. 326) até o momento “ninguém conseguiu esboçar, a não ser de modo falacioso, uma ‘ciência do direito’”. Abbagnano (2015, p. 328) salienta que o Direito, como num “sentido geral e fundamental, a técnica de coexistência humana, isto é, a técnica que visa a possibilitar a coexistência dos homens. Como técnica, o Direito se concretiza em conjunto de *regras* (nesse caso leis ou normas), que têm por objeto o *comportamento intersubjetivo*, ou seja, o comportamento dos homens entre si”. Grau (2009, p. 225), por sua vez sustenta que em um de seus sentidos existentes poder se dizer que Direito é ciência ao assinalar que no “sentido objetivo, *direito* é o sistema de princípios e regras dotadas de sanção que disciplinam as relações humanas em uma determinada sociedade. Nesse sentido, *direito* é sinônimo de *ordenamento jurídico*. Em sentido subjetivo, *direito* é a prerrogativa que uma pessoa tem de exigir de outra determinadas prestações e abstenções ou o respeito a uma situação de que ela seja beneficiária. Em um terceiro sentido, *direito* é a ciência que estuda o *direito objetivo*” (grifo do autor).

jurídico “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”, estas que são *válidas* ou *inválidas*, em determinado caso.

Para Dworkin (2011, p. 39) é *tudo ou nada*, por isso princípios e regras possuem dimensões distintas. Assim, para esse filósofo norte-americano, a diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica, já que aqueles – princípios – possuem fundamentos que devem ser levados em consideração juntamente com fundamentos de outros princípios quando de sua aplicação, enquanto as regras seguem o binômio validade versus invalidade.

Sobre essa distinção entre regras e princípios, para Alexy (2011, p. 87) é, na verdade, uma distinção que se dá entre duas espécies de normas. Os princípios seriam *mandamentos de otimização*, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” enquanto regras são normas satisfeitas ou não (idem, 2011, p. 90).

Desse modo, na filosofia jurídica, princípios e regras³⁴ são espécies de normas de observância obrigatória quando positivadas (ALEXY 2011, p. 87), “diretrizes orientadoras do atuar humano, oriundas das mais diversas fontes, podendo ser naturais, sociais ou jurídicas” (SILVA, 2013, p. 47).

O fato de princípios serem uma espécie de normas³⁵ reside na razão daqueles serem a base destas, funcionando como meio de controle das condutas sociais negativas, entendidas estas como as que violam preceitos positivados. Não se pode nessa linha admitir um agir estatal

³⁴ Para Ávila (2009, p. 657), essa “[...] distinção entre princípios e regras assumiu importância capital em vários planos do cenário jurídico internacional. No plano legislativo, as constituições e os códigos modernos têm utilizado cada vez mais os princípios, muitos deles já definidos como sendo fundamentais. No plano jurisprudencial, o Poder Judiciário tem sucessivamente ampliado o uso dos princípios na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. E no plano doutrinário, a literatura jurídica tem aprofundado continuamente a distinção entre princípios e regras com a finalidade de, conhecendo suas peculiaridades, tornar mais efetiva sua aplicação”. Alexy (2011, p. 85) sustenta que essa distinção reside no fato de que “regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, [...], ordenam, proibem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva.”, sendo *mandamentos definitivos*, enquanto princípios são *mandamentos de otimização*. Ávila (2012, p. 85), ao apresentar proposta conceitual de regras e princípios, faz a sua distinção. “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

³⁵ Miranda (2014, p. 277) sustenta que os “princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente às regras; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e em normas-regras”.

que vá *de* encontro aos princípios e direitos fundamentais assegurados positivamente àqueles que detêm todo o poder³⁶, certo de que, nesse sentido, deontologicamente, princípios são normas jurídicas e não valores³⁷.

O Estado – desde o contratualismo³⁸ – tem a razão de sua existência na própria sociedade. Em qualquer democracia há de ser o primeiro a respeitar as normas positivadas, assegurando essa observância nos planos vertical e horizontal das relações sociais e institucionais, sob o risco de se tornar o seu dirigente um déspota que age em favor de uma minoria visível em detrimento de uma maioria invisível, que só ganha visibilidade quando a sua liberdade cerceada passa a ser uma ameaça à daquela minoria.

Na seara penal em que há conflitos primários (liberdade x direito de punir) e secundários (dignidade da pessoa humana x dever de punir), os princípios como normas devem ter um caráter deontológico para assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Do contrário, em se tendo como teleológicos, a valoração inerente pode dar azo a um juízo nefasto e/ou político por parte dos seus atores que não seja *bom para todos*, mas para alguns ou mesmo para uma determinada casta.

³⁶ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁷ “Para Dworkin, as regras são aplicáveis no estilo de tudo ou nada aos factos que preveem; podem conhecer exceções, mas, quando assim sucede, é incorreto enunciá-las sem essas exceções. Os princípios, ao invés, não comportam consequências jurídicas que decorram automaticamente; um princípio não indica tanto a necessidade de uma determinada decisão quando uma razão para ir num certo sentido. Os princípios comportam uma dimensão de peso e tudo está em tomar o peso relativo de cada um; não as regras. Segundo Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então tem de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. A diferença entre princípios e regras é *qualitativa*, e não de grau” (MIRANDA, Jorge, 2014, p. 280). Habermas (1997, p. 316-317, v. I) sustenta que “princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; [...]. Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, elas não podem ser aplicadas da mesma maneira. [...]. À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento recomendável. O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, “correto” é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa *para todos*; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é “correto” o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom *para nós*”.

³⁸ Para maior conhecimento das origens do contratualismo, ver: 1) Hobbes (1983); 2) Locke (1983); 3) Rousseau (1987).

Como investigar a punição por meio da pena de prisão sem antes tratar dos princípios que devem limitar a autorização estatal da punição àqueles que violam as normas de controle social em prol do bem-estar comum? Qual a razão da sua existência? Quais os essenciais à limitação da intervenção estatal e seu eventual arbítrio? Não se pode querer tratar da pena de prisão como punição sem se considerar *a priori* a existência de princípios limitativos e inerentes ao *como punir*.

Como se sabe, o Direito Penal é a face mais violenta do controle social estatal³⁹, por isso mesmo, falar de princípios vinculados à pena de prisão é tê-los como limitadores à intervenção estatal descabida, como referentes ao necessário respeito estatal aos direitos e garantias fundamentais que devem ser salvaguardados pelo próprio ente público e seus agentes.

Desde *Leviatã* de Thomas Hobbes, quando do surgimento do Estado Moderno, ainda que absoluto à época, a razão da sua existência numa sociedade contratualista está na decisão, mesmo que fictícia, de seus integrantes de abrir mão de parte de suas liberdades negativas em prol da positiva, ou de coexistência em favor de um senhor ou, mais democraticamente, de um ente público fictício denominado Estado. Este passa a gerir a convivência social para não mais aqueles viverem num estado de natureza onde todos se acham apenas com direitos, mas não com deveres de uns para com os outros, como salientado em *Leviatã*, ou seja, onde vivem em constante estado de guerra.

Procurando investigar o objeto de pesquisa dentro do campo da filosofia *do* direito e não da filosofia *no* direito⁴⁰, optou-se por trabalhar de forma mais pragmática com capacidade de gerar reflexões ético-filosóficas sobre as teorias dos fins da pena, alternativas e princípios limitadores da intervenção estatal⁴¹, selecionando no campo de aplicação principiológica⁴², dentro do universo existente, os princípios da *dignidade da pessoa humana, cidadania, da*

³⁹ Sobre esse aspecto salienta Alessandro Baratta (1987, p. 4) diz que que “a pena, especialmente em suas manifestações mais drásticas, que tem por objeto a esfera da liberdade pessoal e da incolumidade física dos indivíduos, é violência institucional, isto é, limitação de direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo e do poder de fato em uma sociedade”. (Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal).

⁴⁰ Pensando se tratar de coisas distintas, sob o argumento de que a filosofia *no* direito faz com que aquela se insira como parte desta, ao contrário da filosofia *do* direito em que este é parte daquela. Se a filosofia não tem nada acima de si, ela própria se define, como pode ser parte de uma ciência que acima de si tem uma disciplina arquetônica?. Para maior aprofundamento sobre a questão, ver Villey (2008, p. 19).

⁴¹ Atentando para Justiça, que “é um conceito fundamental, absolutamente irreduzível, da ética, da filosofia social e jurídica, bem como da vida política, social, religiosa e jurídica. A justiça surge no entendimento filosófico e teológico como a segunda das quatro virtudes cardinais: prudência, justiça, coragem e temperança (pressupondo sempre as virtudes seguintes as antecedentes)” (KAUFMANN, 2004, p. 225).

⁴² Lenio Streck (2017, p. 593), em nota de rodapé (124), aponta que “a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra”, isto obviamente na Ciência do Direito em questão.

humanidade das penas, da legalidade, da necessidade e utilidade social, da proporcionalidade penal e da individualização da penal.

2.2 Dignidade da pessoa humana

2.2.1 Breves anotações sobre a origem e evolução

Sarlet (2012, p. 38) sustenta que o valor da dignidade da pessoa humana encontra a sua origem na filosofia clássica, “especialmente a greco-romana, e no pensamento cristão”⁴³, bem como que se sabe “que na China, por volta do século IV a.C., o sábio confucionista Meng Zi afirmava que cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus e indisponível para o ser humano e os governantes” (BARRETO, 2009, p. 212), havendo quem sustente que a dignidade da pessoa humana tem origem religiosa, bíblica, por ser o homem a imagem e semelhança de Deus (BARROSO, 2010).

Sobre a trajetória histórica da dignidade,

Em uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado liberal, a dignidade — dignitas — era um conceito associado ao status pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. [...]. Até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos. De fato, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ela estava entrelaçada com ocupações e posições públicas; nos Estados Unidos, as referências à dignidade nos Artigos Federalistas, por exemplo, diziam respeito a cargos, ao governo ou a nação como um todo. Portanto, na cultura ocidental, começando com os romanos e chegando até o século XVIII, o primeiro sentido atribuído à dignidade — enquanto categorização dos indivíduos — estava associado a um status superior, uma posição ou classificação social mais alta (BARROSO, 2014, p. 13-14).

A partir do Século das Luzes há substancial migração da dignidade da pessoa humana para a filosofia:

[...] tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos

⁴³ Sobre o ideário cristão que se atribui à origem da dignidade da pessoa humana, com razão Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 212) em outra obra pontua que não lhe parece “correto reivindicar – no contexto das diversas religiões e concepções filosóficas professadas e sustentadas pelo ser humano ao longo do tempo – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa”.

internacionais e Constituições de Estados democráticos (BARROSO, 2010, p. 14).⁴⁴

Darwall (2017, p. 17) esclarece, numa visão antropocêntrica, que “a ideia de que pessoas humanas têm um distintivo valor ou dignidade que está intimamente ligado aos direitos humanos básicos provou ser um dos legados mais duradouros do iluminismo”⁴⁵, sendo que a dignidade da pessoa humana, para Sarlet (2012), é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2012, p. 73).

2.2.2 Conceito e concepção contemporânea da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana⁴⁶, “qualidade intrínseca de todo ser humano”⁴⁷, é um princípio fundamental, não um direito fundamental⁴⁸, não estando os princípios acima ou além do direito positivado. Eles, “numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais” (MIRANDA, 2014, p. 277), fazem parte do ordenamento. Salienta Gauriau (2016, p. 125) que conceitualmente a dignidade é multidisciplinar, por abranger os aspectos filosóficos, éticos, moral, religioso e legal⁴⁹.

Conceitualmente, no que aqui mais interessa, Dearing (2017, p. 58) sustenta que dignidade humana, seria “a base de toda a construção de direitos humanos, incluindo os direitos das vítimas de crimes e de todas as instituições públicas e procedimentos administrativos destinados a implementar padrões de direitos humanos”.

⁴⁴ “A ideia de que a pessoa possui uma dignidade que lhe é própria deita raízes na história da filosofia Ocidental. Antes mesmo do texto clássico de Picco de Mirandola, *Discurso sobre a dignidade do homem* (1486), a questão encontrava-se na obra de Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás, indicando como através dos tempos se agregaram valores à ideia de pessoa, que terminaram por objetivar a ideia de dignidade” (BARRETO, 2013, p. 63-64).

⁴⁵ “The idea that human persons have a distinctive value or dignity that is intimately bound up with basic human rights has proven one of the Enlightenment’s most enduring legacies” (tradução nossa).

⁴⁶ “Não se afigura exatamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta, à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa” (MIRANDA, 2014, p. 161).

⁴⁷ “Qualité intrinsèque à tout être humain” (GAURIAU, 2016, p. 124, tradução nossa).

⁴⁸ “A rigor, a dignidade não é um direito fundamental, pois senão seria um direito preponderante, que sempre se imporia em relação aos demais” (ROTHENBURG, 2014, p. 122).

⁴⁹ “La notion de dignité revêt plusieurs aspects: philosophique, éthique, moral, religieux et juridique” (tradução nossa).

Sobre esse aspecto se faz necessário separar a dignidade humana dos direitos humanos, que se faz por meio da filosofia atinente a cada tipo – filosofia da dignidade humana e filosofia dos direitos humanos (BARRETO, 2013) –, já que uma “simplificação epistemológica terminaria por sujeitar o conceito de dignidade humana, que procuramos definir, ao conceito de direitos humanos, que se encontra juridicamente estabelecido” (idem, 2013, p. 64).

Conceitualmente a dignidade humana está fora dos direitos humanos, por isso se conclui que “a dignidade humana, na sua acepção jurídica, não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo, mas pressupõe para a sua materialização jurídica perspectivas mais amplas do que permite o espaço jurídico positivado” (idem, 2013, p. 64).

Historicamente, o conceito de dignidade da pessoa humana “atravessou dois mil e quinhentos anos de história da filosofia, ganhou várias configurações nas mais diversas tradições filosóficas e acabou por ser transformado em preceito constitucional supremo em resposta aos horrores e séries de violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial” (MENDES, 2013, p. 85), embora para Macklin (2015), no campo da bioética, a dignidade seja um conceito inútil na análise ética das atividades médicas, por ser “o conceito de dignidade humana, nada mais é do que uma capacidade de pensamento e ação racionais, características veiculadas no princípio do respeito à autonomia”⁵⁰.

De qualquer forma, jusfilosoficamente há a dignidade humana⁵¹ como um superprincípio (PIOVENSAN, 2010), o ponto fulcral a ser respeitado por todo o ordenamento; vale dizer que todo sistema jurídico-penal que se possa ter como legítimo deve respeitá-lo, “visto aqui não apenas como valor próximo aos outros, mas como a base moral de uma sociedade moderna, sociedade pluralista” (DEARING, 2017, p. 58).

Ao se falar de dignidade da pessoa humana, individualizamos, ao contrário da dignidade humana que diz respeito ao universo humano, de “algo que não se adquire porque na sua dimensão ontológica é inerente à própria existência humana” (PÊCEGO, 2015, p. 46), por isso não há de se fazer presente a objetificação kantiana (GRECO, 2015, p. 129)⁵² (tratar

⁵⁰ Para uma maior conhecimento da posição da autora sobre essa questão, recomenda-se a leitura do artigo.

⁵¹ Como garantia, é o principal fundamento dos direitos humanos, estes que se referem “a toda e qualquer pessoa humana” (NEVES, 2012, p. 249), por isso mesmo “a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico” (COMPARATO, 2013, p. 76). Nesse sentido: “Sustenta-se que é no princípio da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno” (PIOVESAN, 2010, p. 30).

⁵² “‘El hombre nunca puede ser usado como un mero medio para los propósitos de otros ni mezclado entre los objetos del derecho de cosas, contra lo cual lo protege su personalidad innata’. Con estas conocidas palabras, Kant rechazaba toda orientación preventiva de la pena, palabras que desde entonces se alzan contra las teorías

como meio) na relação do Estado com a pessoa do desviante que deve sofrer uma punição estatal. Impõe-se a conscientização ético-filosófica de que a pessoa humana é o fim em si mesma, a razão da existência do Estado; o seu criador e não a criatura, democraticamente falando.

Como bem se assinala, a “consagração do princípio da dignidade humana, [...], não tem sido acompanhada por uma concomitante reflexão sobre os seus fundamentos ético-filosóficos” (BARRETO, 2013, p. 63).

Com a passagem da pessoa humana para o centro do universo a partir do Iluminismo, não há mais como se permitir que seja tratada como mero objeto de punição estatal, impondo-se o reconhecimento de sua qualidade de sujeito de direitos e deveres, que tem legalmente a sua liberdade cerceada temporariamente; em não havendo, à luz da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, a pena de prisão perpétua⁵³.

preventivas, ya sea en general, com lo hacen los representantes de la concepción absoluta de la pena, o como crítica específica de la teoría de la pena de Feuerbach” (tradução nossa).

⁵³ Sobre o Iluminismo: “Período do pensamento europeu caracterizado pela ênfase na experiência e na razão, pela desconfiança em relação à religião e às autoridades tradicionais, e pela emergência gradual do ideal das sociedades liberais, seculares e democráticas. Na Inglaterra no século XVII, o movimento já pode ser apreciado nos textos de Francis Bacon e de Hobbes, assim como, na França, na obra de Descartes, através da nova ênfase na independência da razão. No entanto, foi só no século XVIII que se deu o completo florescimento do Iluminismo, especialmente na França (ver Enciclopédia), na Escócia (ver Hume, Smith) e na Alemanha, onde a filosofia crítica de Kant foi ao mesmo tempo uma espécie de apogeu e o primeiro presságio do período romântico que se seguiu. Embora seja difícil encontrar doutrinas positivas comuns a todos esses pensadores, o Iluminismo está associado a uma concepção materialista dos seres humanos, a um otimismo quanto a seu progresso por meio da educação e a uma perspectiva em geral utilitarista da sociedade e da ética” (BLACKBURN, 1997, p. 196). Sobre a questão, aponta Cezar Roberto Bitencourt (1993, p. 37-38): “É na segunda metade do século XVIII quando começam a remover-se as velhas concepções arbitrárias: os filósofos, moralistas e juristas, dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem. As correntes iluministas e humanitárias das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau seriam fiéis representantes, realizam uma severa crítica aos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar a um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente. Este movimento de ideias atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência em uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. Guy Haarscher (1993, p. 29) registra: “Os direitos humanos emergiram, no século XVIII, durante a luta travada pelas Luzes contra o absolutismo ou arbítrio do poder”. Ainda sobre a questão, num olhar da solução do problema, José de Faria Costa (2005, p. 216) se expressa: “O Iluminismo, como todos os outros ‘ismos’, teve, não obstante a matriz comum, diversas tonalidades e apresentou características bem diferenciadas conforme, desde logo, a sua gênese nacional. É evidente que não podemos confundir o Iluminismo Alemão com o Italiano ou qualquer um destes com o que brotou em França – de certo modo matricial – ou em Inglaterra. A esta luz o pondo essencial é o de que não houve um só Iluminismo mas antes vários Iluminismos ou Ilustrações. Depois, ainda dentro deste âmbito, é imperioso salientar que a admissão deste sentido plural e multiforme – vários Iluminismos – é ruptura com aquilo, deve confessar-se, que as expressões mais visíveis do Iluminismo queriam defender. Por outras palavras: a *main stream* do Iluminismo não deixava de sugerir um certo carácter molítico e impiedosamente refractário a qualquer visão fragmentada e plural do próprio Iluminismo. As palavras de ordem eram, no campo do direito penal, progresso, futuro, prevenção”.

A pessoa do apenado é punida, num aparente paradoxo, por quem ajudou a criar, por isso há de se admitir apenas ser considerado o apenado meio dessa relação, se efetivamente a razão da sua existência está no fim maior da ressocialização do criador e no necessário reequilíbrio social que restou abalado com a infringência da norma penal.

O Estado é compreendido como uma unidade de fins (*Zweckseinheit*), sendo a pessoa o seu fundamento máximo e ponto de referência. O Estado constitui-se em meio para a realização da pessoa, que está focada no centro do direito. É nesse sentido que se deve compreender a formulação de que o Estado está para a vontade da pessoa e não a pessoa está para a vontade do Estado. Nessa conexão, parte-se do pressuposto de que a dignidade humana figura como a última barreira contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais (DUQUE, 2014, p. 240-241).

Como se sabe ou se deveria saber, o apenado não é coisa ou objeto, mas sim pessoa humana⁵⁴, portanto, sujeito de direitos que impõe ao Estado não tratá-lo como objeto, de forma a descartar a sua esperança de usufruir do seu direito de retornar ao convívio social melhor do que entrou no sistema prisional.

Tem o Estado a obrigação legal e constitucional de dar condições ao apenado de usufruir desse direito, tratando-o com dignidade enquanto estiver sob seus cuidados. Deve assegurar o seu direito fundamental à integridade física e mental de forma a viabilizar a possível recuperação da sua dignidade degradada, afinal, a “dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si” (BITENCOURT, 2014, p. 69).

Sobre o respeito à vida e à dignidade:

Quando um indivíduo agride o outro, um terceiro experimenta – do ponto de vista moral – um duplo sentimento. Em primeiro lugar, sente a necessidade de defender a vítima e, em segundo lugar, de recuperar para o agressor a racionalidade que se constitui no alicerce da vida social. Ambas as reações que se experimenta diante do crime deitam as suas raízes no respeito à vida e à dignidade da pessoa. O sofrimento mental vivenciado pela vítima consiste, assim, no fato de que a sua dignidade foi violada, fato que se liga à degradação, também, dessa dignidade na pessoa do criminoso (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 287-288, grifo nosso).

Assim, como falar em respeito ao direito fundamental à integridade física e mental do preso quando ao ingressar no sistema prisional, se a primeira coisa a se perder é a própria dignidade que se encontra degradada? O apenado ingressa nesse sistema com a dignidade deteriorada e o Estado como não sabe ou não quer saber *como punir* eticamente, apenas se preocupa em excluir socialmente o apenado – este que para Rousseau (1987, p. 52) era

⁵⁴ Pessoa humana pode encerrar uma aparente tautologia, mas visa-se a apenas separar da jurídica.

considerado inimigo público. Sobre esse aspecto, acredita-se que no direito penal contemporâneo esta classificação inapropriada da pessoa violadora das normas sociais de conduta tenha sido uma das fontes de inspiração de Günther Jakobs com o seu direito penal do inimigo⁵⁵.

Se o Estado não sabe *como punir* dignamente⁵⁶ dentro do sistema de controle social convencionado, tratando os seus criadores como objetos descartáveis quando violam normas de conduta na sociedade, é forçoso reconhecer que ficam comprometidas as respostas dignas às perguntas *para que e por que punir* e, em consequência fragilizada, a democracia, que tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana⁵⁷.

Registra-se que ao longo da história da evolução humana sempre o criminoso foi tratado de forma indigna – como objeto ou coisa –, por descumprir as normas sociais de conduta, por meio de suplícios e outras formas de punições corporais, o que não deixa de ser um paradoxo entre a evolução humana e o trato desumano imposto aos seus semelhantes infratores, mesmo no pós-iluminismo.

Colocados os criminosos desde sempre em depósitos insalubres de pessoas humanas que se amontoam em pequenos cubículos por falta de espaço, com a prisão deixando de ser meio para ser o fim da punição com o antropocentrismo, a única mudança objetiva constatada ao longo do tempo foi o deslocamento do sofrimento corporal e mental do apenado, que se expressava pelos oficiais linchamentos, queimaduras em praça pública, esquartejamentos e decapitação de outrora, para passar a se manifestar pela obrigação de conviver amontoados com outros presos em local totalmente insalubre e promíscuo, enquanto perdurar o cumprimento de sua pena de prisão. São tratados como descartes sociais por estarem excluídos socialmente (invisíveis), sendo que em alguns países, até hoje, ainda que em alguns Estados, se adotam as cruéis penas perpétuas e de morte para os infratores de certos crimes tidos como gravíssimos.

⁵⁵ Esse direito não concede à pessoa do infrator contumaz, classificado como inimigo, o exercício de direitos fundamentais inerentes, reservando apenas àqueles que são considerados cidadãos. Assim, diversamente da doutrina penal majoritária, o Direito Penal do Inimigo (combate perigos) tira o foco da tutela dos bens no direito penal clássico, para focar somente a necessidade de assegurar a vigência da norma pelo denominado Direito Penal do Cidadão. Para maior aprofundamento sobre a temática, ver: Jakobs; Meliá (2010).

⁵⁶ Platão (1986, p. 107), como racionalista, registrou com genialidade à época uma ideia contemporânea: “Com efeito ninguém pune os culpados pensando nisto e por causa disto, a saber, a injustiça cometida, a não ser que castigue irracionalmente, como fera; mas o que racionalmente procura punir, castiga, não pela injustiça passada – pois não tornaria inexistente o que está feito – mas visando ao futuro, para que não torne a cometer injustiça nem ele mesmo nem qualquer outro que o viu ser punido e, pensando assim, pensa que a virtude pode ser ensinada; em todo caso é para dissuadir que ele pune”.

⁵⁷ Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, a pena de prisão passou e continua a ser um fim em si mesmo, de caráter meramente retributivo, como as teorias absolutas da pena preconizavam outrora, ou seja, uma punição sem qualquer atividade estatal funcional na recuperação da dignidade humana degradada dos apenados que ingressam num sistema prisional que avilta, denigra e embrutece.

Com esse atuar estatal negativo não se permite que os criminosos tenham a chance de retornar ao convívio social ressocializados, mas sim pior que quando ingressaram no sistema prisional, tirando-lhes a esperança de poder voltar a ter uma vida digna, com sentido, em uma sociedade que o aceite sem reservas no seu retorno ao convívio social. Roxin (1998), ciente de que a personalidade é um dos aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana, de forma racional e humanitária, assinala:

A personalidade do delinquente não deve, pois, ser humilhada nem ofendida, mas desenvolvida. O criminoso, não é como pensa o leigo, um homem forte cuja vontade de animal feroz se deve quebrar, mas sim um homem normalmente débil, inconstante e pouco dotado, frequentemente com rasgos psicopáticos, e que tenta compensar por meio do crime o seu complexo de inferioridade provocado pela sua deficiente aptidão para a vida. [...]. Todos os peritos estão de acordo que a execução da pena constitui o ponto mais débil da nossa práxis do direito penal e que necessita de uma reforma muito mais urgente que o direito material (ROXIN, 1998, p. 42).

Nesse sentido, qual a evolução humana que realmente houve nessa indigna relação estatal com o apenado? Nenhuma! É uma barbárie que persiste, apesar de todo o esforço desde o iluminismo em desviar o foco de Deus para o homem como o centro no universo.

Não se pode desconsiderar que tanto a vítima quanto o criminoso integram a mesma sociedade, com o direito básico de serem tratados com dignidade pelos seus semelhantes e o Estado, afinal a:

[...] dignidade se apresenta como um qualificativo 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 uma mesma qualidade de dignidade no quadro da humanidade. Os humanos são assim considerados de reconhecimento (BARRETO, 2013, p. 66).

Em sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, por constituir “o valor unificador de todos os direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 95) e ter a função limitadora e legitimadora da intervenção estatal, está umbilicalmente vinculado aos princípios da cidadania, da humanidade das penas, da necessidade, da proporcionalidade, da utilidade social, do não tratamento desumano e degradante, da não submissão à tortura, da legalidade, do respeito à integridade física e moral do preso e da individualização da pena, atuando como

norma-princípio, superprincípio ou mesmo metaprincípio estruturante da aplicação desses princípios⁵⁸.

2.3 Cidadania

Princípio fundamental do Estado Democrático e Social de Direito (CF; art. 1º, III), é tido por Ferrajoli (2011, p. 30) como um direito fundamental supraestatal após o surgimento da Organização das Nações Unidas e aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, em que todos estão “vinculados e subordinados também no nível do direito internacional; não mais direitos de cidadania, mas direitos das pessoas independentemente das suas diferentes cidadanias” (idem, 2011, p. 30)⁵⁹, mutação que “corre o risco de ser ignorada por uma parte relevante da hodierna filosofia política” (ibidem, 2011, p. 3).

Barreto (2013, p. 179) alerta que o tema da cidadania tem sido tratado na teoria do estado e do direito constitucional nacional de forma reducionista, “na medida em que encara esse conjunto de direitos e obrigações sob o ângulo exclusivamente jurídico”, deixando de lado o seu viés político, considerando que “a cidadania de uma sociedade democrática, por ser democrática, traz para o conceito significados e consequências jurídicas específicas, que a diferenciam, por exemplo, da cidadania liberal”, esta que se caracterizou no estado liberal “por privilegiar a organização e o controle do Estado” (idem, 2013, p. 180).

Entretanto, é sabido que a cidadania é uma questão multidisciplinar e acrescenta-se também, no caso, a necessidade de não se deixar de lado o viés filosófico e o sociológico para sua melhor compreensão conceitual.

Lafer (1988) salienta que a ênfase dada por Hannah Arendt (2015, p. 403) – de que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos, que teve início com os problemas jurídicos causados pelo totalitarismo (LAFER, 1988) –, significa que o direito a ter direitos é “pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra da legalidade” (LAFER, 1988, p. 154), no que se pode, nesse viés, ter também a cidadania como “a quintessência da liberdade, o

⁵⁸ Jorge Miranda (2014, p. 285), ao tratar das três grandes categorias dos princípios constitucionais substantivos, salienta sobre os *princípios axiológicos fundamentais* como correspondentes aos limites transcendentais do poder constituinte, “ponte de passagem do Direito natural para o Direito positivo (e que, no essencial, coincidem com os princípios axiológicos-jurídicos de Castanheira Neves). Assim, todos reconduzíveis à dignidade da pessoa humana: a proibição de discriminações, a inviolabilidade da vida humana, a integridade moral e física das pessoas, a não retroatividade da lei penal incriminadora, o direito de defesa dos acusados, a liberdade de religião e de convicções, a dignidade social do trabalho etc.”.

⁵⁹ No mesmo sentido, ao dar o conceito jurídico de cidadania, ver: Torres; Barreto (2009).

ápice das possibilidades do agir individual, o aspecto eminentemente *político* da liberdade” (GARCIA, 1994, p. 136).

Numa perspectiva arendtiana da cidadania, sendo o condenado uma pessoa humana que há de ter respeitado os seus direitos fundamentais, de ter direito a ter direitos, como cidadão integrante de uma sociedade civil juridicamente organizada não pode ter ameaçada a sua dignidade como pessoa humana, sob pena de se destruir dois dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Dimensionando a cidadania no âmbito jurídico, diferentemente de Torres (2009) que as divide em temporal, espacial, bilateral e processual⁶⁰, Neves (2009), inspirado em Hannah Arendt, discorre sobre essa interligação da cidadania com os direitos humanos fundamentais supraestatais:

A noção de direitos do homem ou direitos humanos, quando surgiu no âmbito das revoluções liberais, distinguiu-se do conceito de cidadania. Enquanto a primeira referia-se a direitos de toda e qualquer pessoa humana, o segundo dizia respeito aos direitos dos membros de uma determinada coletividade política e, mais precisamente, de um Estado. Porém a ideia de direitos humanos importava também o direito de toda e qualquer pessoa de ter cidadania (“um direito a ter direitos”). Essa situação passou a ter uma certa relevância na semântica mais recente dos direitos humanos, conforme a qual esses direitos implicam direitos civis (“liberdades negativas”), políticos (“liberdades positivas”), sociais (“direitos a prestação em sentido estrito” ou “*droits-créances*”) (NEVES, 2009, p. 249-250).

T. H. Marshall, como aponta Ferrajoli (2002, p. 31), sobre os direitos humanos que Marcelo Neves (1967) apresentou anteriormente, numa concepção sociológica, divide no tempo e no espaço o conceito de cidadania, em três partes ou elementos, em civil, político e social.

Compõe o primeiro – civil – o necessário à liberdade individual. O segundo – político – como o direito de participar do poder político, deixando o último – social – como aquele que abrange todo o direito ao mínimo bem-estar econômico e segurança de poder participar, bem como de poder levar uma vida civilizada de acordo com os padrões sociais⁶¹.

⁶⁰ “[...], na *dimensão temporal*, a visualização sucessiva dos direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos, o que envolve tanto a liberdade quanto a justiça e a solidariedade. Do ponto de vista *espacial* a cidadania afirma-se nos planos local, nacional, internacional e supranacional, assim como no virtual (cibernético). Uma terceira dimensão é a bilateral, a compreender os direitos/deveres que se expressam na cidadania pública/privada e na cidadania ativa/participativa. A *dimensão processual* envolve os processos jurídicos por meio dos quais se atualizam direitos e deveres” (TORRES, 2009, p. 127).

⁶¹ Marshall (1967, p. 63), sobre esses elementos, grupos, dimensões da cidadania para este autor a quem são atribuídos direitos, disserta: “Em nosso século, algo foi acrescido a esse binômio – direitos civis, direitos políticos: os denominados direitos sociais. Se antes os direitos políticos de participação objetivavam a compartilhada definição dos interesses tutelados e a institucionalização do direito de resistir às ingerências do poder na esfera da autonomia privada – dever de abstenção – a dimensão nova dos direitos sociais amplia o âmbito do poder político, que se mantendo como direito à participação, abrange, agora, também, o direito de exigir do Estado prestações

Na medida em que esses elementos foram se distanciando uns dos outros, começaram a se estranhar de forma a ser possível implantar um marco divisório entre eles, atribuindo “os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX. Estes períodos, é evidente, devem ser tratados com uma elasticidade razoável, e há algum entrelaçamento, especialmente entre os dois últimos” (MARSHALL, 1967, p. 66).

Embora seja possível estipular marcos divisórios temporais entre os direitos civis, políticos e sociais inerentes à cidadania, para melhor compreensão e qualificação conceitual, não se pode deixar de interligar esses marcos na contemporaneidade, que sempre tiveram maior ou menor influência política, afinal para tratar do conceito de cidadania “deve-se levar em conta o caráter político, que determinará, inclusive, a natureza da cidadania jurídica” (BARRETO, 2013, p. 179).

Sobre esse aspecto, constitucionalmente, no Brasil houve três tipos de cidadanias: a liberal e a autoritária, anteriores à atual de 1988, que apresentou a denominada liberal-democrática (idem, 2013, p. 179). As duas primeiras (liberal, as anteriores a 1937, e as autoritárias, de 1937 e 1969) foram compreendidas juridicamente sob o prisma de que a razão de existir do povo estava no Estado, admitindo a prevalência deste sobre aquele (ibidem, 2012, p. 180). Esse fator foi invertido por meio da conhecida fórmula de Abraham Lincoln⁶², que se expressa no Estado Democrático de Direito criado com a Constituição de 1988.

Assim, se observa que a cidadania pode sofrer mutações, entendida “como o laço que une juridicamente o indivíduo ao Estado e, até certo ponto, o Estado ao indivíduo” (PASSOS, 2005, p. 12), conforme esteja o cidadão vinculado politicamente a um regime autoritário, totalitário ou democrático, uma vez que a sociedade civil⁶³, à qual integra o cidadão, tem relevante “papel no processo de transformação do Estado” (BARRETO, 2013, p. 180)

Não há cidadania sem a consciência de filiação a uma coletividade política, na maior parte dos casos, uma nação, assim como a um município, a uma região, ou ainda a um conjunto federal, tal como aquele em direção do qual parece avançar a União Europeia. A democracia se apoia na responsabilidades dos cidadãos de um país. Se estes não se sentem responsáveis pelo seu governo, porque este exerce seu poder em um conjunto territorial que lhes parece artificial ou estranho, não pode haver representatividade dos dirigentes ou livre escolha destes pelos dirigidos (TOURAINÉ, 1996, p. 93).

asseguradoras de condições sociais que propiciem a igualdade substancial entre os cidadãos, somada àquela igualdade formal antes já proclamada e assegurada”.

⁶² A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo.

⁶³ Para Alain Touraine (1996, p. 100) a ideia de cidadania é “[...] indispensável para o pensamento democrático: baseia-se na separação entre sociedade civil e sociedade política; garante os direitos jurídicos e políticos de todos os cidadãos de um país, seja qual for sua origem social, religiosa, étnica ou outra”.

Portanto, é na governança sem opressão e democrática que há o surgimento do cidadão, como acentua Passos (2005), quando procura definir formas básicas de poder político no espaço possível da cidadania:

[...], uma relação de poder estabelecida entre iguais, teorizado o poder como função, serviço e somente exercitável na medida em que for deferido pela vontade dos que devem obediência, que se permitiram ser governados em benefício comum. É neste momento que surge o cidadão, aquele que é governado sem ser oprimido. É só nesse espaço institucional que se faz possível o desempenho desse papel social (o papel político do *cidadão*) (PASSOS, 2005, p. 11-12).

Por outro lado, há de se salientar que, numa democracia que encontra a sua origem nos direitos humanos fundamentais, não há espaço à cidadania liberal, mas sim a uma cidadania plena em que se concretize, por meios próprios de entrelaçamento, as três classes dos direitos de cidadania (civis, políticos e sociais), sob risco de não se sair do campo da denominada cidadania institucionalizada, viés acentuado da cidadania tutelada que dificulta o controle social do poder político (PASSOS, 2005, p. 40-41).

Nesse campo, tendo-se como parâmetro a concepção arendtiana de cidadania, há de se reconhecer o direito a ter direitos como algo que alcança a permissão de lutar por novos direitos ainda não positivados.

Essa concepção não se limita portanto a conquistas legais ou ao acesso a direitos previamente definidos, ou à implementação efetiva de direitos abstratos e formais, e inclui fortemente a invenção/criação de novos direitos, que emergem de lutas específicas e da sua prática concreta (DAGNINO, 1994, p. 108).

Com efeito, há de se reconhecer que é *direito* do apenado *ter direito* de ser tratado de forma digna quando de sua punição no cárcere estatal, viabilizando a tentativa de resgate da sua dignidade degradada por sua ação delituosa em sociedade⁶⁴, permitindo o seu oportuno retorno ao convívio social melhor que entrou no sistema prisional.

Se os homens livres e independentes no estado de natureza, fazendo uso da razão se utilizam de um artifício (a sociedade política e a autoridade que ela implica) para garantir uma melhor convivência com seus semelhantes, o que justifica não se respeitar o direito a ter direitos da pessoa humana que não faz obediência a regras positivas impostas e terá tirada a sua liberdade?

⁶⁴ “Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa um dano dos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem não raro o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal”. (ROXIN, 1998, p. 28).

O Estado não pode negar a existência desse primeiro direito humano⁶⁵, como condição de todo e qualquer cidadão, ainda que condenado, que permite ter o direito de ter assegurada a sua integridade física e moral, tratando o ser humano com dignidade, como um fim em si mesmo, não como meio, coisa ou objeto. Enquanto para Morrison (2012, p. 222) “a principal preocupação do legislador é decidir que formas de comportamento tenderão a aumentar a felicidade da sociedade, e quais sanções serão mais passíveis de produzir essa maior felicidade”, para o Executivo a história tem sinalizado que é decidir o meio menos oneroso de sancionar aquele que viola as normas de conduta em sociedade, outrora, com apoio judicial mutilando, decapitando e queimando em praça pública por meio de uma denominada vingança divina. Com o antropocentrismo passou-se a excluir do convívio social por meio da prisão como fim em si mesma, colocando o delinquente numa posição marginalizada ou de inferioridade na própria sociedade da qual é oriundo, tornando-o invisível, sem lhe dar chance de ter oportuna e renovada digna visibilidade social.

Assim, pode-se afirmar que o exercício de uma cidadania moderna não é desassociado do necessário respeito à dignidade da pessoa humana – princípio vetor de todos os demais direitos fundamentais.

2.4 Da humanidade das penas

A humanização e racionalização da pena de prisão é um direito da pessoa humana apenada, do governado, não podendo o Estado negligenciar esse direito sob risco de perder sua legitimidade no poder – conferido contratualmente quando do pacto social firmado – e, conseqüentemente, a justificação da existência da punição.

Embora Beccaria (1998) não renunciasse no Século das Luzes ao sentido punitivo e sancionador da prisão, insinua a necessidade de reforma da pena privativa de liberdade e já considerava “que nas prisões não deve predominar a sujeira e a fome, defendendo uma atitude humanitária e compassiva na administração da justiça, criticando as prisões de seu tempo” (BITENCOURT, 1993, pp. 42-43).

⁶⁵ “Os direitos e obrigações ‘cruzados’ dos governantes e governados constituem a especificidade, a originalidade irredutível da filosofia contratualista do poder. Se os governantes agem de maneira tirânica (despótica), se excedem ou desviam os poderes que lhes foram conferidos pela convenção inicial, se exigem uma obediência a ordens arbitrárias, os governados serão desligados do seu dever de submissão: ficarão *ipso facto* numa situação de ‘resistência à opressão’, o poder já não é exercido de acordo com as cláusulas contratuais originais. Ora, nós sabemos que *só o contrato e seu respeito dão legitimidade ao poder*: uma vez que não existe autoridade natural e que todo poder é de origem contratual, um Estado que não respeite as cláusulas da convenção inicial perde toda a justificação” (HAARSCHER, 1993, p. 23-24).

Sobre a humanização da punição, Bitencourt (1993, p. 43) salienta ser “paradoxal falar da ressocialização como objetivo da pena privativa de liberdade se não houver um controle do poder punitivo e uma constante tentativa de humanizar a justiça e a pena”, até porque dessa consideração resulta perguntar: como ressocializar alguém, tirando-o do seio social, com seu aprisionamento inumano?

O princípio da humanidade exige da punição racionalidade e proporcionalidade (BATISTA, 1999, p. 98), exigência que se encontra na cominação, aplicação e execução da pena, envolvendo por consequência a participação dos três poderes da República.

Carece de racionalidade, por assim dizer, a pena de prisão privativa de liberdade pós-iluminismo que empiricamente tem comprovado, em regra, que não ressocializa o condenado, mas apenas o faz sofrer ao lhe retirar o direito de ter direitos fundamentais respeitados que vão além da necessária restrição da liberdade, como se ainda persistisse formalmente a vingança divina que vigorou até o século XVII.

Beccaria (1998) já humanizava que o fim da pena não pode ser outro que não seja fazer com que o infrator não volte a praticar “danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo”, finalizando que “devem, assim, escolher-se as penas e o método de as infligir de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu” (BECCARIA, 1998, p. 85).

Ao que tudo indica, houve grande influência do pensamento de Beccaria na política criminal aplicada nas prisões de *Bastoy Prison Island* (de baixa segurança) e de *Helden* (de segurança máxima) na Noruega, em que 100% do foco está na reabilitação do condenado, proporcionando uma taxa abaixo de 20% de reincidência criminal (BRASIL, 2017), recebendo os presos tratamento humano em dependências individuais dignas, com muito boas instalações, constante interação com os funcionários – são treinados durante dois anos para poder atuar – e a necessária participação e aproveitamento em cursos promovidos pela própria instituição prisional (ARBAGE, 2017, p. 70).

O princípio da humanidade das penas impõe ao Estado o dever racional de preservar “as condições mínimas para viver com dignidade no cárcere” (MARTINELLI; SCHIMTT DE BEM, 2018, p. 690), intervindo com proporcionalidade na “cominação, na aplicação e na execução da pena” (BATISTA, 1999, p. 100)⁶⁶, de forma a afastar as penas degradantes e

⁶⁶ No mesmo sentido, ver Ripollés (2005).

proscrever a pena de morte, pena perpétua, penas cruéis, de banimento e de trabalhos forçados (ZAFFARONI, 2004, p. 171-172).

Sobre a humanização das prisões, John Howard, que “foi, até involuntariamente, o iniciador de uma corrente preocupada com a reforma carcerária” (BITENCOURT, 1993, p. 44) no século XVIII, nunca aceitou as condições censuráveis das prisões inglesas e nem admitia “que o sofrimento humano fosse consequência implícita e ineludível da pena privativa de liberdade” (idem, 1993, p. 45).

Esse princípio, previsto constitucionalmente⁶⁷, é o grande obstáculo às penas de prisão perpétua e de morte, à tortura e ao tratamento desumano e degradante, sendo sustentável “que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados” (BITENCOURT, 1999, p. 39), no que se inclui essa vedação ou entrave à conduta estatal da não observância de *como punir* dignamente os apenados.

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a desassociação dos condenados, são corolários do princípio da humanidade (BITENCOURT, 1999, p. 39).

Se a prisão preventiva como medida de último recurso, conforme preceitua a Regra 6.2 das Regras de Tóquio (CNJ, 2016), deve ser administrada com humanidade e, portanto, com respeito à dignidade da pessoa humana, com muito mais razão a prisão como pena a ser cumprida deve ser administrada dessa forma, para não se incorrer em grave violação à universalidade dos direitos humanos. Nesse sentido, “despiciendo salientar que, na verdade, o princípio da humanidade é válido e informador de todo e qualquer tipo de intervenção penal no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa” (GOMES; MOLINA, 2012, p. 475), até porque a origem da criação do princípio da humanidade se encontra na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1945⁶⁸, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶⁹ e na

⁶⁷ Art. 5^a, incisos III, XLIX, L e XLVII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Guilherme de Souza Nucci sustenta sobre o princípio da humanidade: “Adotou a Constituição Federal o princípio da humanidade das penas, significando deva o Estado, através da utilização das regras de Direito Penal, pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, buscando o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinquiram, observando-se constituir uma das finalidades da pena a sua ressocialização (art. 1^o, Lei 7.210/84)”.

⁶⁸ Art. V. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes.

⁶⁹ Art. 10.1. Toda pessoa privada da sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁷⁰, como assinala Gomes (2009, p. 476).

Especial importância é a humanização progressiva que é reivindicada pela doutrina e exigida pelos textos legais para o **cumprimento das penas privativas de liberdade**. Este é um postulado mais indiscutível do que o mais problemático, embora também importante, da ressocialização. Tão logo sejam inevitáveis, as prisões devem garantir condições mínimas de humanidade, conforme exigido pelas condições mínimas da ONU (PUIG, 2011, p. 123, grifo do autor, tradução nossa)⁷¹.

Assim, a humanização da pena perpassa pelo aspecto estatal para se centrar na ótica pessoal do apenado, “que a sofre e seus concidadãos que vivem a experiência da aplicação do castigo estatal: nisso reside o plano ‘pessoal’ da pena” (MOLINA, 2012, p. 641).

Punir resgatando a dignidade da pessoa humana degradada do condenado é o primeiro passo necessário para tentar atingir o fim maior da punição, que reside na ressocialização e não, como se fala, em reeducação, pois há ceticismo sobre a busca desse fim por meio da punição, da força e, por que não dizer, dos maus tratos impostos pelo sistema prisional.

2.5 Da legalidade penal

Não se pretende trazer um histórico das origens desse princípio que remonta à *Magna Charta Libertatum*, do Rei João sem Terra de 1215 (FRAGOSO, 1983), e expressamente a *Bill of Rights* da Filadélfia, de 1774, para Fragoso (1983) e 1689 para Dias (2007), visto que já foi exaustivamente abordado pela doutrina penal em inúmeras obras nacionais e internacionais⁷², mas sim apontar que esse princípio⁷³ sempre esteve presente em todas as constituições brasileiras e em seus códigos penais, como aponta Tavares (2018)⁷⁴, sendo na atualidade “universalmente reconhecido em seu sentido básico de garantia essencial do cidadão em face

⁷⁰ Art. 5.º, 2. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

⁷¹ “Especial importancia tiene la progresiva humanización que se reclama por la doctrina y se exige por los textos legales para el **cumplimiento de las penas privativas de libertad**. Es este un postulado más indiscutible que el más problemático, aunque también importante, de la resocialización. En cuanto sean inevitables, las cárceles tienen que garantizar unas condiciones de humanidad mínimas, como lo exigen las condiciones mínimas de la ONU”.

⁷² Sugerem-se as obras citadas em nota de rodapé 80, assim como, dentre outras existentes: Puig (2011); Soler (1970); e Hassemmer (2005), para um conhecimento mais aprofundado do princípio da legalidade penal.

⁷³ Surgiu “[...] no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça criminal.” (FRAGOSO, 1985, p. 90). Para Hassemmer (2005, p. 333), a fé no direito natural acabou com o conhecimento do idealismo alemão e a filosofia política do Iluminismo, “como fonte e diretriz do Direito positivo”.

⁷⁴ “No Brasil, o princípio da legalidade estava disposto na Constituição Imperial de 1824 (art. 179, XI), bem como na Constituição Republicana de 1891 (art. 72, § 15), na Constituição de 1934 (art. 113, inc. 26), na Constituição de 1937 (art. 122, inc. 13), na Constituição de 1946 (art. 141, § 27) e na Constituição de 1967 (art. 150, § 16). Constava também em todos os nossos códigos: Código Criminal do Império de 1830 (art. 1º), Código Penal de 1890 (art. 1º) e Código Penal de 1940 (art. 1º)”.

do poder punitivo do Estado, determinando com segurança a esfera da ilicitude penal” (FRAGOSO, 1985, p. 92).

Constitucionalmente previsto na Magna Carta de 1215 por meio de seu artigo 5º, XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) (BRASIL, 1988), surge “como exigência de natureza política” (FRAGOSO, 1983, p. 94) a sua colocação entre os direitos e garantias fundamentais, sustentando o autor que com a fundamentação jurídica trazida outrora ao princípio da legalidade por Paul Johann Anselm von Feuerbach, o mesmo passou a ser “essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito”⁷⁵. Tavares (2018, p. 60) afirma que com a sua previsão legal (art. 1º do Código Penal de 1940) e constitucional (art. 5º, XXXIX), “pode-se dizer que se trata de uma regra, ou de postulado normativo, que não pode ser flexibilizado”.

O *princípio da legalidade* ou da *reserva penal*⁷⁶, um dos princípios fundamentais do Direito Penal (YACOBUCCI, 2002, p. 126), é o meio pelo qual o Estado exerce com legitimidade o seu *ius puniendi*, vinculando-o ao que prescreve a lei penal – por isso é considerado um dos princípios político-criminais indeclináveis (CONDE, 2005). Constitui “a pedra angular de todo o Direito penal de origem latina” (BUSATO, 2015, p. 147), tendo “uma função decisiva na garantia de liberdade dos cidadãos, frente ao poder punitivo Estatal, desde o século XIII” (idem, 2016, p. 148), ou seja, desde o século das luzes, quando do surgimento do Iluminismo, sendo “um postulado básico do Estado de Direito” (ROXIN, 1997, p. 137)⁷⁷.

Se expressa comumente pelo brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* (LUIZI, 2003, p. 20) – formulação clássica estabelecida por Feuerbach por meio da sua teoria da coação psicológica da pena (FRAGOSO, 1983, p. 94)⁷⁸ – limitando a indevida intervenção estatal ao se apresentar o referido princípio como “um imperativo que não admite desvios nem exceções

⁷⁵ Baratta (1987, p. 623) pontua que o “princípio da reserva da lei impõe limitar o exercício da função punitiva somente às sanções previstas pela lei como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*. Isso exclui, particularmente, a possibilidade de introduzir penas no âmbito de qualquer dos poderes do Estado que não seja o Legislativo. Os outros princípios de limitação formal podem ser considerados, por sua vez, como especificações do princípio da legalidade, entendido em sentido amplo”.

⁷⁶ Nesse sentido, sem fazer distinção Fragoso (1983, p. 90; 1985, p. 89); Soler (1970, p. 107) e Batista (1999, p. 65). Bitencourt (2014, p. 50-51) faz distinção. Para esse autor, enquanto o da legalidade é uma efetiva limitação punitiva do Estado, o da reserva legal exige a formulação legal de determinadas matérias por quem detém competência para tal. Luisi (2003, p. 22), que igualmente faz distinção, sustenta, para nós com acerto, que em se tratando de normas incriminadoras, do da reserva legal decorre a vedação de aplicação do *common law* e da analogia, salvo quando esta for em *bonam parte*.

⁷⁷ No mesmo sentido: Cernicchiaro et al. (1995, p. 17), para quem o “princípio da reserva legal, desde o início, voltou-se para garantia do direito de liberdade, ganhando a sua expressão política, no iluminismo, com a obra do Marquês de Beccaria e o enunciado liberal de Feuerbach”.

⁷⁸ Esclarece Batista (1999, p. 66) que, ao “contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla ‘*nullum crimen nulla poena sine lege*’; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas ‘*nulla poena sine lege*’, ‘*nullum crimen sine poena legali*’ e ‘*nulla poena (legalis) sine crimine*’”.

e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado” (BITENCOURT, 2014, p. 50).

Sobre atuação desse princípio nos regimes políticos, assinala Conde (2005, p. 57) que ele vincula todos os poderes estatais, mas que eventualmente há o esquecimento de que o princípio da legalidade é também um princípio de política criminal, “um postulado que ganhou certidão de nascimento no Direito Penal democrático, precisamente porque uma das características fundamentais de uma democracia é a submissão de todos os poderes à lei, o chamado ‘império da lei’ ou ‘Estado de Direito’” (CONDE, 2005, p. 57).

Ferrajoli (2002, p. 74-75) inclui esse princípio entre os dez axiomas do garantismo penal que integram o sistema garantista penal, sendo que com outros dois (*nulla poena sine crimine* e *nulla lex (poenalis) sine necessitate*) responde às perguntas vistas oportunamente. Divide-o em *mera legalidade* e *legalidade estrita* (idem, 2002, p. 305)⁷⁹. Em síntese, uma distinção lógico-funcional que se atribua à lei faz com que o primeiro seja *condicionante* (*nulla poena nullun cimen sine lege*), por exigir aos magistrados que façam observância obrigatória às leis vigentes a que estão sujeitos, enquanto o outro – *da legalidade estrita* – seja *condicionada* ao se dirigir ao legislador na elaboração de leis penais válidas (ibidem, 2002, p. 306).

Por sua vez, Luisi (2003) aponta que a doutrina penal contemporânea divide o princípio da legalidade, basicamente, em três postulados⁸⁰: 1) fonte de normas incriminadoras; 2) enunciação dessas normas; e 3) validade das disposições penais no tempo. Tendo optado por esse modelo de exposição do que se entende serem as exigências do princípio garantia da legalidade penal, a primeira seria para o da *reserva legal*, a segunda da *taxatividade penal* e a terceira da *irretroatividade da lei penal*, salvo quando mais benéfica (idem, 2003, p. 17-18).

⁷⁹ Para um maior aprofundamento dessa diferenciação, como aponta o próprio autor, recomenda-se uma leitura dos parágrafos 1, 5, 6.3, 7.2, 9, 14.3, 15, 25 e 26 da sua obra “Direito e Razão”.

⁸⁰ “Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (ÁVILA, 2012, p. 143). Tavares (2018, p. 60 e ss) também denomina postulados aqueles que entende serem corolários do princípio da legalidade. Para Fragoso (1983, p. 95) essa divisão seria das múltiplas funções desse princípio. No mesmo sentido, Batista (1999, p. 68). Para Dias (2007, p. 179) seriam fundamentos internos e externos. Aqueles referentes à concepção fundamental do Estado e estes de natureza jurídico-criminal. Hassemer (2005, p. 335), trata esses postulados, fundamentos ou funções como exigências que o princípio da legalidade impõe. Puig (2011, p. 106) entende que são garantias do princípio. Para nós, postulado seria o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo portanto mais adequado se falar, como Hassemer, em exigências que o princípio da legalidade, este uma garantia fundamental, impõe ao legislador e ao aplicador da lei.

Hassemer (1999, p. 22) inclui, em separado – ao contrário de Luisi (2003) que tem como decorrente da *reserva legal* – uma quarta exigência referente à *proibição de analogia*⁸¹, o que para Puig (2011) não passaria, em síntese, de tríplice exigência de *lex praeveia* (proíbe a retroatividade maléfica), *lex scripta* (exclui os costumes como fonte de criminalização e punição) e *lex stricta* (exige precisão da lei na tipificação penal e exclui a analogia *in malam partem*)⁸².

2.5.1 Da reserva legal

Essa exigência (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) do princípio da legalidade⁸³, como fonte de normas incriminadoras, é de origem contraditória na doutrina penal⁸⁴. Está previsto no artigo 1º, do Código Penal de 1940 (“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”) (BRASIL, 1940), o que inclui o princípio da *anterioridade*, ao exigir não apenas previsão legal da conduta incriminadora, mas que essa seja prévia ao fato e à sua consequência jurídico-penal.

Não houve alteração desse dispositivo com a Reforma da Parte-Geral de 1984, tendo alcançado esse princípio o *status* de norma constitucional por meio do art. 5, XXXIX, da Constituição Federal de 1988 (“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) (BRASIL, 1988), podendo-se afirmar que só a lei formal pode formular tipificação penal e a pena inerente à conduta típica, ilícita e culpável⁸⁵. Assim, não é autorizada a formulação de normas incriminadoras por meio de Medidas Provisórias⁸⁶ ou mesmo de decisão judicial⁸⁷, sendo esse princípio constitucional uma garantia penal inarredável do Estado Democrático de Direito.⁸⁸

⁸¹ Luisi (2003, p. 22) inclui no princípio da reserva legal que denomina como primeiro postulado do princípio da legalidade penal.

⁸² Toledo (1994, p. 22), por sua vez, entende que esse, digamos, princípio reitor, se divide em outros quatro princípios: 1) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; 2) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; 3) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; 4) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

⁸³ Pontua Luisi (2003, p. 22): “Do princípio da Reserva, outrossim, decorre – em se tratando de normas incriminadoras – a proibição do direito costumeiro e da analogia como fonte do direito penal. Possível, é, no entanto, tanto a aplicação de normas costumeiras e de analogia, quando “in bonam parte”, ou seja, em benefício do réu”.

⁸⁴ Sobre a origem contraditória, ver Luisi (2003); Hassemer (2005); Roxin (1997).

⁸⁵ Conceito analítico de crime da teoria tripartida do delito.

⁸⁶ Nesse sentido, ver Toledo (1994).

⁸⁷ Em 13 de junho de 2019 o Supremo Tribunal Federal afrontou o princípio da legalidade ao considerar a homofobia e transfobia como crimes de racismo em face de omissão legislativa.

⁸⁸ Registre-se: “Alguns setores da dogmática jurídica falam em Reserva Absoluta e Reserva Relativa. Pela Reserva Relativa, segundo ensina F. Mantovani, - o legislador fixa as linhas fundamentais, delegando o seu detalhamento à administração. Pela Reserva Absoluta, - segundo o Mestre de Florença – só a lei pode disciplinar a matéria criminal, excluindo-se qualquer outro tipo de disciplina normativa, mesmo no concernente aos aspectos secundários e marginais. Também procura distinguir a legalidade formal da legalidade substancial. Esta seria

Sobre esse aspecto, maculando o princípio da reserva legal ou de legalidade estrita, o Supremo Tribunal Federal atuou recentemente quando do julgamento da ADO 26 e MI 4733 que, por maioria, tipificou a homofobia e a transfobia como crime previsto na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989). Atuou como legislador positivo ao criar tipo penal inexistente na lei, ignorando o direito fundamental de não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF; art. 5º, XXXIX), como bem ressaltaram os vencidos Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que sustentaram a necessidade de criminalização das condutas por meio da lei (BRASIL, 2019).

Sem embargo, o argumento de que esse julgamento expressa um protagonismo judicial não se sustenta perante a primária objeção de que essa decisão judicial viola frontalmente a inamovível garantia penal fundamental e democrática da reserva legal para a criminalização de condutas em sociedade, uma vez que aos magistrados, numa democracia, não se pode admitir um poder ilimitado e, portanto, arbitrário, de julgar que dê azo a um atuar judicial *contra legem*, ou seja, que vá *de* encontro ao que prescreve a própria Constituição Federal.

No mais, há de se ressaltar que constitucionalmente a doutrina tem feito a separação entre normas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais. Aquelas referentes às necessárias para formação do Estado, enquanto estas podem ser tratadas pela legislação infraconstitucional.

Refuta-se esse posicionamento, que tem origem na ultrapassada visão da constituição como carta política apenas, sob o argumento de que não mais se pode aceitar em uma democracia que os direitos e deveres individuais e coletivos, ou seja, os direitos e garantias humanas fundamentais, não sejam considerados normas materialmente constitucionais. Nesses se insere o princípio da legalidade que visa a tutelar a liberdade e a igualdade⁸⁹ inerentes a qualquer democracia, por meio de um Estado de Direito, e limitar a intervenção estatal arbitrária e sem previsão legal anterior. Entendimento em contrário faz com que se retorne a tempos sombrios em que a razão de existir de uma sociedade estava no Estado e não ao contrário, afinal, no campo penal “a constituição está na base do projeto da política criminal e opera como garantia contra a arbitrariedade de um mero decisionismo político” (YACOBUCCI, 2002, p. 142)⁹⁰.

anterior, e poderia ser mesmo contra a lei, tendo como fonte uma espécie de direito natural, a ser pesquisado na natureza das coisas. É evidente que a chamada legalidade substancial implica na negação prática da Reserva Legal, posto que só no formal da lei é que se pode explicitar o princípio em análise” (LUISI, 2003, p. 22).

⁸⁹ “O princípio da igualdade, impõe, antes de mais nada, a proibição do arbítrio” (KAUFAMANN, 2004, p. 284).

⁹⁰ “La constitución está a la base del diseño de la política criminal y opera como garantía contra la arbitrariedad de un mero decisionismo político” (tradução nossa).

A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira que traz, dentre outros, no seu artigo 1º, os princípios da dignidade da pessoa humana e cidadania como fundamentais ao Estado Democrático de Direito para, depois, tratar de seus objetivos fundamentais voltados para a sociedade no artigo 3º e em seu artigo 5º, dos direitos e garantias humanas fundamentais.

Essa diretriz constitucional se ajusta ao fato de que no modelo de democracia representativa brasileira *todo poder emana do povo, que será exercido por meios de seus representantes eleitos ou diretamente*⁹¹, bem como comprova que a razão da existência do Estado em uma democracia está na sociedade que o cria, por isso todo governo democrata deve ser exercido em nome *do povo, pelo povo e para o povo*, na exata formulação famosa de Abraham Lincoln.

2.5.2 Da Taxatividade

A Taxatividade penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)⁹², como enunciado das normas incriminadoras, impõe ao legislador que defina com clareza e individualize a conduta tida como criminosa, cominando e individualizando a sanção penal pertinente⁹³, uma vez que o princípio da legalidade “impõe uma exigência ao legislador quanto à linguagem utilizada na formulação da norma penal: a norma deve usar signos linguísticos claros, que possibilitem uma individualização do modelo abstrato da conduta incriminada” (BRANDÃO, 2010, p. 62).

Não basta, assim, uma definição genérica, como “violar a ordem pública” ou “obstruir a justiça” ou “impedir ou embaraçar a investigação”; é preciso que se esclareça o que constitui ordem pública, o que é obstrução da justiça, ou o que é impedir ou embaraçar a investigação, assim como disciplinar as formas e os modos de sua violação ou obstrução (TAVARES, 2018, p. 61).

Nesse sentido, prescreve com acerto Luisi (2003, p. 25) que a “exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei”.

⁹¹ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

⁹² Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme (LUIZI, 2003, p. 24).

⁹³ A taxatividade é uma exigência que encontra seu principal fundamento na índole política (LUIZI, 2003, p. 25).

Essa exigência de taxatividade da lei penal veda a aplicação do direito consuetudinário⁹⁴, contudo, como bem assinala Hassemer (1999, p. 348), na “verdade não se sabe corretamente o que é o direito consuetudinário – especialmente no Direito Penal”, direito aquele que era repellido pela teoria do contrato social, conforme aponta o mesmo autor.

Outra vedação é a interpretação analógica e a analogia *in malam partem* no Direito penal, que corresponderia ao preenchimento de lacunas que possam existir na lei em prejuízo ao infrator.

Uma atuação judicial preenchendo lacunas da lei penal por meio de analogia prejudicial ao infrator (*in malam partem*) é uma atuação arbitrária e de legislador positivo que vai de encontro ao princípio da legalidade, que veda esse atuar num Estado de Direito Democrático. Entretanto, a mesma pode ocorrer se o caso for um regime totalitário que considere, dentre outros que possam existir, o *sentimento do povo* para criminalizar, como ocorreu no nazismo, mas é possível afirmar que a “proscrição da analogia – concretizada mediante o princípio da legalidade penal – pertence hoje ao acervo de todos os países civilizados do mundo” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 168). Por isso, não basta apenas que se esteja num Estado de Direito, porque nele estava o III Reich, mas sim que o mesmo se dê numa democracia onde se tem como base de sustentação a liberdade e a igualdade.

Hassemer (1999, p. 335) aponta que há situações que fazem o legislador não ter interesse na lei certa, bem como motivos “para, em face das dificuldades que a precisão das leis traz consigo, persistir cada vez mais no aperfeiçoamento e para comprovar criticamente a linguagem da lei sob o ponto de vista da *lex certa*”, esta tida como mandamento de certeza, consequência obrigatória de um sistema penal que procura codificar suas leis escritas.

Esse exigível *mandamento de certeza*, também conhecido como *mandamento de determinação (lex stricta)*, é uma exigência de precisão na tipificação penal que exclui a analogia *in malam partem*, a aplicação do direito consuetudinário e o arbítrio judicial (PUIG, 2011, p. 107), contudo, como bem pontua Sánchez (2013, p. 122), o Direito Penal da globalização está conduzindo a um “manifesto abandono do *mandato de determinação* nos tipos que, com toda probabilidade, passarão a configurar o Direito Penal da criminalidade

⁹⁴ Para mais informações, ver Hassemer (2005).

transnacional”⁹⁵, um dos nefastos pontos que levam à relativização da *lex certa* como garantia de limites à intervenção estatal indevida⁹⁶.

2.5.3 Da irretroatividade da lei penal

Com relação a essa exigência – consequência, para Roxin (2000, p. 140) – de validação das normas penais no tempo, não se permite a retroatividade *in malam partem*, mas apenas *in bonam partem* se a norma penal material posterior for de algum modo mais favorável ao infrator. É o momento do fato e da vigência da lei penal que vai definir a viabilidade, excepcional, de retroatividade benéfica da lei posterior, sendo que a “exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei” (LUISI, 2003, p. 25).

Ferrajoli (1995, p. 307) decompõe o princípio da legalidade em dois princípios, que denomina de garantistas específicos: 1) o da irretroatividade da lei penal e 2) o da vedação da analogia penal *in malam partem*. Aquele “corolário do princípio de mera legalidade”, e este do princípio da legalidade estrita.

Para esse jusfilósofo, é possível se afirmar que a tipicidade penal prevista em lei, por ser adequada ao princípio da legalidade estrita, é verdadeira ou falsa “em relação aos fatos que examinam” (FERRAJOLI, 1995, p. 308), de forma a não deixar espaço à analogia *in malam partem*, mas não à *in bonam partem*, uma vez que a vedação se dirige, “conforme o critério geral do *favor rei*, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial do âmbito legal da punibilidade” (FERRAJOLI, 1995, p. 308).

Por sua vez, Dias (2007, p. 194), ao tratar da irretroatividade penal e da aplicação da lei penal no tempo, acentua que esse problema se resolve por meio do denominado direito intertemporal, que veda a retroatividade de tudo que funcione contra o acusado ou *in malam partem*, satisfazendo “a exigência constitucional e legal de que só seja punido o facto descrito e declarado passível de pena por lei **anterior ao momento do facto**”, um dos pilares essenciais de todo Estado de Direito (grifo do autor).

⁹⁵ Conde (2005, p. 65), sobre os riscos que enfrentam as sociedades modernas e a necessária ampliação e intervenção jurídica penal, sustenta que a Dogmática Penal, em nome dos princípios político-criminais indeclináveis (legalidade, lesividade, culpabilidade etc.) deve oferecer resistência a essa evolução por meio de “um entendimento estrito das funções do Direito Penal no Estado de Direito e o caráter de *ultima ratio* e o princípio de intervenção mínima do Direito Penal”.

⁹⁶ Para um maior aprofundamento dos pontos que podem conduzir o legislador à incerteza da tipificação penal, ver Hassemer (2005, p. 335-341).

Decorre, portanto, da proibição de analogia *in malam partem* a vedação do uso penal da interpretação extensiva e, em contrapartida, o dever de se fazer uso de interpretação restritiva das normas penais.

Recentemente, em 26 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal no AgR no RE 1237572, por maioria, se utilizou da proibição de interpretação extensiva para dar provimento no agravo ao sustentar que acórdão confirmatório de sentença condenatória também interrompe o prazo prescricional (BRASIL, 2019).

O artigo 117 do Código Penal que trata das causas interruptivas da prescrição, notadamente na redação dada ao inciso IV pela Lei n. 11.596/2007 dispõe, *in verbis*: “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:[...] IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis” (BRASIL, 2007).

Com efeito, uma interpretação restritiva dessa norma penal não permite se estender à *publicação de acórdãos confirmatórios de sentença condenatória*, simplesmente porque não condenam, apenas confirmam o decreto condenatório do juízo singular. Entendimento em contrário é fazer uso da vedada interpretação extensiva no campo penal “por obra da discricionariedade judicial do âmbito legal da punibilidade” (FERRAJOLI, 2002, p. 308).

De qualquer forma não há que se admitir penalmente a interpretação judicial extensiva ou *in malam partem*, assim como a retroatividade da norma incriminadora mais gravosa a fatos anteriores à sua vigência, alcançados pela legislação vigente à época.

Sobre esse aspecto:

A proibição de retroatividade se estende também à variação da jurisprudência, já consolidada pelos Tribunais em súmulas ou decisões repetidas, quando essa implique não apenas uma alteração de concepção jurídica, senão uma forma de integração legislativa. Haverá integração legal e não apenas diversidade de interpretação todas as vezes em que a decisão judicial acrescentar ao enunciado legal outro elemento nele não previsto e nem autorizado pela própria lei mediante o recurso da interpretação analógica (TAVARES, 2018, p. 64).

Num Estado de Direito, entendido como o que obriga por quem detém o poder o respeito às leis em vigor, há que se registrar que nada obsta que se produzam leis que autorizem um déspota a governar com mão de ferro com auxílio de um legislativo e um judiciário comprometido em assegurar a vigência do regime de exceção, como ocorreu no nazismo, criando com isso um grande paradoxo.

Assim, se faz necessária a existência de mais que um Estado de Direito para a fiel observância da irretroatividade das normas penais mais gravosas, de algo que está além na contemporaneidade, ou seja, de um Estado Democrático de Direito onde se encontra a

necessidade das autoridades constituídas continuarem a fazer rigorosa observância à lei, mas também de terem um atuar legítimo ao respeitarem os valores supremos da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana – pilares de toda e qualquer democracia.

2.6 Da necessidade e utilidade social da pena

Quando se fala nos princípios da *necessidade* e da *utilidade social* é possível abordá-los no antecedente que se refere à tutela penal de bens jurídicos essenciais, ou no consequente que diz respeito à punição.

A *necessidade*, subprincípio da proporcionalidade penal, reclama que para “uma intervenção penal nos direitos fundamentais seja necessária, não deve existir nenhum outro meio alternativo que revista pelo menos da mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto e que seja mais benigno com o direito afetado” (PULIDO, 2013, p. 130)⁹⁷, por isso mesmo esse princípio “faz parte do ideário iluminista e está assentado, em sua origem, no propósito de limitar a imposição da pena” (TAVARES, 2018, p. 74).

Esta pesquisa se situa na consequência do delito, ou seja, na punição e a na influência desses princípios. Não se trata do fundamento ou finalidade da pena, mas sim que há de se aquilatar em que medida a pena privativa de liberdade é *necessária* “quando olhamos e valoramos a pena e o seu sentido” (COSTA, 2005, p. 210)⁹⁸ e, conseqüentemente, tem *utilidade social* a sua aplicação ao apenado, o que Puig (2003) faz ao tratar do princípio da utilidade na intervenção penal em “limites del *Ius Puniendi* en un Estado Social”:

Se o Direito penal de um Estado social se legitima somente enquanto protege uma sociedade, perderá sua justificação se sua intervenção se demonstrar inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. O **princípio da necessidade** conduz, pois, a uma **exigência de utilidade**. Isto representa de

⁹⁷ Tavares (2018, p. 74) assinala que “o princípio da necessidade impõe ao Estado que só criminalize uma conduta quando demonstrar que a lesão ou o perigo concreto de lesão de bem jurídico tenha se salientado como de alta magnitude, de modo a constituir um atentado que não possa ser tolerado por qualquer pessoa”.

⁹⁸ Sobre essa questão se posiciona José de Faria Costa (2005, p. 210), em nota de rodapé (10), que diz: “É óbvio que uma coisa é tenta descortinar o *fundamento*, outra a *finalidade* e outra ainda a *necessidade* quando olhamos e valoramos a pena e o seu sentido. No primeiro caso, procurar o fundamento é o indagar dos *porquês* mais densos que podem justificar a pena. No entanto, se o nosso horizonte é a finalidade da pena, manifesto se torna, então, que os juízos se enfileiram na lógica do *para quê* e aí se estabilizam. Porém, fácil é de ver que se se arranca do pressuposto de que a pena é uma necessidade – uma inevitável necessidade, passe o pleonismo –, isso implica que a reflexão sobre a pena se confina ao seu *se*. Por outras palavras e relativamente ao último ponto: o nosso campo de interrogação fica limitado ao sentido de sabermos quando a pena é necessária e se o é efetivamente. Estes três horizontes de compreensão mostram-se, como se viu, susceptíveis de serem claramente diferenciáveis e diferenciados. Porém, é bom não esquecer que, não poucas vezes, aparecem sobrepostos ou entrecruzados nas reflexões que se fazem sobre a pena. E daí não vem mal ao mundo. A única coisa que é preciso ter em conta, nessas circunstâncias, é a de estar atento para poder joeirar”..

repente a questão de se realmente o Direito penal serve para evitar delitos (grifo do autor) (PUIG, 2003, p. 116, tradução nossa)⁹⁹.

Dias (1999), sobre a *necessidade de tutela penal* que antecede a punição propriamente dita, sustenta:

A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente *subsidiária* (DIAS, 1999, p. 78).

Na punição não há *necessidade* da pena de prisão se ela não expressa qualquer *utilidade* que a justifique perante a relação de causalidade entre a ação e o resultado, que não cause qualquer ameaça substancial de lesão ou lesão ao bem jurídico-penal essencial tutelado penalmente, ou mesmo se mostre *ineficaz*¹⁰⁰e, consequentemente, *inútil socialmente*, devendo-se buscar uma pena alternativa que seja necessária e útil socialmente para os fins da pena, estando presente nesse pensamento uma das faces do princípio da proporcionalidade.

Para parcela da doutrina defensora de um Direito Penal que não se destine a tutelar bens jurídicos essenciais, mas sim a assegurar a vigência da norma, a simples violação da norma autoriza, em tese, reconhecer a *necessidade e utilidade social* da pena, afinal, na lógica hegeliana, se o crime é a negação do direito e a pena é a negação do crime, bem como que se a negação da negação é uma afirmação, logo, a pena reafirma a validade do ordenamento jurídico violado (BRANDÃO, 2010, p. 84).

Nesse ponto afasta-se dessa doutrina penal minoritária para se acompanhar a majoritária de que o Direito Penal deve proteger bens jurídicos essenciais¹⁰¹, posicionamento que vai *ao* encontro aos axiomas *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade)¹⁰² e *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa)¹⁰³, que juntamente com outros

⁹⁹ “Si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El **principio de necesidad** conduce, pues, a la **exigencia de utilidad**. Esto plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos”. Tradução livre: Se o Direito penal de um Estado social se legitima somente enquanto protege uma sociedade, perderá sua justificação se sua intervenção se demonstrar inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. O princípio da necessidade conduz, pois, a uma exigência de utilidade. Isto representa de repente a questão de se realmente o Direito penal serve para evitar delitos.

¹⁰⁰ La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que *no han delinquido y acaso lo hubieran hecho* de no concurrir la amenaza de la pena (PUIG, 2011, p. 117).

¹⁰¹ Para um aprofundamento sobre a função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos, sugerimos a leitura, dentre outros autores, Roxin (2009); Hassemer; Conde, (1989).

¹⁰² De onde se extrai o princípio da intervenção mínima.

¹⁰³ De onde se extrai o princípio da lesividade.

oito eleitos por Ferrajoli compõem o *sistema garantista*, na sua obra “Direito e Razão” (2002, p. 74).

Assim, constata-se que essa enumeração dos axiomas tem um sentido crescente próprio no denominado sistema ferrajoliano, no caso, de que não há lei penal sem necessidade (terceiro axioma) e que não há necessidade dela se não há ofensa (quarto axioma), esta que se refere a bens jurídicos tidos como essenciais, visto que a norma penal vigente, por si só, pode ser violada e não ofendida.

A *necessidade e utilidade social* da pena na contemporaneidade demandam um olhar ético-filosófico de sua justificação, de forma a afastar ou amenizar o inumano sistema prisional.

O Direito Penal serve ao sistema de controle social imposto pelos governantes, mas também como meio de limitação da intervenção estatal que afete os direitos fundamentais e a tutela de bens essenciais em face do princípio da legalidade que atua na cominação, aplicação e execução da pena. Daí se extrai a sua *necessidade e utilidade social*.

Nesse sentido, Beccaria (1998, p. 85), ao sustentar que o fim das penas não poderia ser outro senão de impedir que o infrator voltasse a praticar danos aos concidadãos e dissuadir outros de assim se conduzirem, traz implicitamente a lógica da *necessidade e utilidade social* da pena estar presente, bem como da *necessidade e utilidade* de tutelar os bens essenciais e não, diria, cegamente e tão-somente assegurar a vigência da norma e tratar como inimigos sociais os seus violadores contumazes¹⁰⁴.

2.7 Da proporcionalidade penal

A proporcionalidade entre os delitos e as penas já era reclamada quando do iluminismo por Beccaria (1998, p. 72), sendo que a Constituição Federal brasileira exige a sua observância quando da individualização da pena e da admissão de penas mais rigorosas para crimes mais graves¹⁰⁵, devendo-se admitir que de fato “o princípio da proporcionalidade deve limitar toda intervenção estatal que afete a direitos do cidadão, e supõe uma exigência constitucional quando, como é o caso em princípio do direito penal, a intervenção estatal afeta os direitos fundamentais”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Rousseau (1987, p. 52) sustentava: “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 reconhecera tal ao menos por sua residência, dever ser isolado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público. Porque, não sendo tal inimigo uma pessoa moral, mas um homem, então o direito da guerra é o de matar o vencido”.

¹⁰⁵ Art. 5º, XLVI, XLVII, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁰⁶ “El principio de proporcionalidad debe limitar toda intervención estatal que afecte a derechos del ciudadano, y supone una exigencia constitucional cuando, como ocurre en principio en Derecho penal, la intervención estatal afecta a derechos fundamentales” (PUIG, 2003, p. 127, tradução nossa).

Há uma tese que diz respeito à relação entre a legislação penal e os direitos fundamentais, exigindo proporcionalidade entre a tipificação de um crime e a aplicação de uma pena que representa uma intervenção nos direitos fundamentais (PULIDO, 2013, p. 118). Essa tese tem como fundamento a “ideia de que a Constituição protege a liberdade geral de ação com normas de direito fundamental” afinal, como aponta o autor, em face de posição firmada pela jurisprudência constitucional da Colômbia, “toda lei penal é uma intervenção no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que toda pena é uma intervenção na liberdade pessoal ou no direito que resulte afetado” (idem, 2013, p. 120).

Bitencourt (2014, p. 66-67), ao tratar do modelo político nacional e das consequências jurídicas de uma constituição dirigente, assinala que a primeira delas se expressa no princípio da proporcionalidade como garantia de legitimação e limitação da legislação infraconstitucional, por meio de “um *vínculo constitucional* capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada” (grifo do autor).

Nesse sentido, a proporcionalidade entre a pena e o delito praticado contribui para os fins, assim entendidos, da prevenção geral e especial (PRADO, 2004), assim como para a necessária proporcionalidade entre a punição imposta e as condições humanas em que é submetido o apenado – que não é coisa ou objeto no cumprimento da pena –, sob risco da legitimidade do poder de punir concedido ao Estado restar fragilizada por desrespeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, com acerto, o legislador trouxe a possibilidade de prisão domiciliar no Capítulo IV do Título IX (Da Prisão, Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória) quando, por meio das Leis n. 12.403/2011; 13.257/2016 e 13.769/2018 deu nova redação e/ou incluiu os dispositivos dos artigos 317, 318, 318-A, 318-B e 319 do Código de Processo Penal Brasileiro¹⁰⁷ (BRAIL, 2011, 2016, 2018).

Por outro lado, proporcionalidade e razoabilidade não se confundem como consigna Bitencourt (1993), mas estão umbilicalmente ligadas, sendo esta – razoabilidade – corolária daquela. Razoável é “aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum” (BITENCOURT, 1993, p. 68), o que se amolda à razoabilidade da punição em Aristóteles, que “se justifica em função dos efeitos buscados, que estão indexados ao futuro” (ARISTÓTELES, 2017, p. 48).

Onde há desproporcionalidade falta razoabilidade, esta que controla aquela, razão pela qual “a ideia de proporcionalidade não somente é necessária para limitar as medidas, senão

¹⁰⁷ Os artigos 317 a 318-B dizem respeito à prisão domiciliar, enquanto o artigo 319 diz respeito às medidas cautelares diversas da prisão.

também para **graduar as penas**, por isso há de se elevar no princípio geral de todo o direito penal” (PUIG, 2011, p. 127, grifo do autor)¹⁰⁸.

Do princípio da proporcionalidade (PULIDO, 2013)¹⁰⁹ se extraem as vertentes da “proibição de excesso (*übermassverbot*) e a *proibição de proteção deficiente (untermassverbot)*” (GRECO, 2016, p. 10), sendo aquela referente à vedação ao legislador de fixar medidas excessivas na relação entre preceitos primários e secundários das normas penais incriminadoras a serem configuradas *in concreto* diante da tutela dos bens jurídico-penais (PULIDO, 2013, p. 128-129), e esta – *proibição de proteção deficiente* – igualmente àquela, também se aplica no controle de constitucionalidade das leis penais, “mas desde o ponto de vista da satisfação das exigências impostas pelos direitos de proteção” (idem, 2013, p. 133).

Há de ressaltar que, para Duque (2014, p. 389), o princípio da proporcionalidade é parte integrante “do trabalho jurídico, voltado, de maneira geral, ao combate contra a prática de excessos”, tudo indicando que a vertente *proibição de excesso* “é empregado como conceito maior para as exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (que são considerados preceitos parciais no exame da proporcionalidade), a fim de que seja evitado um duplo emprego do termo ‘proporcionalidade’” (DUQUE, 2014, p. 389).

2.8 Da individualização da pena

O princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) se manifesta nas esferas legislativa, judicial e executória, sendo uma garantia penal do jurisdicionado, um direito fundamental que deve ser de rigorosa observância por parte das autoridades públicas competentes. Esse princípio “trata de conjugar o princípio humanitário ao princípio de culpabilidade individual, procurando ajustá-los aos fins da pena no caso concreto” (BUSATO, 2015, p. 209).

¹⁰⁸ “La idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para **graduar las penas**, por lo que ha de erigirse em principio general de todo el Derecho penal” (grifo do autor, tradução nossa).

¹⁰⁹ Pulido (2013, p. 127-128) sustenta que a “aplicação do princípio da proporcionalidade parte da hipótese de que a liberdade e os demais direitos fundamentais devem ser interpretados de maneira ampla, como princípios que ordenam que seu objeto se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que atuem em sentido contrário. Esta hipótese surge como uma alternativa argumentativa, que leva em conta as relações entre os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais e que pretende superar os problemas que enfrentam as teses intuicionistas e absolutas do conteúdo mínimo. A aplicação do princípio da proporcionalidade implica em admitir que os direitos fundamentais têm dois conteúdos: um conteúdo *prima facie* e um conteúdo definitivo. O conteúdo *prima facie* compõe-se de todas as faculdades que podem ser adstritas ao direito quando este é interpretado de forma ampla. Este conteúdo é *prima facie* porque pode entrar em colisão com o conteúdo de outros direitos e bens protegidos pela Constituição e, neste caso, pode ser restringido legitimamente pelo legislador”.

Na *esfera legislativa*, como previsto constitucionalmente, cabe ao legislador infraconstitucional individualizar a pena de todo crime com proporcionalidade, o que eventualmente não tem sido feito como se nota, levando-se em consideração os bens jurídico-penais tutelados. Por exemplo: na cominação legal do *homicídio*¹¹⁰ a pena mínima é de reclusão de seis anos, enquanto na *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais* a pena mínima abstratamente cominada é de reclusão de dez anos, e multa¹¹¹, o que inclui a absurda hipótese da falsificação de um cosmético.

Na *esfera judicial* cabe ao aplicador da lei, quando for proferir a sentença condenatória, sustentando Cernicchiaro (1995, p. 118) que a “individualização significa adaptar a pena ao condenado, consideradas as características do agente e do delito”, ou seja, quando da aplicação da pena não há como desassociar o direito penal do fato do direito penal do autor, porque ao se fixar a pena-base, por exigência legal, o julgador deve analisar, dentre outras circunstâncias judiciais, a conduta social, os antecedentes e a personalidade do agente do fato nos termos do artigo 59 do Código Penal.

A individualização da pena, com base no critério trifásico de Nelson Hungria (art. 68 do CP), adotado pela Parte-Geral do Código Penal quando da sua Reforma em 1984, reclama o respeito à lei e ao princípio da proporcionalidade em todas as fases da aplicação da pena.

Nesse ponto, registra-se que, por uma questão de política criminal, a jurisprudência vem sustentando por meio do enunciado da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça¹¹² a impossibilidade, da pena, ficar aquém do mínimo legal, em havendo a presença de circunstância legal atenuante.

Essa posição jurisprudencial é *contra legem*. O artigo 65 do Código Penal que prevê as circunstâncias legais atenuantes é uma norma cogente que expressa, antes de apresentar o seu rol taxativo dos incisos I a III, enfaticamente no *caput* do citado artigo que essas circunstâncias *sempre atenuam a pena*, ou seja, o legislador não autoriza por meio do advérbio *sempre* que o judiciário flexibilize o preceituado na norma penal, sendo uma questão que diz respeito à dogmática penal e não à política criminal.

¹¹⁰ Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a 20 anos.

¹¹¹ Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

¹¹² A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Lado outro, não macula o princípio da individualização da pena no âmbito legislativo que antecede o judicial como se tem sustentado.

A individualização da pena pelo legislativo se encerra quando da previsão legal de uma sanção penal com um mínimo e máximo abstrato, de uma pena privativa de liberdade vinculada a uma norma penal incriminadora.

Ao se iniciar a aplicação da pena, nos termos do artigo 68 do Código Penal, com a fixação da pena-base na primeira fase, levando-se em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, começa judicialmente a individualização da pena, sendo a fase seguinte, a da análise das circunstâncias legais atenuantes e agravantes, o prosseguimento da individualização judicial da pena na segunda das três fases legais.

Assim, desrespeito haveria se quando da fixação da pena-base o aplicador da lei não respeitasse o mínimo e máximo de sanção penal individualizada pelo legislador para o crime que está sendo objeto da sentença judicial de condenação. Iniciada essa individualização na esfera judicial, respeitando-se a individualização prevista em lei, a fase seguinte nada mais é que um desdobramento da anterior, por força do artigo 68 do Código Penal.

O receio de restar uma pena aplicada aquém do mínimo legal nessa 2ª fase da aplicação da pena não autoriza a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmar entendimento *contra legem*, até porque para tal ação na aplicação da pena, em sendo desproporcional, há o recurso próprio previsto na legislação processual penal.

No âmbito da individualização executiva ou administrativa que se dá quando do cumprimento da pena por parte do criminoso, igualmente às demais, o princípio da proporcionalidade deve ser respeitado com a observância dos direitos e garantias fundamentais dos incisos, XLVIII, XLIX e L do artigo 5º da Constituição Federal¹¹³ e artigo 5º e ss. da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984)¹¹⁴.

Sobre esse aspecto, há de consignar que de relevante

[...] no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa. [...] à luz de um perfil histórico pode-se afirmar estarem presentes na individualização da pena

¹¹³ Art. 5º, XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; art. 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; art. 5º, L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

¹¹⁴ Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

instâncias objetivas e subjetivas. [...]. Neste processo individualizador objetivo se insere o princípio da proporcionalidade. A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais. De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinquente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução (LUISI, 2003, p. 55-56).

Esse viés executório da individualização da pena, dentro desse princípio, tem implicação na problemática de *como punir*, abordado no próximo e último capítulo.

3 PUNIÇÃO POR MEIO DA PENA DE PRISÃO

3.1 Considerações iniciais

A pena de prisão privativa de liberdade, nos seus regimes mais gravosos¹¹⁵, é cumprida numa penitenciária (etimologicamente penitência + ária) (HOUAISS; VILLAR, 2004, p. 2178), esclarecendo Bitencourt (1993, p. 21) que “do vocábulo penitência, de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras penitenciário e penitenciária”.

A punição exercida por intermédio da pena privativa de liberdade reclama profundas reflexões que a justifique eticamente como algo excepcional, não como regra, pois a história tem demonstrado que a prisão não é a solução para a contenção da criminalidade; muito pelo contrário, incrementa-a no âmbito interno e externo por meio da reincidência daqueles que não lhes é dada qualquer chance de restaurar a sua dignidade degradada, afinal “a prisão, nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico” (FOUCAULT, 1999, p. 18), não bastando empiricamente a restrição da liberdade sem que esteja aliada à promoção da reinserção social do condenado.

Nesse sentido, se a pena de prisão num sistema prisional que tem se revelado indigno e imoral não tem servido para a reconstrução do condenado e para controlar a crescente criminalidade ao longo do tempo, serviria então para quê?.

Com efeito, para haver razão de se persistir com a pena de prisão, necessariamente ela há de ter efeitos positivos e maximizantes sobre as pessoas desviantes e não desviantes na sociedade, minimizando a violência estatal das penas desumanas e desproporcionais sobre aqueles, persuadindo-os a não praticar novos crimes e, ao mesmo tempo, maximizando o efeito dissuasório perante a coletividade com tendências desviantes, ou seja, há de ser ter um novo olhar utilitarista da pena de prisão, como bem assinala Luigi Ferrajoli (2002) – talvez não no exato sentido defendido por esse importante filósofo do direito.

Ora, nesse sentido, a punição por meio da pena de prisão exercida contra aquele que causou um mal a um bem tutelado juridicamente não pode ser um fim em si mesma, sob pena de se tornar vazia de conteúdo, este que se revela no processo e em condições dignas em que se deve dar o cumprimento da pena privativa de liberdade do condenado.

A prisão como fim em si mesma só pode ser admissível quando voltada para aprisionar feras que atendem aos seus instintos naturais e necessitam eventualmente de contenção, não ao

¹¹⁵ Os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade são os fechado, semiaberto e aberto. Os dois primeiros são os mais gravosos, por serem inicialmente cumpridos em celas trancafiadas de uma penitenciária, enquanto o último é na denominada casa do albergado.

humano que mesmo sendo um desviante contumaz tem no seu aprisionamento um caráter temporário por não existir no ordenamento jurídico a pena de prisão perpétua.

Nesse sentido, há de se dar condições ao condenado de regenerar a sua dignidade degradada para o seu retorno ao convívio social, dando-lhe tratamento humano e digno no cárcere que exclua a promiscuidade, a insalubridade e a falta de esperança de poder ter uma vida melhor no pós-cárcere. Do contrário, apenas se estará excluindo socialmente por tempo limitado os indesejáveis que causam desequilíbrio social com suas ações, tornando-os invisíveis para com a futura liberdade voltarem a serem visíveis, talvez com maior intensidade do que antes, na prática de novas condutas desviantes, reingressando num círculo vicioso e perigoso de prisão e liberdade.

O homem, embora produto do meio, no sentido kantiano, não deixa de ser um fim em si mesmo, não sendo moralmente aceitável que seja tratado, na condição de desajustado social, como produto ou objeto de uma exclusão social, sem perspectivas concretas de um retorno ao convívio social. Ainda que corretamente haja restrições à liberdade e a certos direitos, não se pode esquecer que o desviante se trata de uma pessoa, um sujeito de direitos por excelência e, por isso mesmo, moralmente, há dificuldade de aceitar que a sua punição seja aplicada para servir de exemplo para os denominados não desviantes que integram a mesma sociedade.

Entretanto, não se pode deixar de ressaltar que a punição do condenado deve gerar maior desvantagem que a vantagem obtida pela prática do delito, no que para isso não é preciso necessariamente punir menos, mas sim punir melhor. Como bem consigna Foucault (1999, p. 79), na regra da quantidade mínima da “semiotécnica com que se procura armar o poder de punir”, de que “um crime é cometido porque traz vantagens. Se à ideia do crime fosse ligada a ideia de uma desvantagem um pouco maior, ele deixaria de ser desejável” (idem, 1999, p. 79).

Ao longo do tempo, de uma forma ou de outra o homem tem sido sempre tratado como meio nas punições para que o mal passado praticado pelo desviante pudesse ser restabelecido, e justificasse a punição sofrida para dissuadir outros da prática criminosa.

Não se fomenta empiricamente o resgate da dignidade deteriorada do desviante e o tratamento da dignidade violada da eventual vítima que anseia, em muitos casos, por vingança, mas apenas a retribuição da violência praticada por meio de uma violência institucionalizada e mais cruel em face de todo o aparato estatal colocado à disposição de seus agentes, o que faz com que a legitimação externa da punição acabe por deslegitimar a interna.

Pune-se alguém quando a sua conduta causa um mal, um desequilíbrio, à necessária convivência social pacífica. Se pune, em verdade, quando há necessidade de se pagar o mal causado por um mal institucionalizado e transvestido de digno, com o intuito também de

desestimular aqueles com tendências desviantes em sociedade, sem se saber ou dever se saber *como punir* eticamente o delinquente que tem, repita-se, a sua dignidade humana degradada, propiciando, com efetividade, condições de sua reinserção social.

Nesse sentido, partindo da premissa de que se vive numa sociedade do controle, não se pode deixar de considerar que a punição por meio da prisão¹¹⁶, “uma exigência amarga, mas imprescindível” (BITENCOURT, 1993, p. 11), exercida por quem tem o controle sobre os controlados, ao contrário do que ocorre, há de ser empregada com racionalidade e ética para se restabelecer o equilíbrio na convivência social pactuada numa sociedade de risco, de forma a se obter uma real justificação externa e interna da pena de prisão.

Estando falido estruturalmente esse modelo de punição por meio da pena privativa de liberdade, persiste a indagação fulcral desta pesquisa de *como punir*?

Não se objetiva ousar apresentar algum modelo alternativo, mas apenas levar a críticas reflexões do modelo que se tem e que se quer sobre *como punir*.

Essas e outras indagações sobre a punição por meio da pena privativa de liberdade hão de encontrar justificações externas e internas que se harmonizem de forma a dar credibilidade a um novo modelo mais criativo e humano, coisa que bem faz Ferrajoli (2002) na sua obra *Direito e Razão*, mas sempre recheadas de pensamentos críticos fundamentados, de dúvidas para que se possa obter o conhecimento com questionamentos pertinentes e responsáveis por meio do método próprio, pois a história retrata o descaso estatal para com essas fundamentais questões que, bem enfrentadas, veem o homem como um fim em si mesmo, não um meio.

3.2 Por que punir?

Questão atinente à teoria dos fins da pena já abordada no primeiro capítulo, mas aqui revisitada *an passant* para fins didáticos. Ferrajoli (2002, p. 260) sustenta a necessidade de, por meio dos planos metateórico¹¹⁷ e metaético (BONELLA, 2015) esclarecer, sob uma leitura filosófica, “os vários estatutos epistemológicos dos problemas expressos por meio da questão ‘por que punir?’” (FERRAJOLI, 2002, p. 260).

Sustenta que essa indagação pode ser compreendida sob dois sentidos diversos: a) o problema do *porquê* da pena sob o viés científico, admitindo, portanto, respostas empíricas formuladas como proposições empíricas, suscetíveis de serem consideradas verdadeiras ou falsas; b) o mesmo problema sob o viés filosófico, em especial da filosofia moral ou política,

¹¹⁶ “Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o condenado” (BITENCOURT, 1993, p. 12).

¹¹⁷ É a análise e discussão que se faz dos postulados e princípios de uma teoria.

que admitem respostas de caráter ético-político elaboradas como proposições normativas que, como tais, não são nem verdadeiras e nem falsas, mas tão-somente justas ou injustas, aceitáveis ou inaceitáveis (FERRAJOLI, 2002, p. 260).

Neste pequeno espaço será feita uma rápida abordagem do problema, concentrando-se no viés filosófico, buscando uma fundamentação ética da punição. Para tanto, questiona-se:

Por que punir? Essa pergunta que se encontra implícita no debate sobre o crime permanece atualíssima e para que possamos, pelo menos situá-la racionalmente no âmbito do espaço público, é necessário recuperarmos para a cultura cívica nacional algumas indagações sobre a natureza da pessoa, da sociedade e do crime. A pessoa como agente moral – ser dotado de razão e autonomia – constrói a sociedade, o Estado e estabelece leis comuns com vistas a preservar, precisamente, a sua dimensão moral maior. A condição de sobrevivência da sociedade reside, assim, no reconhecimento, antes da própria explicitação do sistema de normas jurídicas, de um conjunto de valores fruto da consciência moral de cada indivíduo. Essa ideia que se encontra nas teorias contratualistas da justificação da sociedade, do estado e do direito (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 292).

Então, inegavelmente, o foco está na pessoa, no indivíduo, que independentemente de sua condição de vítima ou infrator é dotado de dignidade humana, que deve ser respeitada dentro da mesma sociedade da qual se origina.

Dentre os movimentos que agitam um direito penal libertário, é forçoso reconhecer que o absolutismo penal e o garantismo penal são teorias que têm dado importante contribuição à teoria ética da punição, pois são teorias que se originam “de uma compreensível reação às penas desumanas, aviltantes e a sistemas penitenciários que se transformaram em fábricas de criminosos, tanto na pessoa do criminoso, quanto na pessoa do executor das sentenças penais” (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 292).

Quando se fala em garantismo penal, não se fala da sua linha mais radical, denominada hiperbólica monocular¹¹⁸, mas sim do garantismo integral de Ferrajoli (2002), também conhecido como utilitarismo reformado, que:

[...] consiste na tutela de valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra interesses da maioria, é o fim justificador do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos mais fracos mediante regras de jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito também da sua verdade (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 291).

¹¹⁸ É aquele que se preocupa exclusivamente com os interesses do investigado/acusado, de forma exorbitante, visando proibir restrições excessivas de seus direitos fundamentais.

Assim, diante do movimento punitivista que nos assola no dia a dia, decorrente do *direito penal máximo* ou *movimento lei e ordem*, é preciso constantemente revisitar as questões referentes ao “por que punir?”, “para que punir?” e “como punir?”. Muitos fazem uma correlação entre o aumento da criminalidade e a ausência de punição do infrator, ou seja, a impunidade que é questionável na sua realidade, como será abordado adiante.

3.3 Punir, para quê?

Outra questão afeta a teoria dos fins da pena, analisado no capítulo primeiro, mas aqui revisita-se para adiante conectar com o *como punir*. Assenta-se que há de se aplicar alguma punição a todo aquele que viola uma norma de conduta, seja no âmbito familiar ou social, como medida necessária ao restabelecimento do *status quo* das relações interpessoais abaladas no convívio social, mas inevitavelmente há de se fazer observância quando da punição da relação de causa e efeito com razoabilidade e proporcionalidade, o que diz respeito a *como punir?*.

Se a punição visa a restabelecer o equilíbrio e controle das relações sociais, há de se punir as condutas que efetivamente causem abalo aos bens jurídico-penais tutelados pelo Estado, não sendo razoável que se puna igualmente dois infratores que praticaram a mesma conduta, quando a lesão ocasionada por um seja considerada insignificante por uma vítima em relação à outra vítima.

Por que movimentar, de ofício, a máquina estatal para punir alguém que foi lesionado, por exemplo, em seu patrimônio, sem violência ou grave ameaça? Não deveria se deixar à disposição da vítima representar às autoridades competentes para as providências legais? Não seria, no exemplo, a própria vítima que teria que se sentir lesada ou não? Afinal, não é uma das vantagens da Teoria da Moral do Contrato Social o fato de que se uma conduta não causa ameaça, estaria fora da meta final do contrato social?¹¹⁹.

Ad argumentandum, o patrimônio é protegido pelo Estado por meio do Código Penal Brasileiro como segundo bem mais importante, logo depois da vida, em detrimento da liberdade, que é um dos pilares de qualquer democracia, o que encontra sentido no fato de que o Código Penal e de Processo Penal de 1940 e 1941, respectivamente, tiveram inspiração no código penal italiano do fascista Rocco (SILVEIRA, 2015)¹²⁰.

A punição é um mal necessário a ser imposto àquele que viola o pacto social sob o prisma contratualista que surgiu com o Estado Moderno, sendo que, como já sustentava

¹¹⁹ Para um maior conhecimento da Teoria da Moral do Contrato Social, ver Rachels (2006).

¹²⁰ No mesmo sentido: Santos (2010); Bitencourt (1999).

Foucault (1999) em “Vigiar e Punir”, com sua regra mínima da semiótica de armar o poder de punir, a punição há de proporcionar maior desvantagem que a vantagem obtida pela prática delitiva e, por isso mesmo, há estreita implicação no *como punir?*.

Barreto e Bragato (2013, p. 287) sustentam que para uma melhor concepção “torna-se necessário, entretanto, determinar a relação moral existente entre o indivíduo, o criminoso e a punição. A ideia da punição será então estabelecida em função da atitude do indivíduo em relação ao crime e ao criminoso”.

Explicitam esse entendimento da seguinte forma:

Quando um indivíduo agride o outro, um terceiro experimenta – do ponto de vista moral – um duplo sentimento. Em primeiro lugar, sente a necessidade de defender a vítima e, em segundo lugar, de recuperar para o agressor a racionalidade que se constitui no alicerce da vida social. Ambas as reações que se experimenta diante do crime deitam as suas raízes no respeito à vida e à dignidade da pessoa. O sofrimento mental vivenciado pela vítima consiste, no fato de que a sua dignidade foi violada, fato que se liga à degradação, também, dessa dignidade na pessoa do criminoso. Nos dois casos, torna-se necessário que essa dignidade violada e degradada seja restabelecida (SOLOVIEV, 1997, p. 302), na vítima e no criminoso. Na construção da fonte ética da punição teremos assim o primeiro alicerce: o restabelecimento da dignidade tanto na vítima quanto no criminoso (BARRETO; BRAGATO, 2003, p. 287-288).

Quando se fala da necessidade de estabelecer uma relação moral entre o crime, o criminoso e a punição, fala-se de Justiça Penal e Política Criminal, de justificação ou legitimação externa do direito penal de que trata Ferrajoli (2002), mas necessariamente há de estar correlacionada com a justificação ou legitimação interna da norma e do julgamento.

Então se hipoteticamente para se punir se deve levar em consideração todos esses fatores abordados até agora, resta saber: *como punir?*

3.4 Como punir? Reflexões ético-filosóficas sobre a questão e alternativas à pena de prisão

Essa é a questão fulcral a ser enfrentada neste estudo, por se entender que ao longo da história se tem procurado dar maior ênfase ao *dever ser* sem um olhar mais apurado do Ser.

Há necessidade de se descrever filosoficamente o Ser para ser conhecido e se conhecer a verdade que expressa, assim como a sua relação com a condição de desviante que apresenta para se prescrever juridicamente como deve se dar a punição, o que não infringe a Lei de Hume¹²¹.

¹²¹ “Entende-se a tese segundo a qual não podem derivar logicamente conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem inversamente” (FERRAJOLI, 2002, p. 193)

Cabe ao julgador descrever o fato delituoso e a pessoa do infrator quando da instrução criminal para que, conhecendo-o, possa prescrever como se dará a punição da forma mais justa, afinal, teoricamente o magistrado é “como um filósofo que se propõe a descobrir uma verdade interessante...Sua sagacidade o fará compreender todas as circunstâncias e relações, aproximar ou separar o que deve sê-lo para julgar sadiamente” (FOUCAULT, 1999, p. 82, apud SEIGNEUX DE CORREVON, 1768).

É certo que o direito penal contemporâneo é referente ao fato do agente e não ao agente do fato, assim como que curiosamente a sua codificação faz com que quando da aplicação da pena o julgador esteja sempre com um olho no fato do agente e o outro no agente do fato na fixação da pena-base, ao levar em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59, por força do artigo 68, ambos do Código Penal Brasileiro, o que está relacionado igualmente à questão do *como punir* no âmbito judicial, que antecede o executivo da pena.

O senso comum, que é importante, quando se trata de *como punir* o desviante, não se importa com a justiça penal dos homens que encontra justificativa interna nas normas penais e processuais, porque se afina com a antiga justiça divina de se pagar o mal pelo mal, o que fomentado pelo punitivismo desenfreado de um direito penal máximo que se dá pelo conhecido movimento lei e ordem, o preferido dos fascistas, macula o princípio do não retrocesso, no caso humano, ao permitir linchamentos, maus tratos e outras barbáries de outrora.

Este senso é fortalecido eventualmente pelo legislativo, executivo e judiciário. **O primeiro** quando legisla no campo penal e tipifica condutas que, por exemplo, causam autolesão¹²², ou fazem prever sanções penais desproporcionais ao fato¹²³. **O segundo** quando é omissivo com as condições carcerárias brasileiras que violam frontalmente direitos fundamentais ao tratar o preso de forma desumana e degradante¹²⁴, não assegurar o respeito à integridade física e moral¹²⁵ e ignorar a necessidade de oportunizar a ressocialização. **O terceiro** quando julga com base na opinião pública, na pressão popular, ou melhor, quando chancela o julgamento popular, deixando de ser o julgador imparcial que se necessitou para retirar a justiça dos homens e transferi-la para o Estado.

Todos os três, quando assim agem, deslegitimam o sistema ao fazer preponderar a justificção externa de forma a desestruturar a interna, que perde legitimidade.

¹²² Porte de drogas para uso próprio.

¹²³ Adulterar cosméticos tem como sanção a pena de prisão de 10 a 15 anos, e multa (art. 273, §1º-A, do Código Penal), enquanto o homicídio simples tem pena de prisão de 06 a 20 anos (art. 121 do Código Penal).

¹²⁴ CF; art. 5º, III.

¹²⁵ CF; art. 5º, XLIX.

Os que assim pensam e agem nos três poderes se sustentam em falsidades atinentes à impunidade que se diz reinar. A impunidade tem mais de uma faceta, mas acredita-se que o problema não reside no que ela expressa, mas sim na má punibilidade, ou seja, se pune mal, daí, então, *como punir?*

A filosofia da linguagem explica bem a questão da simbologia com que o direito penal máximo lida para dar a falsa sensação de segurança com o aumento das penas a certos crimes e o encarceramento em massa, como se isso fosse realmente amenizar o problema da criminalidade que, historicamente, demonstra ser o contrário, por meio de estatísticas oficiais.

Por isso, entende-se que essa retórica de que se vive no país da impunidade tem duas leituras possíveis, uma falseável e outra verdadeira. A primeira faz a correlação entre o aumento da criminalidade e ausência de punição dos infratores, mas essa concepção simplória não é verdadeira, por não ter a sua “lógica” solidez racional que permita a sua sustentação. A segunda, num primeiro momento afasta a tese de que se vive no país da impunidade quando se constata que por dados estatísticos do CNJ o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo, atrás apenas da China e EUA (PÊCEGO, 2016, p. 74), com exatamente 884.672 mil presos em 10/12/2020, sendo que dessa população carcerária há 395.161 presos provisórios, ou seja, quase 50% dos presos não têm condenação definitiva (CNJ, 2020).

Se em 1990 havia 90 mil presos, em 2000 eram 232.755 mil presos (PÊCEGO, 2016, p. 76) e, em 2020, 884.672 mil presos, qual o aumento percentual da população carcerária nos últimos 30 anos? Com isso, a criminalidade aumentou ou diminuiu? A pena de prisão é a solução? Parece que essa é uma grande falácia e o argumento de que a prisão é a solução não se sustenta racionalmente, até porque “o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado” (BITENCOURT, 1993, p. 12).

Em sentido oposto, Barreto e Bragato (2013) sustentam a tese de que a impunidade tem relação causal com a ausência de punição, e ao defenderem uma fundamentação ética da punição, pontuam:

Esse ideal acha-se desmentido, porém, pela realidade da sociedade brasileira contemporânea, onde o aumento da criminalidade encontra-se, talvez, diretamente relacionado com a ausência da punição do infrator. Nesse contexto, onde se perderam na cultura cívica os argumentos racionais que possam legitimar o sistema punitivo, é que se torna necessária uma reflexão que procure a fundamentação ética, portanto, filosófica, da punição. Essa justificativa ética destina-se a formular argumentos razoáveis para convicções que temos como indivíduos e cidadãos, fruto de predisposições instintivas, mas que nós, agentes morais, necessitamos justificar em nossa consciência (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 291).

Com efeito, a legitimação de um sistema punitivo perpassa de como se pune empiricamente o delinquente, não nos argumentos ou nos discursos. Ora, é imoral e ilegítimo um sistema punitivo que funcione de forma desumana e degradante para com a pessoa do condenado, afinal “a humanidade das penas é a regra que se dá a um regime de punições que deve fixar limites” (FOUCAULT, 1999, p. 75).

Sobre esse aspecto de deslegitimação do sistema punitivo em face das suas condições quando da execução da pena, embora este estudo não seja partidário da corrente abolicionista dentro de um fictício contrato social existente, não se pode concordar com aqueles que acreditam que “sustentar que a punição tornou-se ilegítima em virtude das condições de execução da pena, seria o mesmo que sustentar que não cabe ao Estado, por exemplo, intervir na educação pública das crianças porque as escolas encontram-se em estado deplorável” (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 293).

Ousa-se sustentar que essa comparação não tem qualquer sentido pelo simples fato de que não tem lógica se poder comparar a degradação e desumanidade que habitam as prisões com suas insalubridades e promiscuidades com um ambiente escolar, por mais precário que sejam suas instalações. O que se tornou ilegítima não é a punição, mas sim como se dá a punição – essa a questão! *Como punir?*

Há de se punir aquele que infringe as regras vigentes com a prisão, se houver necessidade, e isso todos que não são abolicionistas concordam, afinal, como já dito, é um mal necessário, mas como punir em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas é a questão a ser debatida, afinal se o intuito é viabilizar o resgate da dignidade degradada do delinquente, como não se ter como objetivo principal da punição a sua reinserção social? Como estaria resgatada a dignidade violada da vítima, se não com a tentativa de se corrigir a conduta do desviante, que é oriunda da mesma sociedade que integra, e amanhã ou depois retornará ao convívio social?

Barreto e Bragato (2013, p. 294), partidários de uma teoria preventiva da pena, entendem que a punição, num primeiro momento, se destina a impedir a prática de outros crimes, punindo o delinquente e o desencorajando de praticar novos crimes de forma a que dê exemplo para a coletividade. Num segundo momento, sustentam que:

[...] a punição tem a função de passar um julgamento sobre determinado comportamento e mostrar quais os valores que a sociedade considera como relevantes para que sejam preservados. Neste sentido, a reeducação do criminoso torna-se um objetivo mediato da punição e não, o seu objetivo principal. O criminoso ao ser condenado, é responsabilizado, e o processo deve mostrar toda a sua deformidade moral e como isto repercute na

consciência do infrator e da sociedade (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 294).

Empiricamente a massa da população carcerária brasileira ou talvez mundial é constituída de desviantes, na feliz expressão de Ferrajoli (2002), desassistidos socialmente que têm dificuldades de ter consciência de sua deformidade moral, o que torna essa pretensão uma utopia, até porque “o objetivo do sistema penitenciário não pode ser *transformação da consciência do delinquente*” (BITENCOURT, 1999, p. 14). Reeducação? Ninguém é reeducado à força, além do mais, a questão repousa na pessoa desajustada socialmente, que necessita ser reinserida em sociedade, daí como não se ter como objetivo principal a ressocialização do condenado?

Verifica-se nos argumentos desses autores um perfil utilitarista que se ajusta àquele tido como tradicional no âmbito das teorias das penas, não reformado, como defende Ferrajoli (2002, p. 267-268), anteriormente exposto no final do primeiro capítulo, no qual “além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes”, até porque esse parâmetro utilitarista reformador “para desenvolver o papel de objetivo justificante, ou, dependendo do caso, deslegitimante, não pode, entretanto, referir-se ao objetivo da prevenção dos delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

Como já salientado anteriormente, agora ressaltado novamente em face do modelo utilitarista defendido por Barreto e Bragato (2013), a prevenção preconizada por Ferrajoli (2002) transcende a dos delitos para alcançar o mal antiético ao delito, uma vez que “a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições” (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 293), ou seja, protege as pessoas do ofendido e do ofensor, este “contra reações informais, públicas e privadas”, de forma a se admitir que a pena mínima sustentada pelos iluministas acabe por ser um meio e um fim em si mesma com a “minimização da reação violenta ao delito” (idem, 2013, p. 293).

Por essas razões, observa-se com cautela as considerações desses autores supracitados, quando afirmam:

A fundamentação ética da punição exigirá, assim, para sua formulação que se aceitem três condições: 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 uma pena e com isto possa emendar-se e conformar-se com as leis sociais (BARRETO; BRAGATO, 2013, p. 293).

Se a punição serve de exemplo ou lição, há de se reconhecer que se está fazendo do condenado quando de sua punição um meio e não um fim em si mesmo como pessoa humana, até porque defendem que a “reeducação” não seja o objetivo principal.

Nessa linha, o exemplo ou a lição que se expressa pode perigosamente permitir o descontrole, a imoralidade e permitir que se abram as portas do autoritarismo e do processo de deslegitimação interna da pena de prisão, de forma a ocasionar o surgimento de punições exemplares aos olhos populares, que gerem efeitos simbólicos externos, terreno movediço que vai de encontro à necessidade bem sustentada por Ferrajoli (2002), de a punição causar o mínimo mal-estar necessário ao condenado que não necessita de correção como se criança fosse, mas sim recolocação no caminho social dos não desviantes, maximizando o seu bem-estar e o da coletividade em que o condenado está inserido.

A fundamentação ética da pena de prisão reclama um novo olhar do sistema prisional e do delinquente que estão inseridos numa mesma sociedade criminógena que estimula, produz e reproduz violência e a prática criminosa dos desviantes e não desviantes com tendências ao desvio.

A pena de prisão, ou seja, a pena privativa de liberdade, se encontra em estado terminal há séculos, assim como já está mais que comprovado que a prisão não é a solução, mas sim a aniquilação do homem delinquente como sujeito de direitos e deveres.

A pena de prisão deve ser reservada apenas para os casos extremos que envolvam delinquentes recalcitrantes e crimes praticados com violência ou grave ameaça, mesmo assim, sempre com objetivo principal e incansável de ressocialização que justifica a sua existência, a economia e a tecnologia do poder de punir, que bem fala Foucault (1999) em *Vigiar e Punir*¹²⁶.

Se a prisão fosse a solução como apregoam os adeptos do movimento lei e ordem do direito penal máximo, não haveria um aumento vertiginoso da criminalidade nos últimos 30 anos que, concomitantemente, teve um aumento de 982,9% da população carcerária. Muito pelo contrário, isso demonstra a grande contribuição maléfica que o encarceramento em massa em condições subumanas produz para a reincidência criminosa intramuros e extramuros do sistema prisional.

O Estado, desde que a prisão passou a ser o fim da punição com o iluminismo, trata as suas condições estruturais e o preso com descaso e incúria, exceto no que diz respeito à fortificação estrutural do arquipélago carcerário, que acabou por se transformar num conglomerado de depósitos de pessoas humanas invisíveis, que só são lembradas da sua

¹²⁶ Para maior conhecimento sobre essa questão, recomendamos a leitura da obra apontada nas páginas 63 a 86.

existência mundana quando cometem crimes bárbaros dentro do próprio sistema ou quando egressos voltam a praticar delitos.

Saem do sistema prisional etiquetados e emoldurados como egressos com poucas chances de emprego porque há um natural preconceito que leva a um prejulgamento e recusa de oferta laboral¹²⁷, ainda mais quando não há, como deveria ter nos termos da própria Lei de Execução Penal (Lei n. 7.2010/1984), todo um trabalho estatal na execução da pena visando à ressocialização do preso por meio do ensino de ofícios laborais, e um eficiente e sólido sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade¹²⁸, talvez porque haja ainda quem defenda que o objetivo principal da punição não deva ser a ressocialização do condenado, fazendo da prisão um fim em si mesmo que justifica os meios.

Não há perspectivas futuras de mudanças estruturais significativas que valorizem o princípio da humanidade das penas que, como princípio, “não diz o que é, senão o que deve ser” (WEBER, 2013, p. 12).

Dessa forma, revisitando o sistema prisional deve-se reservar a pena de prisão para os casos excepcionais de crimes praticados com violência ou grave ameaça e aos recalcitrantes inveterados na prática delituosa.

Há que se fomentar o cultivo de penas alternativas à de prisão para os crimes de pequeno e médio potencial ofensivo¹²⁹, como as restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade, limitação de final de semana etc., assim como nos crimes financeiros o fomento à

¹²⁷ Tratados como feras enjauladas, naturalmente causam temor e desconfiança quando retornam ao convívio social diante do paradoxo que é viver nesses dois mundos, o da prisão e o da vida em sociedade.

¹²⁸ Esse sistema visa gradativamente reinserir o condenado ao convívio social, fomentando teoricamente que exerça uma ocupação laboral na medida que o regime de cumprimento da pena avança, este que pode se iniciar no fechado, passando depois, preenchido os requisitos objetivos (tempo e bom comportamento carcerário) para o semiaberto (permite trabalhar fora da unidade prisional, se comprovado o vínculo empregatício, mas retorna para a unidade prisional após o expediente para pernoitar trancafiado na cela, saindo apenas para o seu horário comercial de trabalho. Dorme, portanto, trancafiado na cela todas as noites, sábados, domingos e feriados). Em seguida, preenchidos os requisitos objetivos acima citados, há possibilidade de passar para o regime aberto (neste o preso continua sendo estimulado a continuar a trabalhar externamente, mas como está conquistando a confiança gradativa se permite que o pernoite seja na denominada casa do albergado, nas localidades que a tenham. Nesta, o pernoite, fins de semana e feriados se dá também nessa unidade prisional, contudo sem serem trancafiados, podendo circular livremente dentro da área da casa do albergado). Por último há o livramento condicional que há de ser cumprido pelo tempo restante da pena (neste não há qualquer obrigatoriedade de pernoitar na penitenciária ou casa do albergado, ficando com sua liberdade em maior amplitude, mas sempre condicionada pelo juiz da execução da pena). Verificamos assim que, inteligentemente, esse sistema visa permitir que o condenado vá conquistando com o tempo uma maior liberdade até que a mesma se torne plena com o cumprimento da pena.

¹²⁹ São crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. Os de pequeno potencial ofensivo são aqueles em que a pena privativa de liberdade é de até dois anos nos termos da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995). Os de médio potencial ofensivo são, para nós, os que preveem penas privativas de liberdade máximas superiores a dois anos até quatro anos, inclusive, visto que esses crimes, quando não cometidos com violência ou grave ameaça, preenchidos os requisitos legais do artigo 44 do Código Penal, permitem a salutar substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando da aplicação da pena pelo magistrado.

pena pecuniária que restitua ao erário público mais do que foram lesados, assegurando sempre uma maior desvantagem da punição – em qualquer caso – que as vantagens que possam proporcionar a prática delituosa, servindo assim de desestímulo à reincidência dos desviantes e aos não desviantes tentados ao desvio.

Nesse sentido, Foucault (1999, p. 87) com precisão cirúrgica diz que “encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito”. Isso certamente estaria maximizando o bem-estar de toda a coletividade na qual está inserido o condenado temporariamente colocado à sua margem.

Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas. O centro de gravidade das reformas situa-se nas sanções, na reação penal. Luta-se com as penas de curta duração. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade (BITENCOURT, 1993, p. 12).

Portanto, num juízo moral objetivo há de se fomentar o crescimento de penas alternativas, como aquelas e outras que a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) e a Lei n. 9.714/1998 que surgiram após a sua introdução na legislação penal brasileira pela Reforma da Parte-Geral do Código Penal de 1984.

Tal procedimento certamente dará uma justificação ético-filosófica ao *como punir*, minimizando o necessário mal-estar da pena a ser cumprida por parte dos condenados e maximizando o bem-estar da coletividade, que acaba por receber amanhã ou depois um egresso com maiores chances de ter uma boa convivência social, diminuindo a possibilidade da reincidência e, em consequência, da criminalidade, proporcionando num sentido amplo um bem-estar a toda a sociedade.

Lado outro, sob o prisma do princípio constitucional da individualização da pena¹³⁰ que prescreve como *deve ser* nas esferas legislativa, judicial e executiva, cabe ao primeiro impor na legislação penal sanções penais proporcionais às condutas delituosas, e ao segundo e ao terceiro individualizar a responsabilidade penal de forma proporcional e necessária, com imparcialidade, como norte ético das punições, classificando adequadamente quando da necessária e inevitável execução da pena de prisão os condenados, separando-os de forma a

¹³⁰ CF; art. 5º, XLVI.

assegurar que se tenham minimizados os efeitos degradantes e desumanos decorrentes do arquipélago penitenciário.

Nessa linha, adotando-se essas providências, ainda que a longo prazo, legitima-se uma justificação externa e interna da punição por meio da pena de prisão, amenizando os efeitos nefastos que ela, como existente, ocasiona em um primeiro momento ao condenado e em um segundo momento à coletividade, permitindo que aquele que tem a sua dignidade degradada possa ter a chance de a reestruturar, assim como a vítima que a teve violada possa a restabelecer, na medida em que acabará desfrutando de um melhor bem-estar social por meio de menores níveis de criminalidade, afinal, “contra uma paixão má, um bom hábito; contra uma força, outra força; mas o importante é a força da sensibilidade e da paixão, não as do poder com suas armas” (FOUCAULT, 1999, p. 89).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, por meio de reflexões ético-filosóficas, encontrar justificativas e alternativas à pena de prisão como punição perpassando pelas teorias dos fins da pena e princípios limitadores da intervenção penal, de encontrar também respostas plausíveis e realistas para todo o problema que, historicamente, a prisão como fim da punição tem apresentado.

Abordaram-se inicialmente as teorias dos fins da pena que buscam responder por meio de suas justificativas o *para que e por que* punir?. Para tanto, foi feito um giro teórico que se iniciou nas teorias retributivas de Kant e Hegel, e finalizou no utilitarismo da teoria reformadora de Luigi Ferrajoli.

Foram tratados os princípios limitadores da intervenção penal mais relevantes a serem considerados quando da punição, do *como punir*, sem descuidar, quando necessário, a todo tempo, das considerações do referencial teórico de Luigi Ferrajoli.

Enfrentaram-se as principais questões que justificam a punição que envolvem o “por que punir?”, o “para que punir?” e, a fulcral da presente pesquisa, que repousa no “como punir?”. Estas questões estão entrelaçadas e não estão, portanto, desassociadas, principalmente quando se busca fazer reflexões ético-filosóficas sobre a pena de prisão como punição.

Por meio de um pensamento crítico fundamentado, divergiu-se em alguns pontos de alguns autores, o que demonstra respeito pela consideração de seus pensamentos sobre determinados aspectos que agregam valor ao conhecimento prévio, às reflexões e à pesquisa.

Ficou constatado que não se vive num país da impunidade, mas sim da má punibilidade, ou seja, de que se pune mal. Refutou-se o argumento da impunidade que fomenta o encarceramento em massa como solução para a criminalidade, com base em dados estatísticos da população carcerária dos últimos 30 anos, que cresceu 982,9%, passando de 90 mil presos em 1990 para 884.678 mil presos em 10/12/2020, mantendo o Brasil como terceiro país que mais aprisiona no mundo, atrás apenas da China e EUA. Demonstrou-se de forma argumentativa racional e lógica que se o encarceramento em massa fosse a solução para a criminalidade, esta estaria, na pior das hipóteses, estável e não crescente há décadas.

O caos no arquipélago carcerário reina e cresce há séculos com o tratamento estatal omissivo, desumano e degradante, que não assegura a integridade física e mental do preso que, ao ingressar no sistema, já apresenta a sua dignidade degradada, que necessita ser recuperada de forma digna que minimize o mal-estar que a restrição da liberdade ocasiona, bem como a reincidência e o aumento da criminalidade. A eventual vítima tem sua dignidade violada que

também necessita que seja restaurada por meio de um bom convívio social decorrente de um baixo nível de criminalidade, proporcionando ambas as ações a maximização do bem-estar social.

Partindo do viés utilitarista reformador da pena de Luigi Ferrajoli, buscou-se apresentar propostas que se acredita serem palpáveis sob os aspectos econômico e dos direitos humanos a médio e longo prazo, sem o intuito de esgotá-las, amenizando, assim, os efeitos nefastos da pena de prisão que se sabe avilta, desmoraliza e denigre o homem desviante.

Essa abordagem foi dividida em dois planos necessários.

No primeiro, defendeu-se como meio de limitar e/ou controlar a violência institucional e proporcionar um maior bem-estar da coletividade, o incremento das penas alternativas para crimes praticados sem violência ou grave ameaça, tidos como de menor e médio potencial ofensivo, destinando a pena de prisão, como um mal necessário, apenas para os que praticarem crimes com violência ou grave ameaça e os condenados recalcitrantes e inveterados na prática do crime.

Por outro lado, sustentou-se a necessidade de maior atenção e respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e, dentre outros, ao princípio constitucional da individualização da pena nas esferas legislativas, judicial e executiva em que atua, de forma a propiciar, no todo, a legitimação externa e interna do direito penal.

Ante o exposto, sem qualquer pretensão de esgotar a pesquisa, mas sim de ser o seu início, finaliza-se a mesma que se desenvolveu dentro da linha de pesquisa Lógica, Conhecimento e Ontologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNAMO, N. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. BOSI, A. (Coord.). São Paulo: *wmfmartinsfontes*, 2015.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, R. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. VALDÉS, E. G. et al. (Org.). São Paulo: *wmfmartinsfontes*, 2011.
- ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Huchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALVES, I. B.; MIJARES, J. M.. **Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC): Conexão Local**. FGV Pesquisa, 2014. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/relatorio_conexao_local_apac.pdf>. Acesso em: 06 mar 2018.
- AMBOS, K. **Dogmática jurídico penal y concepto universal del hecho punible**. In: GARCÍA, C. V. Estudios penal e sen homen aje a Enrique Gimbernat II. Madrid: Edisofer, 2008.
- ARBAGE, L. A. **Ressocialização por meio da educação: um estudo de caso em Florianópolis-SC**. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal Fronteira do Sul, Chapecó, 2017.
- ARENDT, H. **Origem do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. 3a. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- ARISTÓTELES. **ETHICA NICOMACHEA V 1-15**. Tratado da Justiça. Tradução Marco Zigano. Texto Grego Susemihl e Apelt (Leipzig 1912). São Paulo: Odisseus, 2017.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Vol. II. Texto grego com tradução de Giovanni Reale. Tradução de Marcelo Perine. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- DEU, T. A. **Pena y Processo: fines comunes y fines específicos**. In: Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Ed.). Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- ÁSUA, L. J. de. **Principios del derecho penal**. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958.
- ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAKER, C. **Pourquo if audri-il punir? Sur L’abolition du système penal**. 2004. Disponível em: <<http://tahin-party.org/textes/baker.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2018.
- BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BARATTA, A. **Criminología y Sistema Penal**. (Compilación in memoriam). Buenos Aires: Editorial B de f, 2004.
- BARATTA, A. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Tradução Emilio Garcia-Mendez; Emiro Sandoval Huertas. In: **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 24, p. 533-551, 1984.
- BARATTA, A. Princípios do Direito Penal Mínimo: Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Tradução Francisco Bissoli Filho. In: **Doutrina Penal**. n. 10, v. 40, p. 623-650, 1987.

- BARRETO, T. **Menores e loucos e fundamento do direito de punir**. Rio de Janeiro: Graphica Editora de Paulo, Pongetti & C., 1926.
- BARRETO, T. **Prolegomenos ao Estudo do Direito Criminal**. In: Estudos de Direito. Publicação posthuma. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.
- BARRETO, V. P. (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.
- BARRETO, V. P. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- BARRETO, V. P.; BRAGATO, F. F. **A ética da punição: Por que punir**: In: Leituras de Filosofia do Direito. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz jurisprudência mundial**. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3. Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.
- BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1998.
- BECHARA, A. E. L. S. O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no Estado Democrático de Direito. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 21, n. 41., p. 1-31, 2017. <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2018v21n41p01-31>
- BENTHAM, J. **El Panóptico**. Tradução de Fanny D. Levit. 2. ed. Buenos Aires: Quadrata, 2013.
- BITENCOURT, C. R. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BITENCOURT, C. R. **Novas Penas Alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BLACKBURN, S. **Dicionário Oxford de filosofia**. Tradução de Desidério Muchó et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONELLA, A. E. **Teoria do Mandamento Divino e Metaética**. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/rbft/article/view/17383>>. Acesso em: 08 dez. 2020.
- BOTTKE, W. **La actual discusión sobre las finalidades de la pena**. In: Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. SÁNCHEZ, J.M.S. (Ed.). Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- BRANDÃO, C. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRANDÃO, J. S. **Mitologia Grega**. Vol. I. Petrópolis/RJ: Vozes, 1986.
- BRASIL. **A Noruega prova que tratar presos como seres humanos realmente funciona**. 2017. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/ladem/2017/04/05/a-noruega-prova-que-tratar-presos-como-seres-humanos-realmente-funciona/>>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- BRASIL. **ABNT**. Disponível em: <<https://www.normasabnt.org/>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.257, de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Lei anticrime)**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma reconhece que acórdão condenatório que confirma sentença interrompe prazo da prescrição**. 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431405&ori=1>>. Acesso em 17 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em 14 mar. 2020.

BRAVO, O. O consentimento do ofendido na teoria do direito e na teoria da pena. In: **Revista do Instituto Capixaba de Estudos**. Vitória, n. 2, p. 195-216, 2000.

BULLEMORE, G. **Vivian R. Fin y función del derecho penal y de la pena**. In: Anuario de derecho penal 2010-2011. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

CALLEGARI, A. L. et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução de André Luís Callegari. CALLEGARI, A. L.; GIACOMOLLI, N. J. (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

CARRANZA, E. **La función de la pena**. In: Anuario de derecho penal 2010-2011. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

CARVALHO, S. de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- CERNICCHIARO, L. V.; COSTA Jr., P. J. da. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CERVINI, R. **Os Processos de Descriminalização**. Tradução de Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CHRISTIE, N. **La indústria del controle del delito**: La nueva forma del holocausto. Tradução de Sara Costa. Buenos Aires: Editores Del Puerto S.R.L., 1993.
- CNJ. **Regras de Tóquio**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.
- CNJ. **Estatísticas BNMP Nacional**. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CONCEIÇÃO, P. A. S. da. Revisitando a teoria da pena em Hegel. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 296, p. 10-11, jul. 2017.
- CONDE, F. M. De lo vivo y de lo muerto em la obra de Armin Kaufmann. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 44, n. 2, mai./ago. 1991, p. 329-337.
- CONDE, F. M. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Tradução de Paulo César Busato. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CONDE, F. M. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2001.
- CONDE, F. M.; ARÍAN, M. G. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- COSTA, J. F. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Portugal: Coimbra Editora, 2005.
- CURY, E. Contribuição ao estudo da pena. In: **Revista de Direito Penal**. Tradução de Fernando Fragoso. n. 11, v. 12, julho-dezembro/73. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 21-34.
- DEARING, Albin. **Justice for Victims of Crime**. Human Dignity as the Foundation of Criminal Justice in Europe. Switzerland: Springer International Publisinhg, 2017.
- DEU, T. A. **Pena y Proceso**: fines comunes y fines específicos. In: Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Ed.). Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- DEVOS, B. A. **(IN) SEGURANÇA, CIDADANIA E PODER PUNITIVO**: Crítica ao utilitarismo penal reformado e readequação da missão do Direito Penal no marco de um realismo jurídico-penal marginal. 2016. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande do Sul, 2016.
- DIAS, J. F. **Direito Penal**: Parte Geral: Tomo I: Questões fundamentais: A doutrina geral do crime. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, J. F. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DIAS, J. F. **Temas Básicos da Doutrina Penal**: Sobre os fundamentos da doutrina penal: Sobre a doutrina geral do crime. Portugal: Coimbra Editora, 2001.
- DÍEZ, C. G. J. **La retribución comunicativa como teoría constructiva de la pena**: El dolo penal como construto comunicativo? Barcelona: InDret 2, 2008. In: Materiales de Lectura III. Teoría de la pena. ORTIZ, L. Q. Universidade do Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Ciencias Penales. Derecho Penal I (Parte Geral), 2009.

- DREYFUS, B. **Recard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel**. França: L'Harmattan, 2010.
- DUQUE, M. S. **Curso de Direitos Fundamentais**. Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DURÁN, M. M. Prevencion especial e ideal resocializador. Concepto, evolucion y vigência em el marco de la legitimacion y justificacion de la pena. **Revista Estudos Criminológicos y Penitenciarios**. Ano VIII, n. 13 – Diciembre, 2008.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: *wmf* martinsfontes, 2011.
- DWORKIN, R. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ECHENIQUE, J. **Aristotel's**: Ethics and Moral Responsibility. New York, EUA: Cambridge Universitypress, 2012. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139109420>
- EIBE, M. J. A. Funcionalismo penal moderado o teológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. In: **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, p. 439-453, 2006. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.24>
- FAYET JÚNIOR, N. **A pena criminal na democracia**: o compromisso da dogmática com a racionalidade. In: Democracia e(m) sistema penal. SOUZA, B.A.; SILVEIRA, F. L. (Org.). Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.
- FERRAJOLI, L. et al. **Prevencion y teoria de la pena**. Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1995.
- FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, L. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Perfecto Andrés et al. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, L. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim et al. MORAIS, J.L.B.; STRECK, L.L. (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- FERRAJOLI, L. **Garantismo**: Uma discussão sobre direito e democracia. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FOLSCHEID, D.; WUNENBURGER, J. J. **Metodologia Filosófica**. Tradução de Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FONSECA, P. H. C. da. **Uma abordagem crítica sobre as teorias da pena**. In: Perspectivas garantistas para as ciências criminais. ALEIXO, K.C.; FONSECA, P.H.C. da. (Org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2016..
- FORNASARI, G. Breves observaciones sobre la actualidad del debate en torno a las teorías de la pena. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 11, n. 20/21, p. 495-511, 2006.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**: A Nova Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GARCIA, M. **Desobediência Civil**: Direito Fundamental. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- GARGARELLA, R. **As Teorias da Justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: *wmf*martinsfontes, 2008.

GAURIAU, R. M. P. **LA CONTRIBUTION DU JUGE DU TRAVAIL EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT MORAL EN FRANCE ET AU BRÉSIL**. Tese (Doutorado em Direito) - École Doctorale de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2016.

GIACOIA, G; HAMMERSCHMIDT, D. **La Cárcelen España, Portugal y Brasil: La Experiencia Histórica bajo las Perspectivas Criminológicas**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

GONÇALES RUS, J. J. Teoría de la pena y constitución. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. VII, n. 7, p. 223-280, 1984.

GOYARD-FABRE, S. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRECO, L. **A Ilha de Kant**. In: Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Tradução de Alaor Leite et al. GRECO, L.; MARTINS, A. (orgs.). Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GRECO, L. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, de Roxin. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/20/revista20%20(13).pdf)>. Acesso em 03 fev. 2018.

GRECO, L. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Tradução de, José R. Béguelin; Paola Dropulich. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GROCIO, H. **Del Derecho de la Guerra y de la Paz**. Tradução de Jaime Torrubiano Ripoll. Tomo I. Madrid: Editorial Reus (S.A.), 1925.

GÜNTHER, K. Crítica da Pena I (2004). Tradução Flavia Portela Püschel. **Revista Direito GV** 4, v. 2, n. 2, p. 187–204, jul-dez 2006.

GÜNTHER, K. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: Justificação e Aplicação. Tradução Claudio Molz. MOREIRA, Luiz (Coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Tradução Armando Pereira da Silva. Portugal: Instituto Piaget, 1993.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**: Essays in the Philosophy of law. 2. ed. EUA: Oxford, 2008. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.001.0001>

HASSEMER, W. **Direito penal, defesa penal e Constituição**. In: Repositório das Universidades Lusíada. 2014. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/1214/1/LD_n4-5_28.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2018.

HASSEMER, W. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal (Eingführung in die Grundlagendes Stranfrechts)**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde; María Del Mar Diaz Pita. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1999.

HASSEMER, W. **Perspectivas del Derecho penal futuro**. Tradução de Enrique Anaerte Borrillo. Disponível em: <<file:///C:/Users/Tribunal/Downloads/Winfried%20Hassemer%20-%20Perspectivas%20del%20derecho%20penal%20futuro.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

HASSEMER, W. **Punir no Estado de Direito**. In: Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. GRECO, L.; MARTINS, A. (Orgs.). Tradução de Alaor Leite et al. Madrid: Marcial Pons, 2012.

- HASSEMER, W.; CONDE, F. M. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.
- HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HENRIQUES, H. B. **Cárcere biológico**: novas formas de punição na sociedade tecnológica. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- HOBBS, T. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.
- HOUAISS, A.; VILAR, M. S. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss, 1. reimp. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.
- HULSMAN, L.; CELIS, J. B. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói, RJ: Luam Editora, 1993.
- INTEGRACIÓN-PREVENCIÓN: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. **Capítulo criminológico**: Revista de las disciplinas del control social, Maracaibo, v. 15, p. 1-26, 1987.
- JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Tradução e Organização André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- JAKOBS, G. Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena. In: **Revista para el análisis del Derecho – In Dret**. Barcelona, v. 1, p. 1-16, 2009.
- JAKOBS, G. **Derecho Penal**: Parte General. Fundamentos y la teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, G. **El principio de culpabilidade**. 1992. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/11.5gunther_jakobs.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2018.
- JAKOBS, G. **Sobre la teoría de la pena**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: Materiales de Lectura III. Teoría de la pena. ORTIZ, L. Q. Universidade do Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Ciencias Penales. Derecho Penal I (Parte Geral), 2009.
- JAKOBS, G. Sobre la teoría de la pena. **Revista del Poder Judicial**, Madrid, 3º trim., n. 47, p. 145-163, 1997.
- JUNQUEIRA, G. O. D.; SIMEONATO, P. **A ineficácia da transferência de presos – um enfoque a partir da teoria da pena**. In: Cooperação jurídica internacional. CHOKR, F. H.; PAGLIARINI, A. C. (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- JUSTINIAN. **Digest. s.a.** Disponível em: <<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest48.shtml>>. Acesso em: 28 jan. 2021.
- KANT, I. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. Tradução de Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.
- KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2011.
- KANT, I. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- KAUFMANN, A. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortès. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KAUFMAN, W. R. P. **Honor and Revenge**: A Theory of Punishment. Lowel: Springer, 2013. <https://doi.org/10.1007/978-94-007-4845-3>

- LAFER, C. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro, 2014.
- LUIZI, L. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- LYONS, D. **Ethics and the rule of law**. New York, EUA: Cambridge University press, 1984.
- MACCORMICK, N. **Argumentação Jurídica e Teórica do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACHADO, M. R. A. Punição, culpa e comunicação: É possível superar a necessidade da infligência de sofrimento no debate teórico sobre a pena? **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, p. 389-414, jul./dez., 2016.
- MACKENZIE, M. M. **Plato on punishment**. Los Angeles, EUA: University of California press, 1981. <https://doi.org/10.1525/9780520311466>
- MACKLIN, R. **Dignidade é um conceito inútil**: Significa nada mais do que respeito pelas pessoas ou sua autonomia. 2003. Disponível em: <<https://europepmc.org/article/PMC/300789>>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- MANZANO, M. P. **Aportaciones de laprevisión general positiva a laresolución de las antinomias deslos fines de la pena**. In: Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Ed.). Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- MARCHI JÚNIOR, A. P. **Princípio da Legalidade Penal**: Proteção pelo STJ e Parâmetros de Interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Tradução de Merton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MARTÍN, L. G. **Fundamentos de dogmática penal**: Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2006.
- MENDES, G. F. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 6, n. 2, p. 85, jul/dez., 2013. <https://doi.org/10.11117/1982-4564.06.17>
- MEZGER, E. **Derecho Penal**: Parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958.
- MIR, J. C. Ontologismo y normativismo em el finalismo de los años cincuenta. In: **Revista de Direito Penal y Criminologia**. 2ª época, n. 12, p. 45-61, 2003.
- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. I. Tomo I, 1. Tomo I, 2. Tomo II. Portugal: Coimbra Editora, 2014.
- MOLINA, A. G. P. de. **Criminologia**. GOMES, L. F.; CUNHA, R. S. (Coord.). 6. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MOLINA, A. G. P. de.; GOMES, L. F. **Direito Penal**: Fundamentos e Limites do Direito Penal. 3. ed. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTESQUIEU, C. L. S. **Do espírito das leis**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, Série Clássicos, 2004.
- NAUCKE, W. **Direito penal negativo**. In: Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. GREGO, L.; MARTINS, A. (Orgs.). Tradução de Alaor Leite et al. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. 2ª tiragem. São Paulo: *wmf*martinsfontes, 2012.
- NOGUEIRA, A. **Pena sem prisão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

- PASSOS, J. J. C. de. **Cidadania Tutelada**. In: *Hermenêutica, Cidadania e Direito*. FERREIRA, L. A. C. (Org.). Campinas: Editora Millennium, 2005.
- PÊCEGO, A. J. F. S. **Eutanásia**: Uma (re) leitura do instituto à luz da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.
- PÊCEGO, A. J. F. S. **Panorama das prisões no Brasil e a (des) ordem pública na prisão provisória do processo penal brasileiro**. In: *Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere: Anais do IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal – IBRASPP*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- PERALTA, J. M. Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 18, n. 82, p. 88-128, jan./fev. 2010.
- PERELMAN, C. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da Argumentação**: A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2014.
- PIERANGELI, J. H. **Escritos jurídico-penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PLATÃO. **As Leis, incluindo Epinomis**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2010.
- PLATÃO. **Protágoras**. Tradução Eleazar Magalhães. Fortaleza: Edições UFC, 1986.
- POPPER, K. R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.
- POPPER, K. R. **Conjecturas e refutações** (o progresso do conhecimento científico). Brasília: Editora UNB, 1984.
- PRADO, L. R. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. In: **Revista dos Tribunais on line. Ciências Penais**, vol. 0, n. 1, p. 1-12, jan / 2004.
- PUIG, S. M. **La perspectiva <ex ante> em Derecho penal**. 1983. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1983-10000500022_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_La_perspectiva_a_%22ex_ante%22_en_Derecho_penal>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- PUIG, S. M. **Derecho Penal**: Parte Geral. 9. ed. Montevideo: B de f, 2011.
- PUIG, S. M. **Direito Penal**: Fundamentos e Teoria do Delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia et al. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. Disponível em: <<file:///C:/Users/Tribunal/Downloads/Santiago%20Mir%20Puig%20-%20Direito%20Penal.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- PUIG, S. M. **El Derecho penal em el Estado social y Democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.
- PUIG, S. M. **Función de la pena y teoría del delito em el estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: José Maria Bosch, 1982.
- PUIG, S. M. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2003.
- PULIDO, C. B. **O direito dos direitos**. Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- QUEIROZ, T. A. de. **Desconstruindo a justificativa da punição na teoria da pena**. In: *Perspectivas garantistas para as ciências criminais*. ALEIXO, K. C.; FONSECA, P. H. C. (Org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

- RACHELS, J. **Problemas da Filosofia**. Tradução de Pedro Galvão. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2010.
- RACHELS, J.; RACHELS, S. **Os elementos da filosofia moral**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. 7. ed. AMGH Editora, 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Tribunal/Downloads/elementosdafilosofiamoral-jamesrachels-150507031252-lva1-app6892.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- RAMOS, E. P. **Sobre la influencia del funcionalismo y la teoria de sistemas em las actuales concepciones de la pena y del delito**. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005.
- RAMOS, E. P.; GONZÁLEZ, C. S.; MELIÁ, M. C. **Um Novo Sistema do Direito Penal: Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. CALLEGARI, A. L.; GIACOMOLLI, N. J. (Org.). Barueri/SP: Manole, 2003.
- RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2001.
- RAZ, J.; ALEXY, R.; BULYGIN, E. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Tradução de Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- RICOEUR, P. **O justo 2: Justiça e verdade e outros estudos**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: *wmfmartinsfontes*, 2008.
- RIPOLLÉS, J. L. D. **A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática**. Tradução de Luiz Regis de Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RIPOLLÉS, J. L. D. **Las penas de las personas jurídicas em la regulación española**. In: Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. GREGO, L.; MARTINS, A. (Orgs.). Tradução de Alaor Leite et al. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ROTHENBURG, W. C. **Direitos Fundamentais**. André Ramos Tavares; José Carlos Francisco (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ROUSSEAU, J. J. **Do Contrato Social: Ensaio sobre a origem das línguas**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- ROXIN, C. A. culpabilidade como critério limitativo da pena. In: **Revista de Direito Penal**. Tradução Fernando Fragoso. ns. 11/12. Julho-Dezembro/73. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 7-20.
- ROXIN, C. A. **Culpabilidad y prevencion em derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.
- ROXIN, C. **Derecho Penal: Parte Geral. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz; Garcia Conlledo. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, C. **La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmem Gómez Rivero; Maria Del Carmem Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.
- ROXIN, C. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROXIN, C. **Problemas actuales de la política criminal**. In: Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal. México: Enrique Díaz Aranda, 2002. Disponível em: <http://www.derechopenalenlared.com/libros/problemas_fundamentales_de_politica_criminal_y_derecho_penal.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.
- ROXIN, C. **Problemas básicos del Derecho Penal**. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976. In: **Materiales de Lectura III. Teoría de la pena**. QUIROGA ORTIZ, Luís. Universidade do Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Ciencias Penales. Derecho Penal I (Parte Geral), 2009.

- ROXIN, C. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos et al. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.
- RUIVO, M. A. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A impressão das doutrinas absolutas e relativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 161-190, jul. 2016.
- RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e Estrutura Social**. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. 2. ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- SALAS, M. E. La teoría de los fines de la pena. Um intento por combatir sus vicios argumentativos. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 12/13, n. 22, p. 307-335, 2007/2008.
- SÁNCHEZ, B. J. F. Las teorías clásicas de la pena. **Revista peruana de ciencias penales**. Lima, v. 7/8, n. 11, p. 331-455, 2002.
- SÁNCHEZ, J. M. S. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SÁNCHEZ, J. M. S. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.
- SÁNCHEZ, J. M. S. **Eficiencia y Derecho Penal**. 1996. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1996_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=1>. Acesso em: 01 fev. 2018.
- SANTOS, B. M. M. **AS IDEIAS DE DEFESA SOCIAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**. 2010. 166 f. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SAUNDERS, T. J. **Plato's Penal Code: Tradition, Controversy, and Reform in Greek Penology**. New York, EUA: Oxford, 1994.
- SCHONSHECK, J. **On Criminalization: An Essay in the Philosophy of Criminal Law**. In: Law and Philosophy Library. 1994. Disponível em: <encurtador.com.br/qyDHJ>. Acesso em: 06 fev. 2018. <https://doi.org/10.1007/978-94-015-8100-4>
- SCHÜNEMANN, B. **Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva**. In: Política criminal y nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. SÁNCHEZ, J.M.S. (Ed.). Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- SILVA, G. H. S. e. **O Princípio da Legalidade e o Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SILVEIRA, M. A. N. da. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. In: **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan. – fev., 2015.
- SILVESTRONI, M. H. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.
- SOLER, S. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Editora Argentina, 1970.
- STRATENWERTH, G. Qué aporta la teoría de los fines de la pena?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 53-76, mai./jun. 2007.
- TAVARES, J. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Rio de Janeiro: Tirant lo blanch, 2018.

- TORRAINE, A. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1996.
- TORRES, Ricardo Lobo. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. 2. reimpr. São Leopoldo/RS: UNISINOS. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2009.
- TREVISAN, D. K. **A Metafísica dos Costumes**: a autonomia para o ser humano. 2011. 336 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2011.
- VILLA, L.; MACHADO, B. A.. Abolicionismo penal e teoria agnóstica da pena em "Laranja Mecânica": Kubrick, Burgess e as semânticas modernas das penas. In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 16, n. 67, p. 113-136, out./dez. 2017.
- VILLEY, M. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do direito. Os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- VON LISZT, F. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet&C, 1899.
- VON LISZT, F. **La idea de fin en el Derecho Penal**. Editado por Universidad de Valparaíso - EDEVAL (1984) p. 111 – 135. In: *Materiales de Lectura III. Teoría de la pena*. QUIROGA ORTIZ, Luís. Universidade do Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Ciencias Penales. Derecho Penal I (Parte Geral), 2009.
- WALTHER, J. À justice équitable, peine juste? Vues croisé es sur les fondements théoriques de la peine. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, Dalloz, n. 1, p. 23-38 jan./mar. 2007.
- WEBER, T. **Ética e Filosofia do Direito**: Autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.
- WELZEL, H. **Derecho Penal**: Parte General. Tradução de Carlos Balestra Fontán. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.
- WELZEL, H. **Estudios de Derecho Penal**. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso; Tea Löw. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.
- YACOBUCCI, G. J. **El sentido de los principios penales**: Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- YAROCHEWSKY, L. I. A influência da teoria dos sistemas de Nikolas Luhmann na teoria da pena. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 287-298, jan./jun. 2004.
- ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, E. R. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2005.
- ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte Geral. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ZAPATER, E. B. **Las teorías de la pena y el sujeto del derecho penal**. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005.
- ZAPATER, E. B. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela. Bogotá, Colombia: Temis, 1996.