

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

Autor: Paulo Ricardo Suliani

**PRINCÍPIOS LIMITADORES DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA
DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Área e concentração: Sistema Penal e Violência
Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Porto Alegre, dezembro de 2011.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S949p Suliani, Paulo Ricardo.
Princípios limitadores da prevenção especial positiva da pena privativa de liberdade. / Paulo Ricardo Suliani. – Porto Alegre, 2012.
116 f.; 30cm.

Dissertação (mestrado Ciências Criminais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito - PUCRS.
Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza.

Direito Penal. 2. Ressocialização. 3. Dignidade da pessoa humana. 4. Autonomia da consciência. 5. Liberdade. 6. Pena. I. Título. II. Souza, Paulo Vinicius Sporleder.

CDD 341.5

Bibliotecária responsável Kátia Rosi Possobon CRB10/1782

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

Autor: Paulo Ricardo Suliani

**PRINCÍPIOS LIMITADORES DA PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA
DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Área e concentração: Sistema Penal e Violência
Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada em _____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Dedicatória:

*Ao meu filho Heitor,
objetivo do trabalho:
a vitória do bem sobre o mal.*

*À Luciana,
que o trouxe,
por fazer sentir o que a razão não explica.*

Agradecimentos.

Ao Seu Antônio.
Ele sabe por que, sempre soube.

À Gládis e ao Mano,
porque sempre presentes.

Ao Jorge Leopoldo Sobbé,
pelas ideias e pelos ideais, ombro a ombro.

A toda equipe da
Sobbé & Suliani Advogados Associados,
pelo suporte nas necessárias ausências.

Ao Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza,
por ser professor e orientador,
na mais verdadeira das semânticas.

Castigo como pagamento de um honorário, *Castigo* como tornar inofensivo, como impedimento de novo dano. *Castigo* como pagamento do dano a quem sofreu o dano, sob qualquer forma (também sob a forma de uma compensação afetiva). *Castigo* como isolamento de uma perturbação do equilíbrio, para impedir a propagação da perturbação. *Castigo* como meio de infundir medo diante daqueles que determinam e executam o castigo. *Castigo* como uma espécie de quitação pelas vantagens de que o infrator gozou até então (por exemplo, se ele é utilizado como escravo em minas). *Castigo* como segregação de um elemento degenerante (em certas circunstâncias de um ramo do inteiro, como no direito chinês: portanto, como meio de manter pura a raça ou de manter firme um tipo social). *Castigo* como festa, ou seja, como violentação e escarnecimento de um inimigo afinal abatido. *Castigo* como um fazer-memória, seja para aquele que sofre o castigo – a assim chamada “melhoria”, seja para as testemunhas da execução. *Castigo* estipulado por parte da potência que protege o malfeitor contra as extravagâncias da vingança, na medida em que este último é ainda mantido em pé por estirpes poderosas, e reivindicando como privilégio. *Castigo* como declaração de guerra contra um inimigo da paz, da lei, da ordem, da autoridade que, como perigoso para a comunidade, como violador de pacto no que se refere a seus pressupostos, como um rebelde, traidor e quebrador da paz, se combate com os mesmos meios que a guerra proporciona. (Friedrich Nietzsche, *Para a genealogia da moral*)

E disse o Senhor a Caim: – Onde está Abel, teu irmão? E ele disse: – Não sei; sou eu guardador do meu irmão?
(*Gênesis* 4, 9)

RESUMO

Tendo em vista a aparente ineficácia e ilegitimidade da tão propagada ideia da ressocialização através da pena nos dias de hoje, pretende-se analisar as concepções que intendem justificar a existência e as finalidades da pena, a partir de um olhar guiado pelos princípios que norteiam e fundamentam a concepção atual de Estado (Democrático, Laico, de Direito, Republicano), bem como através dos elementos internacionais de reconhecimento da cidadania (dignidade, liberdade, autonomia da consciência), também considerados, é claro, os princípios formadores de um Direito Penal humanista. Chegando-se à prevenção especial positiva, verificam-se excessos que ultrapassam os limites estabelecidos, e busca-se um espaço possível, mas ideal, porque ainda inexistente, de sua concretização. A presente dissertação permite visualizar as concepções teóricas da pena, e em particular aquelas que pretendem se legitimar através do discurso da ressocialização, a partir de uma análise que se pretende crítica, atual, democrática e cidadã, chegando-se à alternativa que mais se amolda aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ressocialização. Dignidade da pessoa humana. Autonomia da consciência. Liberdade. Pena.

ABSTRACT

Considering the evident lack of effectiveness and legitimacy of the widely disseminated idea of rehabilitation through punishment, this dissertation analyzes the concepts that intend to justify the existence and purposes of prison as a form of punishment through the principles that guide the current State (democratic, secular, legal, Republican), as well as through the elements of international recognition of citizenship (dignity, freedom, autonomy of conscience), and also taking into consideration principles that enable the construction of a humanist Criminal Law. Reaching for a special kind of prevention, known as “positive special prevention”, one can verify that in reality there are excesses in the application of the prison punishment, and therefore this work seeks to find conditions that, even though still ideal, would allow actual rehabilitation to happen. This dissertation offers a critical, current, democratic view on the various notions of punishment, particularly on those which seem to be legitimized due to a rehabilitation speech, in order to build an alternative that may agree with the founding principles of a Democratic State.

Keywords: Rehabilitation. Human dignity. Conscience autonomy. Freedom. Prison punishment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	
PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO ESTADO DE DIREITO	15
1.1 Considerações preliminares	15
1.2 Democracia	18
1.3 Republicanismo	23
1.4 Laicidade.....	25
1.5 Dignidade humana	29
1.6 Direitos fundamentais	31
1.6.1 Liberdade	36
1.6.2 Autonomia da consciência	40
CAPÍTULO 2	
PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO PENAL	44
2.1 Considerações preliminares	44
2.2 Princípio da Culpabilidade.....	44
2.3 Princípio da Legalidade	55
2.4 Princípio da Humanidade.....	60
2.5 Princípio da Proporcionalidade.....	63

CAPÍTULO 3	
AS FINALIDADES DAS PENAS.....	67
3.1 Considerações preliminares	67
3.2 Retribuição e expiação.....	69
3.3 Prevenção geral e especial	73
3.3.1 Prevenção geral	75
3.3.2 Prevenção especial	81
 CAPÍTULO 4	
A PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA.....	86
4.1 A prevenção especial positiva real.....	86
4.2 A prevenção especial positiva reinterpretada	95
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
 REFERÊNCIAS.....	109

INTRODUÇÃO

Os fins da pena são hoje muito questionados. Apesar das várias teorias formuladas ao longo de séculos para tentar justificar a aplicação de um mal grave por parte do Estado àquele que infringe determinadas normas, não parecem elas se sustentar diante do cenário pincelado pela realidade.

Qual então o argumento sobre o qual se baseia a pena no contexto de um Estado Democrático de Direito firmado sobre alicerces liberais? A intenção de responder a essa pergunta levou à construção deste trabalho da seguinte maneira: inicialmente, cuida-se de fazer um incursu histórico sobre o estabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce da própria noção de Estado Democrático de Direito.

Com efeito, não é possível atualmente conceber um Estado que se queira Democrático e de viés liberal sem que esteja assentado sobre o pilar da dignidade do ser humano, pois este princípio é fruto de uma evolução histórica que reconhece, pouco a pouco, a indeclinabilidade do respeito e tolerância ao outro na condição de ser humano. Os Estados Democráticos de Direito encontram-se, em virtude disso, estruturados sobre a valorização do homem, isto é, sobre a visão de que é ele o fim de toda e cada norma, e não um instrumento destinado a facilitar a concretização dos objetivos normativos que pareçam mais imediatos.

Ao lado da dignidade da pessoa humana, é de suma importância reconhecer, como corolários, outros direitos fundamentais do homem que também se erguem

como condicionantes da legitimidade do poder estatal e que também foram objeto de elaborações teórico-filosóficas ao longo de séculos, revelando aí seu caráter irrenunciável. Esse trajeto histórico é relevante na medida em que, percorrendo o caminho a partir da noção mesma de Estado Democrático de Direito, e demonstrando a dignidade da pessoa humana como verdadeiro pilar de tal concepção – da qual, portanto, o Estado não se pode jamais esquivar sob pena de desmoronar –, estabelece-se que os direitos fundamentais são decorrência lógica de tal princípio e permite-se ter uma visão diferenciada sobre um desses direitos, em especial a liberdade.

Nesse ponto, a análise sobre a liberdade do ser humano exige um resgate histórico que remonta ao iluminismo, haja vista ter sido este o marco da limitação do poder estatal em face dos direitos individuais dos cidadãos, servindo de substrato para muitos pensadores que lhe seguiram. Ademais, parece constituir um consenso o fato de que não se pode falar em liberdade se não houver, antes, um certo nível de autonomia da consciência. Aqui também se justifica, pois, um aprofundamento filosófico.

No segundo capítulo, a tônica recai sobre os princípios estruturantes do Direito Penal, vistos agora sob o prisma dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e, em especial, da liberdade do ser humano como condição de possibilidade da própria vida em sociedade. No âmbito do Direito Penal, a liberdade de escolha é o que fundamenta o juízo de culpabilidade, imprescindível para a aplicação de pena. E aí, por sua vez, reside a estreita ligação entre culpabilidade e fins da pena, muitas vezes pouco esclarecida na doutrina e na práxis.

Através de um olhar interessado, é possível perceber que há todo um arcabouço principiológico destinado a proteger a estrutura filosófica do princípio da dignidade humana sobre o qual se estrutura a noção mesma de Estado Democrático de Direito. A partir daí, passa-se a compreender que toda pena que não for compatível com esse esqueleto é inútil e desmedida e, por conseguinte, ilegítima.

Isso conduz ao terceiro capítulo, que gira em torno das finalidades da pena. Nesta parte do trabalho, é feita uma análise sistemática e crítica das concepções que tentam justificar a aplicação da pena, abordando-se as três hoje dominantes no discurso dogmático: as finalidades retributivas, preventivo-gerais e preventivo-especiais. Por meio de estudo pormenorizado, procurou-se encontrar e apontar as falhas de cada uma dessas construções teóricas, demonstrando o porquê de sua inadequação à realidade e aos princípios constitutivos do Estado Democrático de Direito no qual se inserem.

Por fim, no quarto capítulo focaliza-se uma dessas três concepções, mormente em razão do espaço que tem recebido nos debates doutrinários: a prevenção especial positiva, por se mostrar problemática justamente no que toca a um dos seus argumentos mais falaciosos: a ideia de que ela traz a ressocialização.

Assim, quer-se ver todas essas teorias filtradas hermeneuticamente pelos princípios que se entendem como basilares da sociedade, conforme definidos no capítulo inicial. Só assim será possível determinar, finalmente, se realmente a pena tem enfim finalidade e justificação, se a pena é compatível com a ideia de ressocialização, e se essa própria ideia é um ideal impossível ou simplesmente utópico.

Isso porque, em havendo uma indiscutível crise carcerária, muitas vezes denominada simplesmente de caos, necessário e pungente é vê-la como resultado de uma crise mais interna e profunda, isto é, de sua legitimidade, para só então poder realmente construir um sistema punitivo que condiga com os valores e princípios propugnados pelo Estado Democrático de Direito ao qual estamos constitucionalmente atrelados. Rever as teorias da pena por uma lupa constitucional significa, em última análise, repensar a própria fundamentação que se pretende dar ao Direito Penal, e aí reside a relevância da presente dissertação.

Esta dissertação encaixa-se plenamente na linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos”, haja vista que através de um exame crítico das teorias da pena e, mais especificamente, da finalidade de prevenção especial positiva da pena restritiva de liberdade, passa-se por uma análise dos próprios fundamentos do Direito Penal pela compreensão de que a dignidade da pessoa humana deve ser sempre respeitada como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1

PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO ESTADO DE DIREITO

1.1 Considerações preliminares

O formalismo reduz legitimidade a legalidade e torna inviável qualquer referência a parâmetros substantivos, porque concebido somente na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico; o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências a valores.¹ O momento histórico dessa concepção de direito foi aquele no qual Radbruch escreveu:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa à prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem.²

Desse modo, ao comparar o jurista ao soldado, fez-se crítica tenaz à crueldade que pode haver quando a crítica aos fundamentos da lei e ao direito se torna impossível. Nesse caso,

¹ CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERNAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13-36, p. 15.

² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Stvdivm, 1997. p. 415.

a lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.³

Ora, se o direito é justo porque é legítimo, como escreveu Bonavides, “só a lei pode ser injusta porque nem sempre é legítima”.⁴ Então, a distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou seja, entre condições formais e substanciais impostas “*es válido ejercicio del poder, es esencial para aclarar la naturaleza de la relación entre democracia política y estado de derecho*”.⁵

Por isso, trata-se, hoje, entretanto, de repensar os procedimentos clássicos de tensão entre os poderes estatal e da sociedade, “entre as formas tradicionais de normatividade e as manifestações plurais não formais de jurisdição”,⁶ pautando-se, hoje, principalmente, a projeção dos direitos derivados da dignidade humana.

A normatividade constitucional, elevada ao seu mais alto grau de eficácia material, parece ser a resposta a esses dilemas. O chamado “novo edifício constitucional erguido na idade do pós-positivismo”⁷ traz a importância dos princípios como tão considerável e fundamental que os constitucionalistas “abraçados com sua normatividade, sendo já tão numerosos, chegam, sem exagero, a formar uma nova escola: a escola principiológica”.⁸

³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Stvdivm, 1997. p. 415.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência*. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 219.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibañes, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Bosco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995. p. 858.

⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERNAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37-50, p. 37.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 143.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 143.

A atual conjuntura jurídica impende na superação da legalidade pela legitimidade, das regras pelos princípios, do fato pelo valor, da indeterminação pela certeza.⁹

O direito contemporâneo programa, pois, também os conteúdos substanciais das normas, vinculados aos princípios inscritos nas constituições mediante técnicas de garantias:

Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; [...].¹⁰

Dessa dimensão substancial Ferrajoli entende haver também influência na teoria da interpretação e da aplicação da lei,

al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.¹¹

A legitimidade material aponta para a necessidade de os princípios da lei fundamental estarem presentes em todos os atos do Estado. A diferenciação básica entre regras e princípios engloba diversas teorias, as quais não se pretende esgotar; todavia, podem-se citar os critérios de grau de abstração, de determinabilidade na aplicação do caso concreto, do caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, da proximidade da ideia de direito, da natureza normogenética etc.¹²

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 20.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 20.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 166.

Os princípios jurídicos fundamentais foram historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica, estando, hoje, recebidos, implícita ou expressamente, nas constituições democráticas, tendo aplicabilidade direta, na medida em que, por exemplo, nas palavras de Canotilho, “valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição”.¹³ Isso porque se pode qualificar essa substancialidade como o “direito dos direitos”, ou seja: liberdades e garantias previstas no texto constitucional e que legitimam a atividade jurídica.

São os princípios político-constitucionais (ou politicamente conformadores), pois, aqueles que explicitam as valorações políticas fundamentais da assembleia constituinte, ou seja, são aqueles que refletem a ideologia da constituição, sendo o seu cerne político.

Para Canotilho, eles definem a própria forma e estrutura do Estado e do regime político¹⁴ e devem, por isso, ser levados em conta tanto em atividades interpretativas quanto em atos criativos de norma. Eles subsumam-se em todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado a realização de fins e a execução de tarefas. São norteadores da tarefa estatal, portanto, porque dinâmicos e prospectivamente projetados.

1.2 Democracia

De início pode-se dizer que democracia designa a forma de governo pelo qual o poder político é exercido pelo povo.¹⁵ Encontram-se nessa ideia, também, dois

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 186.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 172.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. Mexico (DF): Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 188.

postulados: em primeiro lugar, a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto contra a vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se, “o protesto contra o tormento da heteronomia”.¹⁶

Ora, da ideia de que somos todos iguais poder-se-ia deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina, escreveu Kelsen, que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios, para o autor, “é justamente a característica da democracia”.¹⁷

Em outras palavras, democracia significa também identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.¹⁸

Não apenas isso, todavia. O processo de ampliação da democracia na sociedade contemporânea não se apresenta somente através de uma democracia representativa, direta, mas também, e sobretudo, com uma instituição de procedimentos que permitam a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo, em corpos diferentes de políticos. Em outras palavras, “*es decir, en la esfera en la que el individuo es tomado en consideración como ciudadano, a la democracia en la esfera social, donde el individuo es tomado en cuenta en la multiplicidad de sus status*”.¹⁹

Essa esfera social é, nas palavras de Habermas, “um sistema de alarme dotado de sensores sensíveis no âmbito de toda a sociedade”.²⁰ Com isso, o autor entende

¹⁶ KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

¹⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

¹⁸ KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 35.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. Mexico (DF): Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 219.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 91.

que a sociedade civil não deve se limitar a reforçar a identificar e perceber problemas sociais, mas “tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar.”²¹ Esse movimento é saudável: “para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”.²²

Em caso contrário, alerta Habermas, deixamos livre a possibilidade de surgimento de movimentos populistas que defenderão determinados segmentos petrificados da sociedade. Esses movimentos são modernos devido às formas de sua mobilização, porém antidemocráticos em seus objetivos.²³

Sob este aspecto, é possível entender os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como outros tantos passos rumo à concretização jurídica desses princípios e para a institucionalização dos processos da política deliberativa.²⁴ E, nesse aspecto,

Pode-se definir a democracia das maneiras as mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder.²⁵

Então, na pretensão de caracterizar o democrático, dir-se-ia dele como um sistema processual e dinâmico e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político “fenomenologicamente originário e metaconstitucional”,²⁶ o qual, em sendo um Estado Constitucional Democrático, deve estar conforme a lei fundamental, a

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 91.

²² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 9.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 104.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 55.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 10.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 43.

qual pressupõe um modelo de legitimação democrática.²⁷ Afirma-se, aqui, ser democracia um conjunto de regras que estabelecem “quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.²⁸

Todas as classes de normas sobre a produção jurídica foram distinguidas entre formais (vigência) e substanciais (validade), sendo estas as que garantem as dimensões da democracia. A dimensão formal da democracia garante que as decisões estejam conformes com a vontade da maioria; e a material, a qual

*bien podría llamarse “democracia sustancial”, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella.*²⁹

Nesse viés, são os direitos fundamentais a substância da democracia política, impedindo que a maioria, mesmo que unânime, possa decidir pela violação de um direito de liberdade, por exemplo, atuando não só como fator de legitimação de decisões, mas também o oposto.

Dessa forma, uma concepção de democracia não puramente procedimental (ou formal) corresponde a um empecilho para o absolutismo político, posto que

*una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales – ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales – como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría.*³⁰

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 43.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 18.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 23.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 25.

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais têm função democrática.

Isso porque, conforme Canotilho, as derivações do princípio democrático não só entrelaçam-se com os direitos subjetivos de participação e associação, funcionais da democracia, como também, os direitos fundamentais, direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático.³¹

Costuma-se também distinguir a democracia formal da substancial através de uma outra conhecida formulação: a democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo. Não é o caso, aqui, de repetir ainda uma vez que nessas duas acepções a palavra “democracia” é usada em dois significados diversos o suficiente para produzirem inúteis e intermináveis discussões, como a dedicada a saber se é mais democrático um regime em que a democracia formal não se faz acompanhar de uma ampla igualdade ou o regime em que uma ampla igualdade é obtida através de um governo despótico. Desde que na longa história da teoria democrática se combinam elementos de método e motivos ideais, que apenas se encontram fundidos na teoria rousseauiana, na qual o ideal fortemente igualitário que a move só encontra realização na formação da vontade geral, ambos os significados são historicamente legítimos. Mas a legitimidade histórica de seu uso não permite nenhuma ilação sobre a eventual presença de elementos conotativos comuns.³²

A igualdade nos ou dos direitos representa um momento ulterior na equalização dos indivíduos com respeito à igualdade perante a lei entendida como

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 431.

³² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 40.

exclusão das discriminações da sociedade por estamentos significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.³³

1.3 Republicanismo

Todo governo, escreveu Platão em *A república*, objetiva unicamente o maior bem dos indivíduos que governa.³⁴ O princípio republicano, pois, é tão essencial como os outros princípios constitucionais estruturantes, porque está com eles estritamente associado e, além disso, é um elemento vertebrador da ordem constitucional democrática.³⁵

Uma forma tradicional de captação do sentido de República é dizer-se dela como uma não monarquia: exclui qualquer transmissão hereditária do poder, tampouco tem qualquer justificação teocrática. Poder-se-ia dizer também do republicanismo como sendo um regime de liberdade (oposto ao regime autoritário)³⁶ e, nos termos constitucionais atuais, a república tem de ser uma democracia: ela se baseia na vontade popular, na esfera pública, e na garantia dos direitos e liberdades.

Desse modo, a associação do conceito de república a “Estado regido por leis”, a “democracia” e a “governo não despótico” permite vislumbrar outro sentido útil de república: fundamento do Estado de Direito. Na medida em que se proclama o primado da lei, a divisão de poderes como meio de evitar a tirania e o despotismo e a vinculação à constituição e à lei como forma de defesa da liberdade individual perante o poder, pode concluir-se que o conceito está vinculado ao de Estado de Direito.³⁷

³³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 41.

³⁴ PLATÃO. *A república*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 147.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 483.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 484.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 486.

O bom da cidadania está, escreveu Honohan, na ativa participação na autodeterminação coletiva.³⁸ Em outras palavras, essa participação coletiva tem um papel crucial na autojustificação do próprio regime, ou seja:

*that is, as a society in which (a) people form their opinions freely, both as individuals and in coming to a common mind, and (b) these common opinions matter: they in some way take effect on or control government. Just because it has this central role, the public sphere is the object of concern and criticism in liberal societies as well.*³⁹

Ser um cidadão de uma república é ser membro de uma comunidade não dominada, ou então, auto-orientada politicamente em busca do bem comum, e isso de uma forma intersubjetiva, escreveu Honohan, porque busca não apenas o próprio bem, mas também o dos outros, porque o conceito de bem comum é compartilhado em liberdade, em igual cidadania, “*which no one can achieve for themselves unless others in the same category enjoy it*”.⁴⁰

É claro, existem múltiplas perspectivas do que é o bem comum, e os cidadãos não necessariamente chegarão a uma unanimidade; por isso, Honohan propõe que o bem comum coletivo é melhor entendido de uma forma intersubjetiva e prática, mais do que de forma teleológica ou unitária. É possível compartilhar um conceito político de bem comum sem necessariamente compartilhar uma concepção de uma boa vida individualmente concebida.⁴¹ Isso é fundamental para a convivência e o respeito em sua sociedade tolerante.

Por isso o ideal republicano afirma-se como elemento cívico e político, verdadeiro *ethos* comunitário (*res publica*) e do povo (*res populi*). Este ideal

³⁸ HONOHAN, Iseult. *Civic republicanism*. London: Routledge, s.d. p. 155.

³⁹ “Isto é, uma sociedade na qual as pessoas formam suas opiniões livremente, tanto como individuais como em senso comum, e essas opiniões comuns importam: elas de alguma maneira têm efeito ou até mesmo controlam o governo. Simplesmente porque têm um papel central, a esfera pública é o objeto de preocupação e crítica também em sociedades livres.” (Tradução nossa.) In: TAYLOR, Charles. *Modernity and the rise of the public sphere*. Stanford: Stanford University, s.d. p. 221.

⁴⁰ “E que ninguém pode tomar para si a não ser que outros na mesma categoria também apreciem.” (Tradução nossa.) In: HONOHAN, Iseult. *Civic Republicanism*. London: Routledge, s.d. p. 155.

⁴¹ HONOHAN, Iseult. *Civic republicanism*. London: Routledge, s.d. p. 156.

ultrapassa o conceito de Estado de Direito e de democracia, posto que “a república é, assim, uma ‘possibilidade espiritual’ e uma ‘distanciação’: possibilidade de uma ‘sociedade mais livre, justa e fraterna’.”⁴²

1.4 Laicidade

A laicidade é uma das noções ligadas à tradição republicana, cristalizada em três princípios essenciais: “secularização do poder político, neutralidade do Estado perante as igrejas, liberdade de consciência, religião e culto”.⁴³ Na formação desses conceitos, conforme Catroga, teve influência basilar o entendimento surgido no modernismo do fenômeno religioso como uma manifestação histórica:

Com efeito, ao transformarem os fenômenos religiosos em objeto de conhecimento, tais leituras relativizaram-nos e reforçaram o convencimento de que o devir social estaria a entrar na sua última fase. Aqui, a deificação da humanidade traria a necessária “morte de Deus”, ou a insolúvel coexistência da Sua incognoscibilidade com os resultados da ciência.⁴⁴

Dessa forma, torna-se substancial a natureza e a história, mas não só: também a promessa do definitivo controle do futuro, o que era impossível em momento no qual o homem fosse um ser tutelado e “ontologicamente diminuído”.⁴⁵

Entende Catroga, também, por exemplo, que Auguste Comte, Herbert Spencer, Émile Durkheim, Karl Marx, Max Weber e, posteriormente, Sigmund Freud (mesmo com pensamentos divergentes), tinham a crença comum de que a religião perdera importância com o processo de industrialização. Ainda, a partir da obra de

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 488.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 490.

⁴⁴ CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 34.

⁴⁵ CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 34.

Max Weber, a burocracia, a racionalidade e a urbanização também foram apontadas como elementos favoráveis à secularização.⁴⁶

Isso porque, a partir do decorrer do século XVII, “surgiram novas formas de considerar a questão do conjunto social e político, e também novas ideias, tais como a soberania, o estado secular, os direitos do homem e o governo como uma estrutura racional”.⁴⁷ Essas ideias políticas, conforme Baumer, podem ser discutidas em três partes importantes: o absolutismo, o protesto contra o absolutismo e a ideia de política como uma ciência social. A separação entre ciência e religião despontou no iluminismo, aproximando-se, inclusive, nesse aspecto, às concepções de Hobbes e Locke, no sentido de que

nos assuntos quotidianos, nem Deus nem o direito natural podem ser de grande ajuda. O homem tem de aprender tais coisas, através da experiência, e não pode esperar obter certos conhecimentos, concedidos apenas pela matemática. Portanto, para Locke, a política era uma arte humana, como dizia Hobbes, mas, no entanto, era mais uma arte empírica.⁴⁸

Analisando semanticamente secularização e tolerância, vê-se que *saeculum* (de *secus* ou *sexus*) pode ser tanto “geração” quanto medição de tempo (século).⁴⁹ Já da tolerância (tem raiz indo-europeia em “*tol*”, “*tal*”, “*tla*”) exsurgem os latinos *tollere* (levantar, deixar) e *tollerare* (levantar, suportar, combater). Como se vê, tolerância recobre tanto o sentido negativo (permitir) quanto positivo, sendo este a “capacidade para levar conosco o outro com quem nos encontramos. Como se vê, se uns significados apontam para uma acepção passiva, outros implicam uma atitude ativa”.⁵⁰

⁴⁶ CATROGA. Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 35.

⁴⁷ BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII*. Trad. Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 117.

⁴⁸ BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII*. Trad. Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 137.

⁴⁹ CATROGA. Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 48.

⁵⁰ CATROGA. Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 65.

Os imperativos de índole moral da tolerância colocam-na no cerne da consciência, aspecto do qual, para Catroga, foi extraído um elemento formador do conceito do livre-arbítrio, trazendo o exemplo de Bayle, cuja doutrina protestante consubstanciava-se “numa espécie de secularização da doutrina protestante” para a qual “a consciência constituía o único critério, pelo que a concretização da universalidade da luz natural teria de passar pelo particularismo ligado à vida interior”.⁵¹

Este papel da consciência, elevada a juiz ou a tribunal interior contribuiu para a crescente eticização (Kant) da liberdade de pensamento e da própria vivência religiosa, irá conduzir a um dos momentos mais relevantes do combate pela ideia moderna de tolerância.⁵²

É da era moderna, portanto, o pensamento de que não cabe ao Estado intervir na consciência religiosa de seus cidadãos, tampouco “abrir as portas do céu e entender-se que tudo o que é imposição externa agride a consciência, pelo que nunca poderá conduzir à bem-aventurança, tarefa exclusiva do foro íntimo de cada indivíduo”.⁵³ Para Locke,

não cabe ao magistrado o cuidado das almas, nem tampouco a quaisquer outros homens. Isso não lhe foi outorgado por Deus, porque não parece que Deus jamais tenha delegado autoridade a um homem sobre outro para induzir outros homens a aceitar sua religião. Nem tal poder pode ser revestido no magistrado pelos homens, porque até agora nenhum homem menosprezou o zelo de sua salvação eterna a fim de abraçar em seu coração um culto ou fé prescritos por outrem, príncipe ou súdito.⁵⁴

O termo secularização começa, nesse período, a ser utilizado para definir os processos sociais de cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas laicas,

⁵¹ CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 77.

⁵² CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 78.

⁵³ CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 88.

⁵⁴ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 5.

mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção das ciências.⁵⁵ Foram os modernos os primeiros a ostentar, como máximas sociais, valores estritamente laicos, organizando a sociedade com base em princípios não vinculados a confissões religiosas. “Com efeito, o padrão moral e o fundamento último dos tempos democráticos modernos residem numa ética laica ou de cunho universalista.”⁵⁶

Das obrigações para com Deus tomam o lugar as prerrogativas do indivíduo, e as ideias de igualdade civil implicam uma ética universalista “de base estritamente humano-racional, que concretiza a passagem histórica para o período da modernidade democrática”.⁵⁷ Nietzsche, no século XIX, foi categórico: “o maior dos acontecimentos: que Deus está morto, que a crença no Deus cristão caiu em descrédito – já começa a lançar suas primeiras sombras sobre a Europa”.⁵⁸

Quanto à laicidade, vê-se que, em grego, *laós* designava a comunidade humana de povo, como um todo. Como escreveu Catroga, “o termo convida, portanto, ao posicionamento, como premissa, de uma ideia substancial e povo e à sua postulação, antes de tudo, como raiz das diferenças, isto é, como fonte de onde promana o povo como *dêmos* e como *pólis*”.

Por fim, o *laós* é incompatível com a discriminação de indivíduos, quaisquer que sejam. Dessa forma, a organização política do Estado tem de estar assentada também na soberania popular, postulando não só a igualdade, mas também a aceitação das diferenças, “a começar pelas de índole individual, é sua função criar uma realidade comum a todos, mas de acordo – e contra as suas interpretações

⁵⁵ DUSSEL, Enrique. Da secularização ao secularismo da ciência europeia, desde o Renascimento até o Iluminismo. In: _____. *Caminhos para a libertação da América Latina* (02). São Paulo, 1984. p. 244.

⁵⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Barueri: Manole, 2005. p. 3.

⁵⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Barueri: Manole, 2005. p. 3.

⁵⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência. In: _____. *Obras incompletas*. Seleção de textos de Gérard Lebrun; tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 211.

homogeneizadoras – com uma prática de alteridade, em que o *outro* não seja, tão só, pretexto narcísico de autorreconhecimento”.⁵⁹

1.5 Dignidade humana

Introduzir o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na consciência, na vida e na práxis dos que exercitam o poder estatal e dos que, enquanto entes da cidadania, são, do mesmo passo, titulares e destinatários da ação de governo, representa uma exigência e um imperativo de elevação institucional e de melhoria qualitativa das bases do regime. É o que se preconiza numa sociedade açoitada de inumeráveis lesões aos direitos fundamentais e de frequente desrespeito às garantias mais elementares do cidadão livre, aquele que se prepara para compor os quadros da democracia participativa do futuro.⁶⁰

O princípio da dignidade humana, que insiste na intrínseca e objetiva importância de como a vida humana é vivida, pode parecer, diz Dworkin, “*too pious and noble to have the popularity I claim for it*”,⁶¹ e, por isso, ele conclama:

*Start with yourself. Do you not think it important that you live your own life well, that you make something of it? Is it not a matter of satisfaction to you and even pride when you think you are doing a good job of living and a matter of remorse and even shame when you think you are doing badly? [...]. You might mean, first, that a long life full of pleasure is the best kind of life you can live. [...]. Or you might mean, second, that indeed you do not care about the goodness of your life as a whole, that you want only pleasure now and in the future.*⁶²

⁵⁹ CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 488.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 232.

⁶¹ “Muito piedoso e nobre para ter a popularidade que reivindico para isso.” (Tradução nossa). DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 11.

⁶² “Comece com você mesmo. Você não acha que é importante que você viva sua própria vida também, que você faça alguma coisa dela? Não é uma questão de satisfação para você e até mesmo orgulho quando você pensa que está fazendo um bom trabalho de vida e uma questão de remorso e até mesmo vergonha quando você pensa que está fazendo mal? [...]. Você pode dizer, em primeiro lugar, que uma vida longa e cheia de prazer é o melhor tipo de vida que você pode

Essa liberdade de decisão, sobre o que é importante para cada um na busca da felicidade, implica o respeito à própria humanidade e personalidade, as quais encerram a própria capacidade jurídica, constituindo o conceito e a base abstrata do próprio Direito. A norma jurídica, portanto, “*se personifica y respeta a los demás como personas*”.⁶³

Esse respeito à humanidade (e à dignidade humana, por consequência) implica a visão de ser o homem o fim, e não um instrumento das normas jurídicas, “pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil”.⁶⁴

Costuma-se apontar, todavia, que a dignidade humana não poderá ser conceituada de maneira definitiva e fechada, até porque essa definição iria contra o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades contemporâneas (democráticas).⁶⁵ Por isso não se poderá olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, porque inerente a todo e qualquer ser humano, pois até mesmo os maiores criminosos são iguais em dignidade⁶⁶ no sentido de serem reconhecidos como pessoas, jamais coisificados.

Dignidade da pessoa humana, como também comumente se chama, é um valor tão supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do

viver. [...]. Ou você pode dizer, segundo, que na verdade você não se importa sobre a qualidade da sua vida como um todo, que deseja apenas prazer, agora e no futuro.” (Tradução nossa). In: DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 11.

⁶³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia del Derecho*. Prologo de Karl Marx. Trad. Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Claridad, 1968. p. 68.

⁶⁴ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 174-175.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 43.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 46.

homem.⁶⁷ Vê-se, então, que esse princípio é subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, de respeito ao próximo,⁶⁸ e identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas, simplesmente porque elas existem no mundo.⁶⁹

Por fim, o respeito à dignidade, para Kant, é um imperativo categórico, um princípio prático supremo de respeito à vontade humana, ou seja, é uma representação daquilo que é “necessariamente fim para todos, porque é fim em si mesmo, um princípio objetivo da vontade que pode, por conseguinte, servir de lei prática universal”.⁷⁰ Para a ação com respeito a esse imperativo, o filósofo conclui que:

Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio.⁷¹

1.6 Direitos fundamentais

Além dos princípios que concernem à forma do Estado, estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias de toda a ordem político-constitucional, alguns já analisados, há outros que visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuída uma “densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”.⁷²

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 105.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 252.

⁷⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009. p. 242.

⁷¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009. p. 243.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 173.

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade, e cumprem uma dupla função:

(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁷³

Uma definição formal de direitos fundamentais é dada por Ferrajoli como aquela na qual são eles os que correspondem universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados do *status* de pessoas e cidadãos, com expectativas positivas, de prestações, e negativas, de não sofrer lesões, todas adstritas por normas jurídicas positivas. Essa definição é formal porque vinculada a direitos fundamentais positivados em leis e constituições das atuais democracias.⁷⁴

Essa classificação, todavia, perde segurança quando se percebe que não necessariamente estariam positivados esses direitos em um Estado totalitário, ou, também, no caso de uma sociedade escravista em que a universalidade das garantias restaria prejudicada, pois esses direitos “*no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales*”.⁷⁵

Podem-se verificar essas características nos direitos de personalidade (direitos de cidadania), ou seja, os direitos substanciais ou primários, bem como nos secundários, instrumentais, ou de autonomia. Dos primeiros temos exemplos dos

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 37.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 38.

direitos à vida, à integridade, à liberdade de ir e vir, de consciência, de manifestação, à saúde, à educação e, por fim, às garantias penais e processuais. Dos últimos, vêm os direitos públicos, como de residência e circulação no território nacional, de reunião, de associação, ao trabalho, à subsistência, a negociar, contratar, eleger etc.⁷⁶

O que diferencia os direitos fundamentais dos outros direitos são a garantia dos interesses e necessidades de todos, estipulados como vitais (vida, liberdade, subsistência), de forma universal (sem discriminação), inalienável, indisponível e constitucional, sendo usados como técnica, ou garantia, para a tutela de tudo o que a constituição considera como fundamental.

Além desses elementos formais, a substância deles, tanto os de liberdade (que impõem proibições) como os sociais (que impõem obrigações), exsurtem como conteúdo das decisões tomadas no sistema político que assegure que a onipotência da maioria não se sobreponha a eles:

Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayorías son normas formales en orden a lo que es decidióle por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidable que, y de lo no decidable que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.⁷⁷

Com isso se percebe que direitos fundamentais estabelecem as condições da validade das normas, distintamente das formalidades que as tornam vigentes, estando diretamente relacionados com o conceito de democracia material ou substancial.

Por tanto, no se trata de “derechos del Estado”, “para el Estado” o “en interés del Estado”, como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría.⁷⁸

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 40.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 51.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 53.

Com efeito, ainda, os direitos fundamentais, sendo a parte substancial e legitimadora da própria democracia, impedem que sejam modificados por decisões, mesmo que majoritárias. Conforme Ferrajoli, “*tales normas están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como inviolables, de manera que todos y cada uno son sus titulares*”, porque estabelecidos como pressupostos do contrato social, sendo anteriores a ele, legitimadores do próprio pacto.

Essa ideia de que o contrato social é uma metáfora da democracia política, porque legitima o poder político, implica não ser um acordo vazio, porque a violação de seus pressupostos legitima a ruptura do pacto. Os direitos fundamentais, dessa forma, se afirmam, nos dizeres de Ferrajoli, como a lei do mais débil em alternativa à lei do mais forte. Essa é própria ideia do constitucionalismo.⁷⁹

Essa concepção material dos direitos fundamentais reabilita o Estado e o consagra como agente e protetor desses direitos, conferindo-lhe aquela dignidade da qual o liberalismo o privara, estabelecendo a substituição do dualismo Estado-indivíduo ou Estado-sociedade de indivíduos “pelo monismo corporificado na unidade intrínseca da santíssima trindade constituída de Estado, pessoa humana e sociedade, entendida aqui a sociedade como sociedade de sociedades”.⁸⁰

Disso resulta o considerável alargamento das funções dos direitos fundamentais, que já não se circunscrevem meramente aos direitos de defesa, mas passam a adquirir quatro novas funções: a axiológica, a institucional, a participativa, e, por último, a função postulativa ou função reivindicante.⁸¹

A isso que se chamou de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, métodos da hermenêutica contemporânea, são pressupostos instrumentais de capital

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 54.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 541.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 541.

importância e aplicação indeclinável para caracterizar a democracia nesta idade em que o princípio democrático já não pode deixar de ser proclamado e reconhecido como um direito fundamental.⁸²

Os direitos do homem forneciam um “critério”, um “fundamento”, uma “verdade”, um “valor” universal para se distinguir entre “Estado constitucional” e “Estado não constitucional”. Alguma coisa mudou no pós-modernismo. Aparentemente, assiste-se ao revigorar do *subjectivismo* nos direitos fundamentais, em sintonia com o “subjectivismo radical” que se detecta na poesia, na música, na nova “religiosidade”, nos movimentos políticos e até nas teorias científicas.⁸³

O mundo que Canotilho chama de “pós-moderno” é aquele que é plural em seus discursos, histórias, ideias, progressos, onde, com destaque, exsurge a singularidade do indivíduo.

[...] todavia, este indivíduo singular assume-se como *pós-sujeito*: renuncia a “verdades universais” e, em vez de projectar mundos, encontra os “fenómenos” e os “sistemas”. Neste sentido se diz que é um *indivíduo topológico*, um “espectador de aconteceres” soberanamente “indiferente”.⁸⁴

Dar nova fundamentação teórica aos direitos fundamentais exige não apenas uma distinção com os demais direitos subjetivos, mas também sua aplicabilidade a todas as pessoas, por mais heterogêneas que possam ser: desde o direito à vida, à liberdade pessoal, desde os diversos direitos de liberdade (de opinião, de manifestação, de imprensa, de religião, de reunião, de associação, de circulação) até mesmo de domicílio e de inviolabilidade de correspondência, passando pelos direitos políticos, civis, de capacidade jurídica, de trabalho, como também direitos sociais, ao trabalho, à subsistência, à saúde, à educação, a um salário justo, e a direitos à paz, ao meio ambiente, à informação e à autodeterminação.⁸⁵

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 543.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 41-42.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 41-42.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Bosco, Rocío Cantarero Bandrés Madrid: Trotta, 1995. p. 915.

A ideia de direitos fundamentais, pois, constitui a *raiz antropológica* essencial da legitimidade da constituição e do poder político, no pressuposto de que se não há, hoje, “universalidades”, “dogmatismos morais”, “metafísicas humanistas”, “valores éticos indiscutíveis”, pode, pelo menos, estabelecer-se uma inter-relação entre os homens, a partir de universalidades e intersubjetividades. Esta dimensão, como se vê, nos reconduz, sempre, aos chamados “direitos do homem”.⁸⁶

1.6.1 Liberdade

Em particular, a liberdade faz o homem escolher e, em parte, causar seus próprios atos e situações. Na liberdade moral e mental, ele pode escolher ou mudar seus próprios valores, seus desejos, seus gostos. Em todos esses aspectos, e em todos os graus possíveis, a liberdade é autoescolha, autodeterminação, autocausação e autocriação. Isso é frequentemente visto como a mais profunda essência do homem, sua ontologia básica.⁸⁷ Uma profunda tradição filosófica faz da liberdade a essência do homem,⁸⁸ sendo a não liberdade, portanto, a própria negação da humanidade e a coisificação da pessoa.

Justifica-se a liberdade pela ontologia humana, na medida em que intrínseca à sua própria natureza e essência. É parte de seu ser, condição para sua existência. É, dessa forma, condição para sua própria dignidade, sendo seu desrespeito uma espécie de mutilação e escravidão.⁸⁹

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 42.

⁸⁷ KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 55.

⁸⁸ KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 55.

⁸⁹ KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 111.

Sempre que se transfere parte da liberdade ou se renuncia a ela, leva-se em conta a transferência recíproca a si próprio de algum direito ou tem-se em vista algum outro bem que se espera obter por esse meio. Trata-se de um ato voluntário, mas com o objetivo do bem próprio. Por isso, o motivo e o objetivo pelos quais renunciamos a um direito ou o transferimos nada mais é do que a segurança pessoal, relativa à nossa própria vida e aos meios para conservá-la.⁹⁰ Para Beccaria, de sua liberdade o homem só consente em entregar

em depósito público senão a menor porção possível, somente aquela que baste a induzir os outros a defendê-lo. O conjunto desta mínima porção possível forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não direito.⁹¹

Destaca o autor que o Direito não é necessariamente contraditório à força, mas que existe uma inter-relação, ou seja, o primeiro modifica a segunda, necessariamente impondo à força a necessidade de utilidade ao maior número. Já por justiça, ele entende “outro senão o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, sem isso, se dissolvem no antigo estado de insociabilidade”.⁹²

Uma segunda concepção da liberdade é a de condição essencial para o desenvolvimento e exercício da própria personalidade⁹³ e das capacidades morais do indivíduo, em especial a liberdade de pensamento e de consciência. Dessa forma, a liberdade de consciência é uma liberdade fundamental:

Se alguém negar que a liberdade de consciência é uma liberdade fundamental e afirmar que todos os interesses humanos são comensuráveis, e que entre dois interesses quaisquer sempre existe uma

⁹⁰ MAFFETONE, Sebastiano, VECA, Salvatore (Org.). *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101-102.

⁹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Aléxis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 41.

⁹² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Aléxis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 41.

⁹³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 347.

taxa de intercâmbio com base na qual é racional equilibrar a proteção de um em relação à proteção do outro, aí chegaremos a um impasse.⁹⁴

Por isso John Stuart Mill assentou em sua obra: *permita-se a existência de indivíduos*, afirmação cujas razões Kateb explica: não existem indivíduos suficientes, eles são necessários. Mas, necessários ou não, eles são a maior razão da existência da sociedade, porque:

*A true individual will not fairness impair the individuality of any of his fellows or harm their vital interests. Mill's zeal for individuality is (to use one of his favorite words) balanced by a strong concern for or justice. Fairness or justice will conscientiously limit individuality, but ideally the limitation will not be experienced as constraint.*⁹⁵

Para Mill, existe um limite à interferência legítima da opinião coletiva na independência individual e, para encontrar esse limite e protegê-lo contra a usurpação, é necessária a proteção contra o despotismo político. Ele reconhece, todavia, que, a forma do ajuste dessa independência individual com o controle social, *“is a subject on which nearly everything remains to be done”*.⁹⁶

O único princípio justificador da interferência na liberdade é a proteção de um indivíduo ser prejudicada por outro (*harm to others*). O seu próprio bem, físico ou moral, não faz parte dessa outorga:

He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading

⁹⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 367.

⁹⁵ “Um verdadeiro indivíduo não irá prejudicar a individualidade de qualquer de seus companheiros ou prejudicar os seus interesses vitais. O zelo de Mill para a individualidade é (para usar uma de suas palavras favoritas) equilibrada por uma forte preocupação com equidade ou justiça. Justiça ou a equidade irão conscientiosamente limitar a individualidade, mas idealmente a limitação não será sentida como uma restrição. (Tradução nossa). In: KATEB, George. A reading of on liberty. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill* (Rethinking the Western tradition). New Haven: Yale University Press, 2003. p. 30.

⁹⁶ “É um assunto sobre o qual quase tudo ainda precisa ser feito” (tradução nossa). In: MILL, John Stuart. *On liberty*. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill* (Rethinking the Western tradition). New Haven: Yale University Press, 2003. p. 76.

him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to someone else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.⁹⁷

É evidente, e Mill explica, que essa doutrina se aplica a seres humanos na maturidade de suas faculdades, excluindo-se crianças ou incapazes, porque esses precisam da óbvia proteção dos outros, inclusive contra as autolesões, além das externas.⁹⁸

A natureza humana não é uma máquina a ser construída a partir de um modelo e regulada a fazer exatamente o trabalho prescrito, mas uma árvore que precisa de crescimento e desenvolvimento para todos os lados, de acordo com a tendência das forças internas, que fazem dela um ser vivo.⁹⁹

Ademais, o argumento mais forte trazido pelo autor é o de que essa influência ilegítima do social na liberdade individual geralmente será errada, no lugar errado, porque no que tange à moralidade social, nos deveres com os outros, a opinião pública, a maioria, geralmente julga de acordo com seus próprios interesses, ou seja,

⁹⁷ “Ele não pode ser legitimamente compelido a fazer ou a deixar de fazer algo simplesmente porque será melhor para ele fazê-lo, ou porque vai deixá-lo mais feliz, ou porque, na opinião dos outros, é sábio ou mesmo o certo a fazer. Estas seriam boas razões para protestar, argumentar com ele, persuadi-lo, ou pedir-lhe, mas não para compeli-lo, ou ameaçá-lo com qualquer mal no caso de ele fazer o contrário. Para justificar a conduta pela qual se deseja detê-lo, deve ser analisado se ele vai produzir o mal para outra pessoa. A única parte da conduta de qualquer um, que é passível de influência da sociedade é a que diz respeito aos outros. Na parte que concerne à independência é, direito absoluto seu. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e a mente, o indivíduo é soberano.” (Tradução nossa). In: MILL, John Stuart. *On liberty*. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill* (Rethinking the Western tradition). New Haven: Yale University Press, 2003. p. 80-81.

⁹⁸ MILL, John Stuart. *On liberty*. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill* (Rethinking the Western tradition). New Haven: Yale University Press, 2003. p. 81.

⁹⁹ MILL, John Stuart. *On liberty*. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill* (Rethinking the Western tradition). New Haven: Yale University Press, 2003. p. 124.

da forma com que a conduta, se permitida a ser praticada, afetará a ela própria, e não ao indivíduo.¹⁰⁰

Para Posner, o princípio fundante da teoria de Mill é simples, mas sua aplicação geralmente difícil: o único meio pelo qual a humanidade tem legitimidade, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de qualquer um, é a autoproteção, ou seja, para prevenir danos a outrem, e esses danos devem ser tangíveis, materiais, físicos, financeiros; e, se emocionais, focados e diretos, mais do que morais ou espirituais.¹⁰¹

Uma terceira forma de conceituação da liberdade é a de diferenciá-la entre negativa e positiva. Negativa como ausência de impedimento ou constrição: “*libertad negativa*’ comprende tanto la ausencia de impedimento, es decir, la posibilidad de hacer, cuanto la ausencia de constricción, es decir, la posibilidad de no hacer”.¹⁰²

Liberdade positiva é aquela pela qual o sujeito pode orientar sua vontade para um objetivo, tomar decisões sem ver-se manejado por outros. É a chamada autodeterminação ou, mais apropriadamente, autonomia.¹⁰³

1.6.2 Autonomia da consciência

É um direito fundamental, portanto condicionador da atuação do Estado, já que as regras, mesmo que tenham suas condições de aplicabilidade preenchidas, se

¹⁰⁰ MILL, John Stuart. On liberty. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill* (Rethinking the Western tradition). New Haven: Yale University Press, 2003. p. 147.

¹⁰¹ POSNER, Richard A. On liberty: a reevaluation. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill* (Rethinking the Western tradition). New Haven: Yale University Press, 2003. p. 197.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 98.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 100.

impostas às pessoas que as rechaçam por suas convicções morais terão validade questionada, até porque a relação da liberdade de consciência com a dignidade da pessoa humana é indiscutível, posto que se pretende instrumental para o livre desenvolvimento da personalidade e,

ao tratar a pessoa humana como fim, e não como meio, como sujeito, e não como objeto, o Estado Democrático de Direito busca proteger não apenas a sua vida corpórea, mas também favorecer a procura pela própria felicidade. A legitimidade mesma do Direito, ao cabo, depende de sua compatibilidade “com os princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades”.¹⁰⁴

Se as concepções do bom e do justo forem consideradas como dadas e enraizadas na sociedade, deve-se admitir que há uma pluralidade dessas concepções, todas elas inegociáveis, porque se deve reconhecer que, “por trás do véu de ignorância, os princípios de justiça que garantem igual liberdade de consciência são os únicos princípios que elas podem adotar”.¹⁰⁵

Afinal, escreveu Heidegger, a igualdade, o ser-igual, pressupõe necessariamente pluralidade.¹⁰⁶

Em outro caso, admitindo-se que essas concepções estão sujeitas à revisão racional, também dever-se-á compreender que a capacidade dessa revisão requer a liberdade de consciência para ser realizada.¹⁰⁷

Ademais, acaso fosse o homem pensado simplesmente como sujeito a uma lei qualquer, esta última pressuporia em si uma mera obrigação, uma vez que não

¹⁰⁴ HERINGER JÚNIOR, Bruno. A liberdade de consciência na Constituição de 1988. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 10.

¹⁰⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 370.

¹⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la filosofía*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1999. p. 112.

¹⁰⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 370.

derivaria da sua vontade, e que deveria ele, pois, agir em conformidade com uma lei (alheia, feita por outrem) por dever. Não se saberia, dessa forma, qual o fundamento desse dever, mas sim que estaria condicionado à autonomia da vontade.¹⁰⁸

Aliás, a esfera da autonomia de vontade e de consciência não está entre os bens disponíveis ao indivíduo pactuar, visto ser inalienável, isto é, anterior e insuscetível de pacto (seu próprio pressuposto), pois os homens “tendo nascido iguais e livres, só alienam sua liberdade em proveito próprio”.¹⁰⁹

Em outras palavras, poder-se-ia dizer que todos os homens estão submetidos à lei de forma racional, que regula a suas relações. São os homens, pois, fins da lei unidos sistematicamente por meio dela.¹¹⁰

Essa legislação, todavia, deve, justamente pela razão de ter no seu fim o homem, ter uma dignidade, ou seja, uma validade incondicionada e incomparável, em relação à qual somente o respeito a ela constituiria expressão adequada da estima que um ser racional deve tributar-lhe: “a autonomia é, portanto, o princípio da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”.¹¹¹

A própria bioética traz em seu bojo o conceito de respeito à autonomia do agente, sendo, no mínimo, o conhecimento que o direito da pessoa a ter uma visão da vida, fazer escolhas e praticar ações é baseada em valores e crenças pessoais. Isso envolve uma ação de respeito, não apenas uma atitude de respeito. Requer, também, mais do que uma não interferência nos assuntos pessoais do outro, porque inclui a obrigação de manter a capacidade do outro para escolha autônoma de suas ações. Respeito, nesse aspecto, “*involves acknowledging decision-making rights and*

¹⁰⁸ MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 219.

¹⁰⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 24.

¹¹⁰ MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 220.

¹¹¹ MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 223.

enabling persons to act autonomously, whereas disrespect for autonomy involves attitudes and actions that ignore, insult, or demean other's rights of autonomy".¹¹²

¹¹² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2001. p. 63. "Envolve o reconhecimento de direitos de tomada de decisões e permitir às pessoas a agir de forma autônoma, enquanto que o desrespeito pela autonomia envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou diminuem outros direitos de autonomia". Tradução nossa.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO PENAL

2.1 Considerações preliminares

“Com a liberdade ocorre o mesmo que com a verdade ou com a situação linguística ideal.”¹¹³ Isso quer dizer que, no mundo das experiências, existem inúmeras possibilidades de interpretações. O pressuposto óbvio para essa possibilidade de interpretação é a liberdade.

Ela não é absoluta, todavia, porque a relação entre os seres humanos implica a sua aproximação e conseqüente tensão. No Direito Penal, com base em princípios que o tornem racional, deve-se discutir sobre como podem ser produzidas as aproximações à liberdade e não sobre o determinismo e o indeterminismo, que tolhem previamente essa própria liberdade.

2.2 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade se impõe como imprescindível princípio de civilidade jurídica,¹¹⁴ e, porque historicamente se condicionou a diferentes pressupostos ideológicos, se renovam no tempo sua definição e sua função.¹¹⁵

¹¹³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 307.

¹¹⁴ MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2002. p. 134.

Não há crime, tampouco pena, sem culpabilidade. *Nullum crimen sine culpa e nulla poena sine culpa* são dois adágios fundamentais ao Direito Penal. A sua função, pois, é a de ser fundante do próprio poder punitivo, postulando que a retribuição ao crime seja proporcional à reprovabilidade do mal cometido, de acordo com a liberdade do autor de assim ter agido. De outro lado, a função político-garantista surge como a de limitar o poder punitivo: na medida da pena.¹¹⁶

Desse modo, é não apenas requisito do crime, como também critério de mensuração da pena, “*quale salvaguardia degli antagonistici valori della persona umana contro ogni strumentalizzazione per fini utilitaristici di politica criminale*”.¹¹⁷ Esse princípio impõe, portanto, seja o sujeito chamado a responder por atos relativos ao seu controle, e não mais que isso, pois fundado na liberdade de escolha. De outro lado, veta a superação do limite máximo da pena, em razão da proporção que impõe. De forma única, pode-se dizer que “*la colpevolezza resta imprescindibile principio del diritto penale*”.¹¹⁸

A natureza da culpabilidade, por sua vez, se deixa caracterizar com mais acerto com a palavra reprovabilidade. É de Bettiol o conceito de que “culpa é um juízo de reprovação pessoal pela perpetração de um fato lesivo de um interesse penalmente protegido”.¹¹⁹ Já conforme Welzel, é aquela qualidade da ação antijurídica que possibilita se faça uma reprovação ao autor; e, na ordem jurídica, está presente no que se chama de reprovação de culpabilidade e a culpabilidade como juízo de culpabilidade.¹²⁰ Culpabilidade é, pois, em um sentido mais próprio, a

¹¹⁵ No que tange à sua estrutura (imputabilidade, consciência [ou potencial consciência] da ilicitude, capacidade de determinação, dolo e culpa [em sentido estrito], causas de exclusão etc.) não se farão digressões, porque despicienda essa análise para as conclusões às quais se pretende chegar.

¹¹⁶ MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2002. p. 137.

¹¹⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2002. p. 138. “[...] tal qual uma salvaguarda dos valores da pessoa humana contra a intenção instrumentalizadora de determinados fins utilitaristas de política criminal”. Tradução nossa.

¹¹⁸ MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2002. p. 138. “a culpabilidade é imprescindível princípio do Direito Penal”, Tradução nossa.

¹¹⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale: parte generale*. Padova: CEDAM, 1966. p. 325.

¹²⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma, 1956. p. 148.

reprovabilidade como valoração da vontade de ação, e objeto dessa valoração é a vontade antijurídica de ação.

Assim, tem-se culpabilidade como característica específica que converte o ato de vontade em um ato culpável, e, para tanto, o elemento constitutivo da culpabilidade é um ato de vontade em um ato culpável,

*y por tanto, el elemento constitutivo de la culpabilidad, en el acto de voluntad que expresa en forma especialmente marcada el término “reprochabilidad”; en el segundo de los significados, “culpabilidad” es el acto de voluntad mismo, junto con su condición de disvalor: la voluntad reprochable de acción.*¹²¹

Como referido, seu pressuposto é a autodeterminação livre do sujeito, ou seja, adequada ao sentido que ele a ela quis dar, conforme sua capacidade de imputação. Por características constitutivas, temos que são todos os “*elementos necesarios para que el autor capaz de culpa hubiera podido formar una voluntad de acción adecuada a la norma en lo referente al hecho concreto*”,¹²² ao invés da vontade contrária à norma.

O autor deve ter conhecido o injusto da sua ação realizada, ou, no mínimo, deve ter podido conhecer e poder determinar-se de acordo com esse entendimento (real ou possível). A reprovabilidade é constituída, portanto, tanto pela capacidade de culpa quanto pelos elementos intelectuais de vontade.¹²³

Esta imputação de um acontecimento exterior a um cidadão determinado é o objeto único da dogmática jurídico-penal. É por isso que não pode existir Direito

¹²¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma, 1956. p. 149.

¹²² WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma, 1956. p. 152.

¹²³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma, 1956. p. 152.

Penal sem princípio da culpabilidade.¹²⁴ Pode-se, é claro, dar-se outra nomenclatura, mas jamais eliminar sua existência.

Essa categoria dogmática (porque baseada no direito positivo) serve para interpretar o próprio direito;¹²⁵ entretanto, na medida em que o Direito Penal está adstrito a princípios político-criminais situados em um Estado Democrático, é possível (e necessário) interpretar os preceitos penais relacionados com a culpabilidade com a amplitude que proteja os valores fundamentais do cidadão e da sociedade em conjunção com o mínimo possível de repressão à liberdade individual.

Questão importante também é a de que não se permite legitimar a prática dada ao chamado inimigo da sociedade, porque a ele se impõe a pecha de periculosidade, utilizando-se o que se chama de Direito Penal do Autor, para o qual a culpabilidade do fato não importa, ou, em outras palavras,

*La peligrosidad y la culpabilidad de autor salieron por la puerta, pero quieren entrar por la ventana con distintos nombres y rostros, porque la práctica no cambió, sino que se quedó sin discurso de justificación satisfactorio.*¹²⁶

Por isso a culpabilidade se refere somente ao ato e não explica, por consequência, por exemplo, a agravação por reincidência, porque cada ação do autor deve se dar de acordo com sua autonomia de vontade em seu espaço social, sem que se puna a sua característica pessoal,¹²⁷ pois, colocando-se no centro do Direito Penal o homem visto como um ser livre, é preciso vê-lo (e respeitá-lo) como um ser capaz de autodeterminar-se.¹²⁸

¹²⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 133.

¹²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 131.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila, 1993, p. 108.

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila, 1993, p. 108.

¹²⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 38.

No que tange à ligação entre o juízo de culpabilidade e os fins da pena, já se pode antecipar a seguinte assertiva: somente ali onde o Direito Penal pode esperar que um fim penal preventivo (a ressocialização do autor, a intimidação do potencial autor, a estabilização da consciência normativa da população) seja possível de se alcançar é que pode ser razoável reprovar ao autor o seu desvio de um poder geral de agir de outro modo: de pronunciar um juízo de culpabilidade.¹²⁹

Não se pode olvidar, todavia, que o legislador acompanha com simpatia as tendências de reduzir os limites do Direito Penal em favor da Política Criminal, descartando os discursos legitimantes apoiados na culpa do fato e não do autor, porque “a pena não é mais que o ato de poder, e a teorização da mesma não deixa de ser uma tentativa legitimante de todo o exercício de poder do sistema penal”.¹³⁰

Dessa forma é que o discurso jurídico-penal tradicional desenvolveu a antítese entre “culpabilidade de ato” e “culpabilidade de autor”, tendo o Direito Penal mais garantidor, conforme Zaffaroni, se inclinado pela primeira, e o mais autoritário preferido à segunda.¹³¹

Em suma, os fundamentais conceitos do Direito Penal dependem, basicamente, dos fatos ocorridos, e não dos seus autores.¹³² O chamado Direito Penal do Fato (isto é: da culpabilidade do fato), pois, é aquele que verifica uma lesão da ordem jurídica ou da ordem social; enquanto o do autor verifica as características pessoais e “*tiene solamente una función sintomática [...] y los tipos penales legales requieren ser complementados por un tipo judicial de autor*”.¹³³

¹²⁹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 312.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 275.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 279.

¹³² BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe Bogota: Temis, 1996. p. 7.

¹³³ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe Bogota: Temis, 1996. p. 7.

A culpa se refere a um fato perpetrado, diz Bettiol, e não é objeto desse juízo a personalidade do agente, porque isso é um princípio consolidada através dos séculos, e

*Il prevalere di un diritto penale che guarda esclusivamente al fatto [...] è stato favorito anche dal trionfo del principio di legalità, per il quale è assai più facile ipotizzare come elementi costitutivi di un reato fatti di carattere oggettivo piuttosto che caratteristiche personali del soggetto agente.*¹³⁴

Ora, se a pena supõe culpabilidade, prossegue o autor, uma pena que supere as exigências de expiação de uma única ação delituosa não pode ter presente um tipo de culpabilidade que vai além da ação individualmente considerada.¹³⁵

Tanto a concepção do delito como infração de deveres ético-sociais quanto a de uma ação socialmente danosa, escreveu Bacigalupo, são pontos de vista que vinculam a definição de delito à realização de um ato (eventualmente a omissão de um comportamento). A concepção de que os olhos do jurista devem estar voltados ao autor e não ao fato, porque “*según su esencia el autor es un miembro personal de la comunidad jurídica con un sentimiento jurídico depravado*”,¹³⁶ é aquela que não tem crédito científico, porque possui inegável “*cercanía con la ideología del nacionalsocialismo o con corrientes autoritarias afines*”.¹³⁷

Isso porque, enquanto o Estado Democrático de Direito se apoia na liberdade, justiça, igualdade e pluralismo, seu Direito Penal deve respeitar esses valores como superiores, porque são eles, ao final, os que legitimam o poder sancionador do Estado.¹³⁸

¹³⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale: parte generale*. Padova: CEDAM, 1966. p. 326. “A prevalência do direito penal que olha apenas para o fato [...] tem sido incentivada pelo triunfo do princípio da legalidade, porque é muito mais fácil ver a ligação com elementos de um crime com fatos objetivos do que com as características pessoais do agente.” Tradução nossa.

¹³⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale: parte generale*. Padova: CEDAM, 1966. p. 329.

¹³⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe Bogota: Temis, 1996. p. 11.

¹³⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe Bogota: Temis, 1996. p. 11.

¹³⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe Bogota: Temis, 1996. p. 26.

Assim, decisões políticas devem ser independentes de qualquer concepção particular do que é viver bem, ou do que dá valor a esse viver. Como os cidadãos divergem em suas concepções, não haverá igualdade se o Estado escolher apenas uma concepção de vida em relação a outra, “seja porque as autoridades acreditam que uma é intrinsecamente superior, seja porque uma é sustentada pelo grupo mais numeroso ou mais poderoso”.¹³⁹ Daí a necessidade de averiguação somente de fatos danosos, em razão do princípio da culpabilidade, e não de personalidade ou conceito de vida de seus autores, porque tratar uma pessoa como igual não significa tratá-la da maneira como a pessoa boa ou sábia desejaria ser tratada, mas sim de forma adequada à como ela concebe a vida como boa,¹⁴⁰ pois

nenhuma pessoa com autorrespeito que adota um certo modo de vida por considerá-lo mais valioso para si, pode aceitar que esse modo de vida seja vil ou degradante. Nenhum ateu que se preze pode concordar que uma comunidade em que a religião é compulsória é melhor por essa razão, e nenhum homossexual pode concordar que a erradicação da homossexualidade torna a comunidade mais pura.¹⁴¹

Excluídas, portanto, da esfera estatal a concepção de vida e a personalidade dos cidadãos, somente a atitude do autor típica e antijurídica poderá ser analisada, e o será a partir da culpabilidade do fato, ou seja, somente o ato realizado poderá ser avaliado, ao invés do comportamento do autor antes ou depois desse fato. A culpabilidade de autor parte de outras considerações: o fato típico e antijurídico abre a possibilidade de um juízo sobre todo o seu comportamento social, antes e depois do fato, cuja realização permitirá julgar a sua conduta para explicar o fato delitivo como um produto de sua própria personalidade.

O pressuposto filosófico da primeira posição é a autonomia da vontade, ou liberdade de vontade, porque todos os homens são livres para decidir agir a favor ou contrariamente ao direito, e o fruto dessa decisão é que será avaliado em caso de

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 286.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 286.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 306.

realização de crimes. Já os que preferem o segundo critério, partem de uma premissa determinista: o fato é explicável pela personalidade do autor, é um sintoma dela. Para Bacigalupo, o primeiro ponto de vista está vinculado às teorias retribucionistas, enquanto o segundo se adequa às exigências da prevenção especial.¹⁴²

Essa atitude que engloba o Direito Penal do autor e nega o livre-arbítrio não respeita a dignidade do homem, tornando-o apto para ser instrumento de ideologias totalitárias, “arbitrário ao impor penas sobre o fundamento exclusivo da periculosidade do agente”.¹⁴³ E com isso se chegará ao terror jurídico-penal.¹⁴⁴ Afinal, não é a confiança ou a não confiança na autodeterminação do homem o que impede isso, mas o respeito pela pessoa humana,

e se esse respeito à pessoa e à sua dignidade não existe, serão cometidos os abusos: fundamentando-os no livre arbítrio ou na falta de liberdade do homem, no Direito natural ou no positivismo jurídico, e, se for preciso, inclusive sem fundamentação alguma.¹⁴⁵

Acaso o Direito Penal (da culpabilidade do ato) não mais seja o limite entre o criminoso e a Política Criminal do Estado, “então o delinquente encontra-se sem uma proteção formalizada aos interesses políticos que pretendem tratá-lo e melhorá-lo e intimidar os demais através da sua pessoa”.¹⁴⁶

Para Hassemer, o Direito Penal é a única proteção que o criminoso tem, não só face aos interesses político-criminais, mas também em face da vítima e de todos aqueles que se veem como vítimas, porque “esta proteção é tanto mais necessária quanto o fato de o delinquente não poder expressar seus interesses políticos e

¹⁴² BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe Bogota: Temis, 1996. p. 148.

¹⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do Direito Penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?* Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 11.

¹⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do Direito Penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?* Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 13.

¹⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do Direito Penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?* Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 13.

¹⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 313-314.

conflitivos como os conselhos governamentais, os trabalhadores e os ambientalistas”.¹⁴⁷

A estas tendências corresponde também a ideia de concretizar um conceito de culpabilidade pelos fins da pena e de lhe dar uma orientação com base nesse conceito. Esta orientação, eminentemente político-criminal, deveria ser limitada pelo Direito Penal. Hassemer faz a seguinte indagação:

O que realmente se reprova ao autor com a verificação de que ele faltou aos critérios do “poder geral”, de que ele se encontra em contradição com o “homem médio”? Em um diálogo socrático este homem responderia que é trivial que um homem real esteja em contradição com um “homem médio” e que não se pode ver nenhuma reprovação nisso.¹⁴⁸

Poder-se-á, segue o autor, que para se responder a esse homem, se diga que essa contradição é contrária a valores, mas ele replicará, querendo saber por que essa diferença lhe causa reprovação e por que a culpa advém disso.

A resposta dada é a de que nada se sabe sobre o poder individual de agir de outro modo, apenas se poderá comparar o sujeito com o “homem médio”. “O homem real considerará isto como uma espécie rara de reprovação”, conclui o autor,¹⁴⁹ porque, ademais, os pensamentos são livres. Para o sistema jurídico-penal, eles não são assim, simplesmente porque este sistema é compreendido como um Direito Penal do fato, pois,

O fato de que a verificação da punibilidade só pode começar quando um homem agiu, exclui a possibilidade de converter o prognóstico de uma futura lesão ou o diagnóstico de uma periculosidade atual no único pressuposto de uma reação jurídico-penal.¹⁵⁰

¹⁴⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 313-314.

¹⁴⁸ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 316.

¹⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 316.

¹⁵⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 282.

Somente superados os planos da antijuridicidade e da justificação é que é pronunciado o juízo sobre o ato. Estabelece-se que a conduta humana, a qual foi verificada pelos critérios de decisão do Direito Penal material, ultrapassou ou não os limites de liberdade que vigem para todos, e vê-se, somente então, se a conduta era um “injusto”, porque

Sobre o autor sabe-se, até o momento, somente casualidades e incoerências, assim, por exemplo, se ele tinha a intenção de apropriar-se da coisa subtraída ou de extrair alguma vantagem do prejuízo patrimonial de outrem, se ele matou cruel ou traiçoeiramente, se ele atuou profissionalmente ou por ocupação.¹⁵¹

Essas são informações, é claro, sobre o sujeito que atuou, porém não foram colhidas com interesse nele, mas com interesse na compreensão do ato realizado por ele, “e por isso também, sob o ponto de vista da pessoa atuante, elas são fragmentárias”; são “elementos subjetivos do injusto” que só qualificam o ato.¹⁵²

Para os deterministas, se o homem é guiado pelos seus impulsos, suas emoções e medos, então ele não tem a possibilidade de agir de outro modo na situação real de ação, mas somente na ideia dos demais. Os indeterministas, por sua vez, aceitam o conflito e se remetem aos filósofos deterministas e à experiência segundo a qual o homem se vê em oposição à natureza como um “ser espiritual”, que é dotado com uma consciência e tem, por exemplo, sentimento de culpa ou sente satisfação com as ações moralmente valiosas.¹⁵³

Por Direito Penal do fato, para Roxin, se entende a regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente, e

¹⁵¹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 287.

¹⁵² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 287.

¹⁵³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 306.

a sanção representa somente a resposta a esse fato individual, e não a toda condução de vida do autor, ou aos perigos que ele possa, no futuro, ocasionar.¹⁵⁴

Fala-se de culpa pelo modo de ser do agente quando se fala em culpa de autor, diz Antolisei. Essa culpa difere da comum e tradicional, porque não tem por objeto o fato cometido, mas as características psíquicas do réu, o seu estado subjetivo:

*Essa determina un rimprovero all'individuo per la sua inclinazione al delitto, per la sua malvagità, in quanto sarebbe stato in suo potere formarsi una personalità psichica diversa.*¹⁵⁵

Essa teoria não pode ser mais seguida, porque ofende “*il formidabile problema della libertà del volere, la teoria o riduci questa pretesa forma di colpa ad una vera e propria finzione*”.¹⁵⁶

Aquele que considera a teoria da culpa de autor se persuade facilmente de que o crime é a escolha do sujeito porque não poderia de outra forma escolher sua ação, porque assim ele é (lembrando, todavia, que essa foi a teoria favorita da suposta ética nazista que atribuía ao Estado o Direito de perscrutar o lado mais íntimo da personalidade humana).¹⁵⁷

Além disso, a personalidade humana e as características pessoais do sujeito, por consequência, não se revestem de um caráter estático, mas dinâmico,¹⁵⁸

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. tomo 1, p. 176.

¹⁵⁵ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 328. “Essa determina uma reprovação ao indivíduo pela sua inclinação ao delito, pela sua maldade, enquanto estava em seu poder formar uma personalidade psíquica diversa”. Tradução nossa.

¹⁵⁶ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 328. “o formidável problema da liberdade de vontade, a teoria reduz esta espécie de formulário de culpa em uma verdadeira ficção (Tradução nossa).

¹⁵⁷ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 66.

¹⁵⁸ Uma reflexão apurada de Freud diz que o ego do adulto não é o mesmo desde o início, pois passa por um processo de desenvolvimento: “uma criança recém-nascida ainda não distingue o seu ego do mundo externo como fonte de sensações que fluem sobre ela. Aprende gradativamente a fazê-

protegendo-se por isso mesmo também o direito ao desenvolvimento da própria personalidade, “sufragando-se a ideia de que tanto a essência como a existência do homem, enquanto determinantes da sua personalidade, merecem idêntica protecção legal”.¹⁵⁹

2.3 Princípio da Legalidade

O princípio supremo que devemos defender não apenas na ciência, mas também na política, diz Herrera, é o da legalidade, por ser o único que nos outorga verdadeira garantia e nos leva a evitar que possamos ser sancionados pelo que já fizemos e a estabelecer que somente possamos ser castigados pelas ações que estão descritas, circunscritas e da forma mais precisa definidas em lei penal; e a punição, é claro, deverá ser somente a já prevista na lei. Afinal, “*no podemos sufrir una pena si esa pena no es legal*”.¹⁶⁰

lo, reagindo a diversos estímulos. Ela deve ficar fortemente impressionada pelo fato de certas fontes de excitação, que posteriormente identificará como sendo os seus próprios órgãos corporais, poderem provê-la de sensações a qualquer momento, ao passo que, de tempos em tempos, outras fontes lhe fogem — entre as quais se destaca a mais desejada de todas, o seio da mãe — só reaparecendo como resultado de seus gritos de socorro. Desse modo, pela primeira vez, o ego é contrastado por um objeto, sob a forma de algo que existe exteriormente e que só é forçado a surgir através de uma ação especial. Um outro incentivo para o desengajamento do ego com relação à massa geral de sensações — isto é, para o reconhecimento de um exterior, de um mundo externo — é proporcionando pelas frequentes, múltiplas e inevitáveis sensações e sofrimento e desprazer, cujo agastamento e cuja fuga são impostos pelo princípio do prazer, no exercício de seu irrestrito domínio” (FREUD, Sigmund. *Das Unbehagen in der Kultur. O mal-estar na civilização* (1930). Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. 21, p. 84.). A tendência do ego a se isolar das fontes de desprazer e buscar o oposto pode, inclusive, confundir o sujeito sobre o que é interno ou externo. Daí Freud cria o conceito do “princípio da realidade”: “que deve dominar o desenvolvimento futuro. Essa diferenciação, naturalmente, serve à finalidade prática de nos capacitar para a defesa contra sensações de desprazer que realmente sentimos ou pelas quais somos ameaçados. A fim de desviar certas excitações desagradáveis que surgem do interior, o ego não pode utilizar senão os métodos que utiliza contra o desprazer oriundo do exterior, e métodos que utiliza contra o desprazer oriundo do exterior, e este é o ponto de partida de importantes distúrbios patológicos” (FREUD, Sigmund. *Das Unbehagen in der Kultur. O mal-estar na civilização* (1930). Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. 21, p. 85.).

¹⁵⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 117.

¹⁶⁰ HERRERA, Lucio Eduardo. El principio de legalidad y la tipicidad. In: BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio R.; GARCÍA-PABLOS, Antonio; PIERANGELI, José H. (Coord.). *De las penas*. Buenos Aires: DePalma, 1997. p. 281-290, p. 288.

Um problema de indisfarçável relevância, escreveu Luisi, é o relativo à incidência do postulado da legalidade nas normas disciplinadoras da execução da pena:

Trata-se de definir se no concernente às penas e obrigatoriedade de lei prévia para a sua disciplina se limita a sua previsão nas normas incriminadoras, ou se, também, diz respeito às prescrições relativas a sua execução.¹⁶¹

Assim posto, a lei anterior ao fato não somente deve garantir a legalidade dos delitos, como também a legalidade das penas.¹⁶²

Não se trata de mera formalidade legal. O princípio da legalidade também contém um aspecto material fundado na personalidade e na dignidade humana: “*el Estado no puene establecer como delito lo que a él le plazca, tiene como límite la personalidad y dignidad del ser humano*”.¹⁶³

Ora, um fato não pode ser considerado crime nem a ele ser aplicada uma pena se uma lei do Estado não o descreve como tal (*nullun crimen, nulla poena sine lege*), pois, “*al fatto preveduto dalle legge come reato non si possono applicare che le penne fissate dalla legge nei singoli casi*”.¹⁶⁴

O fato que possibilita uma aplicação de pena deve, portanto, estar previsto na lei de modo expresse; e, “*quindi mentre esso non puó desumersi implicitamente da*

¹⁶¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 22.

¹⁶² HERRERA, Lucio Eduardo. El principio de legalidad y la tipicidad. In: BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio R.; GARCÍA-PABLOS, Antonio; PIERANGELI, José H. (Coord.). *De las penas*. Buenos Aires: DePalma, 1997. p. 281-290, p. 288.

¹⁶³ HERRERA, Lucio Eduardo. El principio de legalidad y la tipicidad. In: BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio R.; GARCÍA-PABLOS, Antonio; PIERANGELI, José H. (Coord.). *De las penas*. Buenos Aires: DePalma, 1997. p. 281-290, p. 288.

¹⁶⁴ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 329. “ao fato previsto em lei como crime não se pode aplicar senão uma pena também prevista para o caso”. Tradução nossa.

norme che concernono fatti diversi, la fattispecie che lo descrive deve essere formulata con sufficiente determinatezza (principio di tassatività)”.¹⁶⁵

O significado jurídico-político do princípio da legalidade pode ser avaliado pelo fato de que o legislador nacional-socialista, em 1935, opôs ao princípio liberal “não há crime sem lei; não há pena sem crime” (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine: nulla poena sine lege*) o princípio autoritário “não há crime sem pena” e tenha formulado em sua legislação penal que “será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a ideia fundamental da lei penal e de acordo com o são sentimento do povo”.

Hoje o “são sentimento do povo”, entre os penalistas, é uma expressão ignominiosa, diz Hassemer, porque foi a alavanca com a qual se afastou o princípio da legalidade do Direito Penal.¹⁶⁶

O princípio da legalidade, que surgiu com o Iluminismo, face ao domínio estatal, não é apenas a *Magna Charta Libertatum* do delinquente, porque também compreende, à época mais recente, a *Magna Charta Libertatum* do cidadão.¹⁶⁷

Em sua configuração atual, o princípio da legalidade mantém ao todo quatro exigências tanto frente ao legislador como também ao juiz: ele exige do legislador que formule do modo mais preciso possível as suas descrições do delito (*nullum crime sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Exige do juiz que fundamente as condenações somente na lei escrita e não no Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não amplie a

¹⁶⁵ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 329. “Portanto, não se pode deduzir implicitamente de normas que concernem a fatos diversos, o tipo penal que descreve a ação ou omissão deve ser formulado com suficiente determinação (princípio da taxatividade). Tradução nossa.

¹⁶⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 332.

¹⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 332.

lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*, a chamada “proibição da analogia”).¹⁶⁸

No Estado Democrático de Direito, conforme Schmidt, deve ser destacada a relevância da lei não apenas quanto ao seu conteúdo formal, “mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado, formal e materialmente pelo regime democrático”.¹⁶⁹

O princípio da legalidade, portanto, é uma garantia limitadora do poder estatal (em todas as esferas de atuação) e possui como abrangência a capacidade de vincular não só a forma como o Direito Penal é criado e aplicado, mas também o conteúdo de sua criação e de sua aplicação (legalidade material). O autor, ainda, entende que, há outra composição imprescindível, a limitar a função estatal: o *nullum crimen nulla poena sine lege necessariae*.¹⁷⁰

Todas essas indicações evidenciam que, por força de imperativos principiológicos, o postulado da reserva legal também atinge a execução das penas.¹⁷¹ Registre-se, ainda, que esse postulado, “além de marginalizar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao Direito Penal uma função de garantia”,¹⁷² na medida em que torna certos, taxativos e previsíveis não só o delito, como também a pena.

Pode-se, a rigor, declara Luisi, sustentar que o Estado contemporâneo, embora pese a sua fisionomia de agente ativo, construtor de uma sociedade igualitária e justa (Estado Social), tem inserido em seu contexto postulados do Estado

¹⁶⁸ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 335.

¹⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 272.

¹⁷⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 273.

¹⁷¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 23.

¹⁷² LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 23.

iluminista, liberal especialmente o da liberdade pessoal, por constituir esses pressupostos imprescindíveis para desenvolvimento da personalidade humana, apta a melhor participar no progresso social.¹⁷³

Dessa forma, a taxatividade, ou determinação, para Bricola, tem como fundamento a exigência de garantia da certeza da lei penal, e, portanto, da segurança do cidadão quando em confronto com o poder punitivo:

*Se la riserva di legge è garanzia del cittadino nei confronti degli arbitrii dell'esecutivo, almeno tendenzialmente, la tassatività lo garantisce nei confronti degli arbitrii del potere giudiziario, che vede così circoscritti i propri spazi di manovra nell'individuazione del significato e della portata delle norme penali.*¹⁷⁴

Por isso, conclui o jurista, é do juiz o dever de adequar, com respeito à tipicidade, a legislação penal aos novos valores constitucionais, interpretando extensivamente ou restritivamente a norma penal quando a sua interpretação literal não tutelar adequadamente o valor constitucional. É uma “obra de ortopedia”, escreve Bricola, que deve fazer os ajustes com os limites da não modificabilidade da tipicidade e da significação linguística do tipo penal, em proporção com a medida da sanção.¹⁷⁵

Por fim, o Estado de Direito deve proteger o indivíduo não somente pelo Direito Penal, mas também do Direito Penal. “*Es decir, que el ordenamento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva*”,¹⁷⁶

¹⁷³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 32.

¹⁷⁴ BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1997. v. 1, t. 2, p. 1281. “Se a reserva da lei é garantia do cidadão contra a arbitrariedade do poder executivo, pelo menos, tende a taxatividade a ser garantia nos confrontos contra a arbitrariedade do poder judiciário, que vê limitado seu espaço de atuação na individualização do significado e alcance das leis penais.” Tradução nossa.

¹⁷⁵ BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1997. v. 1, t. 2, p. 1329.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conllete e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 137.

para que o cidadão não fique à mercê de uma intervenção arbitrária e excessiva do Leviatã.

2.4 Princípio da Humanidade

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos cidadãos constitui o conteúdo e o objeto de tutela jurídica dos chamados direitos da personalidade. A pessoa humana se apresenta dotada de uma série de aspectos e se constitui de múltiplos modos de ser. Daí se configurarem, como disse Luisi, os direitos da personalidade “como direitos pessoais que concernem ao ‘eu social’, ou seja, a pessoa enquanto inserida na comunidade”.¹⁷⁷

A tentativa de conceituação da personalidade humana perpassa a concepção de “estrutura ôntica extremamente complexa e objeto de múltiplas controvérsias, mesmo entre os biólogos e os psicólogos”, diz Sousa.¹⁷⁸

É também por existir essa complexidade conceitual que a lei deve respeitar a particular realidade moral do homem: “incluindo a sua humanidade (*humanitas*), abrangendo também a sua individualidade (*individualitas*), nomeadamente o seu direito à diferença e à concepção e atuação moral próprias”,¹⁷⁹ pelo menos até onde não colidam com quaisquer tipos penais, pois

nos parece que o concreto e exacto domínio da personalidade humana juridicamente tutelado não pode deduzir-se de uma mera análise sincrônica da estática da personalidade, antes tem de ser situado e compreendido, desde logo, a partir de uma perspetivação do dinamismo da própria personalidade humana e do seu circunstancialismo típico.¹⁸⁰

¹⁷⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 66.

¹⁷⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 109.

¹⁷⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 116.

¹⁸⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 155.

Ante este quadro, se vê o Direito Penal como instrumento de proteção dos direitos humanos de personalidade e da própria humanidade, e não o contrário:

sobretudo temos um objetivo certo e definido ao alcançar, como todos os amantes da liberdade, que é o de ajudar a construção de um mundo onde o homem não seja o lobo do homem, mas o irmão, o semelhante, a pessoa portadora de direitos inalienáveis.¹⁸¹

Em matéria de penas, portanto, também são claros e inequívocos os compromissos com o Direito Penal liberal e humanitário. A consagração do princípio da humanidade no Direito Penal moderno, portanto, deve-se a duas ideias fundamentais do Iluminismo:

de um lado a afirmação da existência de direitos inerentes a condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes.¹⁸²

Com a criação efetiva do Estado de Direito, o elenco dos direitos humanos passou a integrar o instrumento jurídico de pacto social, ou seja: as Constituições. E nestas se insere, como prerrogativa individual (além do princípio da legalidade dos delitos e das penas, da pessoalidade e necessidade das penas), o princípio da humanidade.¹⁸³

Pode-se dizer, também, que o princípio da humanidade atua na parte sancionatória da norma penal, para evitar a criação de penas que não sejam compatíveis com a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não se aplica somente na fase de elaboração da norma penal, com a proibição, por exemplo, da previsão de penas degradantes. Atua, também, na fase de aplicação a execução de pena imposta.

¹⁸¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 109.

¹⁸² LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 47.

¹⁸³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 47.

Isso porque o Direito Penal democrático exige uma preocupação integral com a norma jurídica: ou seja, os princípios de um Direito Penal democrático atuam sobre o preceito e a sanção, além de se preocupar com a execução da pena e com a readaptação social do condenado.¹⁸⁴

A Constituição da Filadélfia (de 1787, ratificada em 1791) proibia as penas cruéis e inhumanas. Essa linguagem se encontra em quase todas as constituições do século XIX e nas atuais. Nesse sentido, também, é a normativa da Declaração dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em seu artigo 5º, que dispõe que “ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

A Convenção Internacional Sobre Direitos Políticos e Cívicos, também, datada de 1966, prevê que o preso “deve ser tratado humanamente, e com o respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana”.¹⁸⁵

No Brasil, a Constituição Federal consagrou em diversos dispositivos o princípio da humanidade. No inciso XLIX do art. 5º está disposto que é “assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral”; e no inciso seguinte está previsto que “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação”. A relevância maior, entretanto, é a do inciso XLVII do artigo 5º, pelo qual se ordena que não haverá penas: a) de morte salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

¹⁸⁴ DESTEFENNI, Marcos. *O injusto penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 47.

¹⁸⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 48.

O princípio do respeito mínimo à humanidade, quando a pena repugne os mais elementares sentimentos de humanidade, faz imperativo o expurgo de uma lesão à pessoa em razão de sua circunstância, ou que incorpore um sofrimento de que já padeceu o sujeito em razão do fato. Nesse caso, em função do princípio republicano de governo, a agência judicial deve dispensar a pena ou imputá-la mínima, o que, conforme Zaffaroni, é um “fato juridicamente admissível, que pode parecer supralegal, mas é, por outro lado, intraconstitucional”.¹⁸⁶

2.5 Princípio da Proporcionalidade

Não se pode ignorar, evidentemente, as dificuldades práticas com que o legislador se defrontará para, em muitos casos, usar com correção o critério da proporcionalidade. No caso da utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso, entende-se como a apreciação da necessidade e da adequação da providência legislativa. Por tal motivo, uma lei será inconstitucional por infringir esse princípio se possível for identificar a existência de outras medidas menos lesivas.¹⁸⁷

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, nesse aspecto, é aquele capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada e, conforme Destefenni, é um princípio constitucional implícito aplicável a todos os ramos do direito.¹⁸⁸

Retomando e complementando o já dito, apresenta-se ele pela conjunção de três elementos essenciais: a adequação teleológica, pela qual todo ato estatal é praticado com uma finalidade; a necessidade, que induz que a medida não pode

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 241.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 249.

¹⁸⁸ DESTEFENNI, Marcos. *O injusto penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 46.

exceder os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo que se almeja; e da proporcionalidade *stricto sensu*: a obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso dos meios desproporcionados.¹⁸⁹

Por isso, os princípios são, nas palavras de Alexy, mandados de otimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de cumprimento ordenada depende não apenas de condições fáticas, como também jurídicas. “*Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.*”¹⁹⁰

O exame de idoneidade de um mandado de proibição por omissão (ou insuficiência), por sua vez, pode implicar fins estatais complexos, ou com fins independentes. Quando o meio é uma ação insuficiente ou defeituosa, o fim estatal coincide com o fim de realização do direito de prestação. Quando o meio é uma omissão, o fim estatal pode coincidir com o fim de realização do direito de prestação, se não é o caso, então, o exame de idoneidade se aplica em relação, com, pelo menos, dois fins independentes: “*a) el fin estatal expreso o implícito y b) el fin relacionado con la realización del derecho fundamental*”.¹⁹¹

Dessa forma, o limite ao direito fundamental preterido no aparente conflito não emana do resultado de uma prévia ponderação de bens, mas de toda uma ponderação, porque para resolver eventual colisão, primeiro tem-se de delimitar o direito fundamental e aplicar-lhe em seus limites, fixando assim o âmbito de sua proteção.

Como se ve es una cuestión de interpretación (delimitación/limitación) de los derechos fundamentales y

¹⁸⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 276.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. La formula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México (DF): Comisión Estatal de Derechos Humanos, s.d. p. 11-38, p. 12.

¹⁹¹ CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México (DF): Comisión Estatal de Derechos Humanos, s.d. p. 115-160, p. 126.

*especialmente de interpretación de sus límites y no de ponderación de los valores que encarnan.*¹⁹²

Em decorrência disso é que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar, em todas as suas atividades, os meios de que dispõe aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada torna-se, assim, condição de legalidade¹⁹³ e, portanto, a pena, além de proporcional ao crime, deve ser adequada, legítima e, obrigatoriamente, não excessiva.

A presença de tal axioma orientador na elaboração e aplicação das normas penais tem o mérito de que o legislador preste atenção à necessidade lógica e legal da proporção e de que, em se tratando da criação de tipos penais, é necessário ter presente a intervenção mínima (*lege necessariae*, como referido anteriormente), ou seja, deve-se criar o tipo penal quando o caminho da tutela penal se apresenta como inarredável e inalteravelmente necessário.¹⁹⁴

Importante destacar também que pela vedação de excesso, os custos do ato estatal não devem exceder seus benefícios, podendo o juiz, por exemplo, graduar o peso da norma, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça no caso concreto.¹⁹⁵

Disso advém o que se passou a chamar de “princípio da limitação máxima da resposta contingente”,¹⁹⁶ que é um indicador reitor para a agência judicial sempre

¹⁹² VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México (DF): Comisión Estatal de Derechos Humanos, s.d. p. 116-161, p. 116.

¹⁹³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 276.

¹⁹⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 46.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 306.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 240.

que uma reforma repressiva seja introduzida sem suficiente e amplo debate, sem consulta a técnicos responsáveis, e respondendo demagogicamente a reclamos das agências de publicidade do sistema penal ou de grupos interessados, cabendo às agências judiciais a análise crítica do texto, utilizando-se princípios jurídico-penais a fim de declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, tudo de acordo com uma ética republicana.¹⁹⁷

A crítica mais presente nesse aspecto é a de que uma pena restritiva de liberdade causa mais padecimento do que o absolutamente imprescindível, pois mesmo o apenado aceitando e conformando-se com a privação de sua liberdade, mesmo que dolorosa, não poderá jamais entender um padecimento inútil (que não serve ao fim da convivência social), seja porque o comportamento executado não necessita ser reprimido seja porque não necessita ser reprimido com tanta severidade.¹⁹⁸

Um Estado Social e Democrático de Direito deve estar em condições de demonstrar por que faz uso da pena e a que pessoas a aplica, e isso sempre para proteger de modo eficaz e racional uma sociedade que, se não é plenamente justa, “tem em seu seio e em sua configuração jurídica a possibilidade de vir a sê-lo”.¹⁹⁹

Se esses pressupostos não ocorrem, não se pode falar de culpabilidade, de proporcionalidade, de legalidade e, muito menos, de finalidades racionais da pena.

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 240.

¹⁹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do Direito Penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?* Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 27.

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 129.

CAPÍTULO 3

AS FINALIDADES DAS PENAS

3.1 Considerações preliminares

Trataremos agora das diversas hipóteses de fins imediatos da pena quando grande distinção é feita, de maneira quase unânime na doutrina, entre as teorias absolutas e relativas, sendo que estas teriam função preventiva e aquelas compensariam a culpabilidade ou o mal produzido, tanto que se permite falar em antítese do Direito Penal preventivo e repressivo.

Também existem, lembramos, ideias e teorias que pretendem a união e a integração entre as finalidades preventiva e repressiva das penas, e que combinam elementos de ambas, mas a elas não pretendemos dar grande relevo,²⁰⁰ porque

²⁰⁰ Não se desconhece a existência de diversas teorias que tentam englobar tanto as teorias preventivas como as retributivas. Talvez ali esteja a resposta para o problema da pena, mas não é nesse trabalho que a ela se chegará. Aqui se pretende delimitar principiologicamente tanto limites como, talvez, proposições para a ressocialização, e tão-só, por isso se fez a divisão dessa forma mais didática entre as teorias preventivas e retributivas. Algumas questões atuais, todavia, merecem citação. Segundo Jakobs, “primeira: a teoria da união vive da suposição de que as legitimações e os fins da pena podem combinar-se – ao menos em linhas gerais – mediante adição, é dizer, precisamente, que podem unir-se. Se essa suposição for acertada, do que evidentemente partem os representantes dessa teoria, deveria buscar-se aquele princípio que cria essa harmonia do aparentemente contraposto, vale dizer, que se vê satisfeito tanto por meio de retribuição como por meio de prevenção, ainda que por sua vez esse princípio se resume em algo tão pobre como que em alguma medida se produza uma reação de rechaço ante o fato. Esse princípio seria o fim prévio das configurações concretas de aparência heterogênea e outorgaria a legitimação prévia. Dito brevemente: se é possível a harmonia, a teoria da união perde relevo, já que não identifica o elemento criador de harmonia, inclusive, nem sequer o busca. [...] Segunda: as suposições de harmonia não somente afetam a teoria, mas também a *práxis*, e mostram seu caráter quebradiço a esse respeito de modo especial (ainda que não somente neste ponto) no

despiciendo para o tema proposto, posto que a análise principiológica dos primeiros capítulos tem a intenção de definir limites e sentido à finalidade de prevenção especial (e não a qualquer teoria específica). Ademais, necessária nova advertência acerca da insuficiência dessa classificação, uma vez que seria absolutamente inviável agrupar – com base em critérios seguros – em uma mesma categoria visões tão distantes como a expiação moral e a reparação do ordenamento, ou a prevenção especial de programa mínimo e a finalidade curativa da pena, dados os abismos filosóficos, históricos e antropológicos que as separam.²⁰¹

Por isso pretendemos, para o fim proposto com o presente trabalho, uma divisão em três grandes grupos: finalidades retributivas, preventivo-gerais e preventivo-especiais.

O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do Direito Penal e tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência conjunta do Direito

intento de unir a retribuição de culpabilidade e a prevenção especial. Inclusive se se partisse – o que, não obstante, seria incorreto, como antes se demonstrou – da base de que a retribuição de culpabilidade abre um marco para um tratamento preventivo-especial, uma breve consideração das estatísticas de reincidência desde finais do século XIX até os dias de hoje ensina que – ao menos no Direito Penal dos adultos – não existe uma relação positiva entre a pena de características que são habituais e algum tipo de efeito preventivo-especial, prescindindo do mero efeito de asseguramento com respeito àquele que está colocado na prisão. Parece evidente que o que sucede de modo cotidiano como pena não é uma prevenção especial limitada pela retribuição de culpabilidade. Isso tem razões facilmente compreensíveis, que vigoram também a respeito da – dizendo de modo mais exato, relativamente à ausência, também neste caso, de uma relação positiva – entre retribuição de culpabilidade e prevenção geral. O que teria que prevenir seria a origem de uma motivação para cometer a ação, e isso de acordo com a medida da intensidade da motivação. Não obstante, a retribuição de culpabilidade se refere à ação enquanto perturbação social.” (JAKOBS, Günter. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 6-7. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 3).

²⁰¹ Não se desconhece, também, a tentativa de uma prevenção geral positiva fundamentadora e limitadora. Ambas não condizem com os fins do presente trabalho. A primeira posição pretende fortalecer os valores éticos sociais veiculados pela norma, estabilizando o sistema social. A segunda, por sua vez, é mais digna, talvez, porque pretende a culpabilidade como limite da pena e se identifica demais com a prevenção especial positiva. Por esse motivo, e o teor do presente trabalho, sobre ela não se tecerão considerações que, ao fim, seriam desvirtuadoras do tema proposto.

Penal.²⁰² A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal. Neste sentido pode-se dizer que a questão dos fins das penas constitui a questão do destino do Direito Penal e do seu paradigma. Por isso também qualquer análise dos fundamentos do Direito Penal não pode ainda hoje furtar-se à tentativa de fazer o ponto da querela sobre as finalidades da pena criminal e de divisar os caminhos do futuro próximo. Até porque, quantas vezes, sob o manto de problemas e de designativos velhos se escondem novidades emergentes ou mesmo progressos já consolidados.²⁰³ As respostas dadas ao longo de muitos séculos ao problema dos fins da pena – seja pela ciência do Direito Penal, seja pela teoria do Estado ou pela filosofia – reconduzem-se a duas (*rectior*, a três) teorias fundamentais: as teorias absolutas, de um lado, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação; as teorias relativas, de outro lado, que se analisam em dois grupos de doutrinas: as doutrinas da prevenção geral, de uma parte, as doutrinas da prevenção especial ou individual, de outra parte. Toda a interminável querela à roda dos fins das penas é reconduzível a uma destas posições ou a uma das múltiplas variantes através das quais se tem tentado a sua combinação.²⁰⁴

O homem tem refletido sobre o sentido e a finalidade da pena desde que a própria reflexão filosófica acompanha sua existência. Os resultados de grandes reflexões históricas se dividem usualmente em dois grandes grupos de ideias sobre finalidades das penas: as absolutas e as relativas.

3.2 Retribuição e expiação

²⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 43.

²⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 44.

²⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 44.

A essência da pena criminal, para os teóricos dessa linha, reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime – e nesta essência se esgota. Se, apesar de ser assim, a pena pode assumir efeitos reflexos ou laterais socialmente relevantes (de intimidação da generalidade das pessoas, de neutralização dos delinquentes, de ressocialização), nenhum deles contende com a sua essência e natureza nem se revela suscetível de a modificar: uma tal essência e natureza é função exclusiva do fato que se cometeu, é a justa paga do mal que com o crime se realizou, é o justo equivalente do dano do fato e da culpa do agente. A ideia retributiva, escreveu Bettiol, poderia dar razão à pena sob um aspecto religioso ou associal, mas, posto que a pena é também

deste mundo, ela deve, igualmente, ter uma referência social. Se é verdade que o crime se distingue do pecado, porque se refere a um corpo social, também a pena, consequência do crime, deve estar em relação com o corpo social, se não quisermos que o legislador usurpe uma função que é própria de Deus.²⁰⁵

Por isso a medida concreta da pena com que deve ser punido um certo agente por um determinado fato não pode ser encontrada em função de outros pontos de vista (por mais que eles se revelem socialmente valiosos e desejáveis) que não sejam o da correspondência entre a pena e o fato.²⁰⁶

Em virtude de seu caráter idealista, as teorias que aceitam a finalidade absoluta apreciaram pouco o peso da realidade, expressando, todavia, o essencial sobre os problemas do sentido da pena. Já as teorias relativas alimentaram decisivamente as questões sobre o realismo, deixando um pouco de lado o sentido.

As ideias absolutas veem na retribuição justa e não somente justificada da pena, como também garantida sua realidade e esgotado seu conteúdo. A necessidade moral da pena garantiria também sua realidade, seja em virtude da identidade de

²⁰⁵ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 177.

²⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 45.

razão e realidade (Hegel), seja por obra de um imperativo categórico (Kant), ou, ainda, em virtude de uma necessidade religiosa (Stahl).²⁰⁷

Tanto como a pena está moralmente justificada somente como retribuição justa, também nas mãos do Estado, não é, em mudança, a função do Estado defender a manutenção da justiça no curso do mundo, aparte do que é necessário para sua própria existência como comunidade jurídica. O Estado apenas não a fim de que exista justiça no mundo, mas para que exista uma ordem jurídica na comunidade (validade e observância de seu ordenamento jurídico).

Se a finalidade da pena é absoluta, está esgotado o conteúdo da pena com a realização de uma retribuição justa. Todas as outras consequências (intimidação, melhoramento) são, na melhor das hipóteses, vantagens secundárias que nada têm a ver com a natureza da pena.

Então, se a missão da justiça penal do Estado não é a realização da justiça, mas a manutenção da ordem jurídica, então pertence à função real da pena a sua natureza, e, por certo, não somente como influência sobre a pessoa do homem (afirmação de um juízo moral), como, também, como influência sobre as funções inferiores (através de intimação e melhoramento). Como o homem é uma unidade, assim lhe afeta também a pena como integridade pessoal.

O significado das teorias absolutas tem raiz na justificação da pena, mas também é esse seu princípio de medida: a pena está justificada somente dentro da margem de uma retribuição justa, vale dizer, salvaguardando uma graduação homogênea da gravidade das penas, desde a pena mais grave, moralmente admitida, como também a mais leve, proporcional à gravidade da culpa, desde os delitos mais graves até os mais leves.

²⁰⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma, 1956. p. 236.

Essas concepções se formularam principalmente a partir da filosofia idealista alemã, que estava ligada às doutrinas da Igreja. A pena, conforme elas, serve para a realização da justiça na medida em que compensa a culpabilidade do autor (ou a elimina, conforme Hegel), e dessa maneira restaura o Direito transgredido.²⁰⁸

Já Kant nega ao princípio da culpabilidade função de legitimação da sanção penal, porque ao delinquirente deve-se infligir uma pena simplesmente porque cometeu um delito.²⁰⁹ A retribuição, portanto, era inflexível, e a pena de morte era considerada obrigatória para o assassino e seus cúmplices.²¹⁰

Para Moccia, esses postulados parecem sem dimensão prática alguma. Significaria um passo atrás das concepções iluministas, das quais surge uma relação homem-norma que tende ao respeito da humanidade presente no próprio delinquirente, assegurando e garantindo os direitos fundamentais da pessoa, violados com uma concepção que via a pena simplesmente como a busca de um simples equilíbrio entre duas grandezas heterogêneas: o homem delinquirente e a imposição de um sofrimento por parte dos órgãos da justiça estatal.²¹¹

Não considera Bottke a teoria do castigo como uma teoria da finalidade da pena, primeiro porque hipertrofia o efeito primário da pena em atenção a uma finalidade carente de efeitos secundários, segundo porque fala de finalidade em um sentido coloquial, quando queria, em realidade, referir-se à justiça retributiva.²¹²

²⁰⁸ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 19.

²⁰⁹ MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 32.

²¹⁰ MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 34.

²¹¹ MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 37.

²¹² BOTTKE, Wilfried. La actual discusión sobre las finalidades de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y nuevo Derecho Penal* (Libro homenaje a Claus Roxin). Barcelona: Jose-Maria Bosch, 1997. p. 53.

Não se pode deixar de reconhecer alguns méritos por essas ideias retributivas, primeiro a proporcionalidade entre a pena e o mal causado, e, segundo, conforme Busato, porque construíram as bases de “uma responsabilidade penal tendo como base o livre-arbítrio e a culpabilidade individual do sujeito”.²¹³

Como teoria dos fins da pena, conforme Figueiredo Dias, a doutrina da retribuição deve ser recusada porque visa à consideração da pena como entidade independente de fins. O Estado democrático, pluralista e laico, não pode sancionar o pecado ou o vício, mas tem de limitar-se a proteger bens jurídicos e, para tanto, não pode servir-se de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta (do latim *ab soluta*, terminologicamente: desligada).²¹⁴

3.3 Prevenção geral e especial

Contrariamente às ideias que concebem a finalidade absoluta das penas, as relativas (do latim *referire*: referir-se a) são, com plena propriedade, teorias de fins. Também elas reconhecem que a pena se traduz num mal, mas, como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode a pena bastar-se com essa característica, em si mesma destituída de sentido; para como tal se justificar tem de usar desse mal par alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal: a prevenção do crime.²¹⁵

A crítica mais comum é a de que, aplicando as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar no contexto social, elas

²¹³ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 181.

²¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, t. 1, p. 48.

²¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 49.

transformariam a pessoa humana em objeto e violariam a sua eminente dignidade. Para Figueiredo Dias,

houvesse razão na crítica e teria então de concluir-se pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar finalidades socialmente úteis [...]. A questão da preservação da dignidade da pessoa é por isso, em definitivo, estranha à questão das finalidades da pena e deve ser resolvida independentemente dela.²¹⁶

Deve-se verificar, então, se não é a pena, mas a forma de sua aplicação que deve respeitar a dignidade humana, o que traz a importância dos limites com que ela é aplicada.

Feitas essas considerações, é importante destacar que o denominador comum das doutrinas da prevenção geral radica na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução.

A pena pode ser concebida como forma estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinquente e cujo receio as conduzirá a não cometerem fatos puníveis: fala-se então a este propósito de prevenção geral negativa ou de intimidação.

Mas a pena pode ser concebida também como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar, e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequados às normas: neste sentido, fala-se hoje de uma prevenção geral positiva ou de integração.

Nela se tornou comum distinguir diversos “efeitos”, nomeadamente o aludido “efeito de confiança”, o de “aprendizagem” (resultante da demonstração dos custos

²¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 50.

do fato punível) e o de “integração verdadeira e própria” (resolução do conflito social suscitado pelo crime).²¹⁷

Afinal, partindo da premissa de que o Direito Penal deve garantir uma convivência pacífica e livre na sociedade, as teorias da pena determinam o caminho com que se poderia conseguir essa meta: mediante a influência ao delinquente individual (prevenção especial), ou sobre todos os membros da comunidade (prevenção geral).²¹⁸

3.3.1 Prevenção geral

São diversas as tentativas de explicar a pena sob o argumento de ter ela a finalidade de prevenção geral. Aqui, a título exemplificativo, se demonstrará, de forma crítica, algumas delas, sem a pretensão de esgotar o tema ou de escolher a melhor ou a pior.

Primeiro, a ideia metafísica de que a culpa pode ser expiada por uma retribuição é substituída por uma tarefa social de prevenção de delitos. O Estado não tem a missão de realizar ideias e valores pelas quais cada um tem que decidir por convicção própria, sem necessidade de um imperativo legal para garantir seu êxito. A pretensão de impor ideias por violência estatal acaba, na maioria das vezes, em ditadura.²¹⁹

Já em perspectiva moderna, a primeira formulação acabada de uma doutrina da prevenção geral fica a dever-se, como é coerente asseverar-se, a um dos fundadores

²¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 51.

²¹⁸ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 59.

²¹⁹ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 23.

do Direito Penal moderno, Paul Johann Anselm von Feuerbach: a conhecida doutrina da coação psicológica, segundo a qual a finalidade precípua da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um contramotivo suficientemente forte para os afastar da prática do crime:²²⁰

*Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica.*²²¹

A ideia de uma justiça abstrata não pode se realizar neste mundo, diz Roxin, porque é mais modesta: deve melhorar as relações sociais, isto é, a liberdade, a segurança e o bem-estar de seus cidadãos.²²²

Ambos os fins do Estado – proteção da sociedade e salvaguarda da liberdade – são de natureza antagônica e têm que encontrar um equilíbrio que satisfaça ambos os componentes: a prevenção geral, que em suas distintas formas de aparição serve à afirmação do Direito e à sua manutenção, tem que estar sempre limitada pela exigência da liberdade cidadã. Em geral, parece para Roxin que a evolução legislativa nesse aspecto não respeita, todavia, de forma suficiente, a proteção dos direitos da personalidade do autor.²²³

As teorias preventivo-gerais vêm no efeito principal e com ele a finalidade principal da pena, na influência psicológica inibidora do delito sobre a generalidade

²²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 51.

²²¹ FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. 14. ed. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 60.

²²² ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 23.

²²² ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 24.

²²³ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 32.

(intimidação). Essas teorias medem a gravidade da pena, não de acordo com a culpabilidade, mas de acordo com a intensidade do impulso de ação delitiva, e como uma ameaça da pena e a punição exemplar devem deter esse impulso de ação.²²⁴

Todavia, porque a pena tem uma finalidade preventiva não pode ela bastar para sua imposição somente com a culpabilidade de autor. A pena também tem que ser necessária de um ponto de vista preventivo. A questão em torno da necessidade preventiva do castigo surge nas causas de exculpação: se do ponto de vista da prevenção não existe uma necessidade de castigo, a pena carece de justificação teórica e não tem nenhuma legitimação social, posto que não deve impor-se.²²⁵

Então, uma dogmática orientada politico-criminalmente tem certamente que satisfazer as exigências de prevenção geral, escreve Roxin, mas não pode deixar de fora a consideração da concreta situação e individualidade do autor, como o caráter pessoal dos atos cometidos por razões de consciência ou a contravenção de norma orientada ao benefício da comunidade não podem ser abrigados por questões preventivas.²²⁶

Ademais, evidente é a facilidade de utilização da pena como modo de conservação do poder ou de imposição de ideologias compatíveis e acobertadas pela estrutura normativa, usualmente refletindo a doutrina penal as ideias do regime político estatal dominante.

A pena, então, como simples símbolo da existência de um poder central e como comunicação da força e extensão desse poder, não parece realmente servir à comunidade, em não disfarça a instrumentalização do ser humano. A dignidade

²²⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma, 1956. p. 238.

²²⁵ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 61.

²²⁶ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 64.

humana também é atingida, bem com o pluralismo, uma vez que tal teoria pede e provoca, com o uso do violento instrumento penal, adesão interna dos indivíduos aos valores ditados pela norma.²²⁷

Para Jakobs, a pena não repara bens, mas confirma a identidade normativa da sociedade. O Direito Penal não reage frente a uma ação enquanto lesão de um bem jurídico, mas frente a uma ação enquanto violadora de uma norma.²²⁸ Também, a pena não é mais do que um mal e se direciona à sequência externa de ação e pena.²²⁹ A sanção, então, contradiz o projeto de mundo do infrator da norma: ele afirma a não vigência da norma, e a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante.²³⁰ A base dessa teoria está na obra de Hegel, para quem

a violação, para a vontade particular do ofendido e dos demais, é somente algo negativo. A existência positiva da violação existe somente enquanto vontade individual do delinquente. A violação dessa vontade enquanto existente é a anulação do delito, que de outro modo seria válido. É o restabelecimento do Direito.²³¹

Então, para Jakobs, a pena pública existe para caracterizar o delito como delito, o que significa que é a confirmação da configuração normativa concreta da sociedade,²³² e

*La privación tampoco se produce para marginalizar a la persona; no es ella la que se convierte en irreal, sino el significado de su conducta: esa conducta no fundamenta algo en común, sino lo disuelve, lo que significa que para el posterior desarrollo de la sociedad, es decir, para la realidad de ésta, la conducta no es determinante.*²³³

²²⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 76.

²²⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996. p. 12.

²²⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996. p. 17.

²³⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996. p. 28.

²³¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofía del Derecho*. Prologo de Karl Marx. Trad. Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Claridad, 1968. p. 107.

²³² JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 15.

²³³ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 23.

Figueiredo Dias entende, por sua vez, que a finalidade visada pela pena há de ser a da tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto; e esta há de ser também, por conseguinte, a ideia mestra do modelo de medida da pena e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada, sendo por isso uma razoável forma de expressão afirmar como finalidade primária da pena o restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime. Uma finalidade que, desse modo, por inteiro concorda com a ideia da prevenção geral positiva ou prevenção de integração; e que dá por sua vez conteúdo ao princípio da necessidade da pena.²³⁴

A exasperada “normativização” da teoria de Jakobs, todavia, da ideia da estabilização da norma e do restabelecimento da confiança comunitária, implica, porém um

perigoso resvalamento da pena e do direito penal em direção a uma função simbólica; e mesmo a uma função simbólica puramente negativa, que seria usada pelas classes dirigentes na via da autodefesa dos seus privilégios e do aumento exponencial das margens da exclusão social.²³⁵

Essa intimidação da generalidade, de fato, é um efeito a se considerar, entende Figueiredo Dias, mas não pode constituir por si mesma uma finalidade autônoma da pena, somente podendo surgir como um efeito lateral da necessidade de tutela dos bens jurídicos.²³⁶

Além disso, as teorias da prevenção geral não deixam possível determinar empiricamente um *quantum* de pena necessário para alcançar seus desideratos, sem mencionar que, não havendo a erradicação do crime, tende-se a cada vez mais aplicar penas mais severas e desumanas “a ponto de o Direito Penal poder descambar, como tantas vezes historicamente descambou, num Direito Penal do terror absolutamente

²³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 79.

²³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 80.

²³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 81.

desproporcional e por isso, este sim, direta e imediatamente violador da eminente dignidade da pessoa.”²³⁷

Pondo de lado a relação de proporção entre o fato e a pena, o indivíduo acaba por ser sacrificado, a fim de que, com esse sacrifício, a generalidade dos indivíduos tenha horror à perpetração daquele determinado crime. Ao final, a punição desse indivíduo, critica Bettiol, com essa finalidade, “pode também dar-se o caso de nem sequer se exigir que o indivíduo a sacrificar seja culpado”.²³⁸

Outra crítica à teoria da prevenção geral e, em particular, à versão desta, contida na obra de Jakobs, consiste na reprovação de que nela não se respeitaria a autonomia moral dos indivíduos, ao tratar de conformar sua consciência ética e impor-lhes, com o mecanismo da pena, além do respeito externo às normas jurídicas, uma atitude interna de adesão aos valores que incorporam,

projetando a missão do Direito Penal “sobre o foro interno dos cidadãos” para tratar de neles geral uma atitude de “convencimento”, de “fidelidade ao Direito”.²³⁹

Ora, a superação do mal se consegue somente mediante a reparação, e não com a causação de um novo mal, pois somente o mal e o bem (ou a dor e o prazer) podem compensar-se. Um mal redobrado resulta em um saldo duplamente negativo, diz Schünemann,²⁴⁰ que prossegue: com uma simples incorporação do autor a uma negação de vigência por ele estabelecida para compensar assim a contradição de

²³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 53.

²³⁸ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 180.

²³⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günter Jakobs*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 45.

²⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universität Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000. p. 117.

vigência estabelecida pela sua ação delituosa dificilmente poderia se justificar como pena justa, até porque geralmente supera a gravidade do injusto.²⁴¹

Quanto se alimenta a chamada prática do terror penal, a experiência demonstra que se geram processos de retroalimentação entre repressão e delinquência, pois a pena alta acostuma e insensibiliza o conjunto da sociedade.²⁴²

3.3.2 Prevenção especial

Com a prevenção especial se pretende conseguir evitar o delito mediante uma influência sobre o apenado, com o inconveniente de não separar penas de medidas de segurança. Para estas, por certo, dão informações valiosas, mas falham quanto tentam interpretar a pena, porque se baseiam na periculosidade do autor e não na medida da gravidade da culpa, conduzindo a resultados injustos e em parte impossíveis.²⁴³

Além disso, não se chegou e inclusive não se pode chegar a um acordo, em um tempo previsível, sobre o conteúdo do fim de “socialização” ou “ressocialização”.²⁴⁴ Também é preciso ver que o interesse no tratamento apodera-se não apenas do corpo do apenado, mas também da sua alma.²⁴⁵

Não obstante, os diferentes fins da pena não só visam a coisas distintas, como também surgem de mundos idealisticamente distintos e se constituem de pressupostos diversos.²⁴⁶ O fim retributivo da pena, na medida em que visa, por um

²⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universität Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000. p. 118.

²⁴² RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en material penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 44.

²⁴³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma, 1956. p. 239.

²⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 376.

²⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 382.

²⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 380.

lado, à proporcionalidade entre o injusto e a culpabilidade e, por outro, à intervenção na posição jurídica do delinquente através da consequência jurídica, opõe-se, em princípio, à ideia de ressocialização, pois, por exemplo, o tempo para a expiação não é o mesmo para a cura, enquanto o Direito Penal tem a tarefa de limitar o poder, quer seja ele praticado com o melhor intuito terapêutico.²⁴⁷

As antinomias entre a proporcionalidade da intervenção e o interesse ressocialização, escreve Hassemer, conduzem a discrepâncias não só em relação ao tempo, mas também à intensidade da intervenção:

Mesmo quando o preso não é mantido por um período desproporcionalmente longo, ele pode ser sobrecarregado de modo intensamente desproporcional pelo interesse no tratamento profissional.²⁴⁸

Essa transformação exigida pela prevenção especial, compreendida do ponto de vista de qualquer tradição racional de pesquisa, ordenaria que aqueles que adotam essa posição tornem-se capazes

não só de se reconhecer como presos a um conjunto de crenças que carece de justificação, precisamente do mesmo modo e no mesmo grau que as posições que rejeitam, mas também de se compreender como carecendo, até então, daquilo que uma tradição proporciona, enquanto pessoas parcialmente constituídas, tal como são até este ponto, por uma ausência, por aquilo que é, do ponto de vista das tradições, um empobrecimento.²⁴⁹

O foco de atenção da pena deixa de ser o fato criminoso para ser centralizado no homem criminoso.²⁵⁰ Isso significa pensar que modificando as circunstâncias do cidadão, seus costumes, sua educação e, em geral, tudo que tenha influenciado sua vida, o homem pode ser melhorado, conforme o prisma determinista social.²⁵¹

²⁴⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 381.

²⁴⁸ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 381.

²⁴⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 2001. p. 424.

²⁵⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 78.

²⁵¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 79.

Aqui é fundamental o alerta de Gauer, no sentido de lembrar que os critérios epistemológicos das ciências humanas variam, e a ideia de que elas trariam lições de vida, pode, portanto ser problemático:

Há que se pensar em incluir tanto as disciplinas voltadas ao conhecimento quanto as artes, a literatura e outras. A ideia de que nessas disciplinas se modifica o sujeito, no ato de conhecer, constitui-se como o traço mais visível nas humanidades, e também se constata nas ciências humanas. As dicotomias criadas tanto pelos adeptos do empirismo como pelos da metafísica não salvaram o homem de ser mutilado, dando margem ao inumano.²⁵²

Então, de forma pragmática, tal espécie de pena, conforme Junqueira, não atinge o ser humano, mas sim o criminoso dentro do ser humano.²⁵³ Como função preponderante, a ressocialização implica indeterminação da pena, uma vez que não haveria sentido fixar um termo sem o diagnóstico da ressocialização.²⁵⁴

Aliás, prossegue o autor, a ideia se torna ainda mais inadmissível quando se diz que devem ser impostos padrões éticos, uma vez que a missão do Direito Penal não pode nem deve confundir-se com a imposição de ideias morais, o que implicaria seu agigantamento e aumento do nível de violência, ao invés de diminuição. Por fim, o respeito às minorias e a ideia do homem como fim não permitem que se invada de tal maneira o espaço de convicção íntima do indivíduo, impondo a este determinada convicção moral ou ideológica.²⁵⁵

A chave do problema está no conceito de reeducação, escreveu Carnelutti, porque ele não se capta tampouco não atende ao seu aspecto final,²⁵⁶ e questiona:

¿Qué meta, en cuanto a la reeducación penal? ¿Moral o social? ¿Para el condenado en sí, o para el condenado respecto de los demás?

²⁵² GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica* [recurso eletrônico] / Ruth M. Chittó Gauer. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 12.

²⁵³ JUNQUEIRA. Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 86.

²⁵⁴ JUNQUEIRA. Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 88.

²⁵⁵ JUNQUEIRA. Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 89.

²⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994. p. 433.

O fim da educação que consiste a pena é restituir ao condenado a idoneidade para viver em um ambiente social, como um homem deve. Como educar um homem a *ser* um homem com prisão se a principal característica de *ser* homem é a liberdade?

*La libertad del hombre es, verdaderamente, capacidad de liberarse: potencia del espíritu sobre la materia, y ante todo sobre el propio cuerpo. Reconocer en otro a un hombre, quiere decir reconocer en él esa potencia, que puede ser cohibida, atenuada, adormecida: pero no suprimida; si se la suprimiese, el hombre quedaría degradado a la animalidad.*²⁵⁷

A incompatibilidade entre prisão e reeducação é intuitiva, escreveu Carnelutti. Quem sustenta a prisão, afirma ele, não pensa, nem muito nem pouco, na reeducação do condenado, mas somente em fazê-lo sofrer o quanto ele fez sofrer, e em retrá-lo, com esse sofrimento, a ver-se tentado a cometer outro delito semelhante ao que cometeu.²⁵⁸ O homem sairia dela envilecido, sem contar que a pena se negativa a si mesma, nas hipóteses de não conseguir a conversão ou recuperação do culpado.²⁵⁹

O Estado tem o dever de auxiliar os membros da comunidade colocados em situação e maior necessidade e carência social, a eles oferecendo, e não impondo, os meios necessários à sua (re)inserção social. O pensamento da prevenção individual é irrenunciável das finalidades das penas, para o qual ainda não se vislumbra melhor alternativa.²⁶⁰

Deve-se, todavia, recusar uma aceção da prevenção especial com o sentido da correção ou emenda moral do delinquente, mesmo que seja só no sentido de substituir as concepções pessoais daquele pelos juízos de valor próprios do ordenamento jurídico.

²⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994. p. 435.

²⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994. p. 436.

²⁵⁹ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 183.

²⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 56.

De recusar será igualmente o paradigma médico ou clínico da prevenção especial, sempre que ele se tome como tratamento coativo das inclinações e tendências do delinquente para o crime. Ainda aqui não cabe ao Estado uma tal tarefa, escreve Figueiredo Dias, porque se apresentaria como “violadora da liberdade de autodeterminação da pessoa do delinquente e, por conseguinte, de princípios jurídico-constitucionais imperativos como o da preservação da eminente dignidade pessoal”.²⁶¹

Não se pode olvidar, ainda, que prevenção especial positiva depara com dificuldades naqueles casos em que uma socialização se mostra desnecessária, em que o agente dela não se revela carente, motivo também pelo qual não pode essa teoria valer por si só como finalidade da pena. Nos casos em que aquela desnecessidade realmente se verifique “só há lugar – se houver – para uma prevenção especial negativa, de pura defesa social”.²⁶²

Por fim, sabe-se que a verdadeira ofensa à liberdade de um homem é a de ver nele um animal incapaz de retornar a ser homem: “*el juez no puede condenarlo al ergástulo sin decirle: tú eres ya un hombre perdido*”.²⁶³

²⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 57.

²⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1, p. 57.

²⁶³ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994. p. 435.

CAPÍTULO 4

A PREVENÇÃO ESPECIAL POSITIVA

4.1 A prevenção especial positiva real

O próprio nome pena indica um sofrimento. Sofrimento existe, entretanto, em quase todas as sanções jurídicas, mas nem todas são chamadas de pena, pois algumas possuem um sentido. A pena, ao contrário, como sofrimento, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder.²⁶⁴

E a humanidade não progredirá dos combates de poder para a paz enquanto o papel do Direito não assumir o da guerra, e a humanidade colocar cada uma de suas violências em um sistema de regras que se sobreponha ao da dominação.²⁶⁵

O conceito de pena não pode ser proporcionado por nenhum discurso legitimante e tampouco pode ficar em mãos do legislador. Não pode haver um saber

²⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 204.

²⁶⁵ FOUCAULT, Michel. Madness society. In: RABINOW, Paul (Org.). *Aesthetics method and epistemology*. Essencial works of Foucault, 1954-1984. New York: The New Press, 1998. v. 2, p. 378.

que aspire à dignidade acadêmica que dependa de um puro ato de poder político²⁶⁶ ao qual compete atuar de acordo com princípios jurídicos.

A pena, apesar de pensada, então, como prevenção de futuras recaídas do preso, traz em seu bojo principalmente o elemento retributivo, em prejuízo de outros aspectos. Isso porque as instituições de controle não tratam a criminalidade como fenômeno danoso aos interesses da sociedade em seu conjunto; elas contribuem para ocultar as contradições internas da própria sociedade.²⁶⁷

Isso traduz que a privação de liberdade empobrece a eficácia dos programas de tratamento, ainda mais quando não se agregam outras “penas não cominadas”, tais como enfermidades infectocontagiosas, má alimentação, ausência de contatos íntimos, falta de comunicação com o meio externo, maus-tratos, violência sexual etc.

Além disso, a perda de contato com o exterior, que é pressuposto do encarceramento, acarreta um processo de deterioração paulatina das relações sociais que o interno mantinha antes do aprisionamento. Os contatos vão, aos poucos, se diluindo e, ao passar dos anos, é comum que se debilitem e impliquem desadaptação ao meio social.

Gaecía Bores lembra também que os familiares, quando da visitação, passam por situações desagradáveis e humilhantes, como a espera na porta do cárcere e as inspeções. A própria estrutura da instituição penitenciária, portanto, é altamente desaconselhável também para as esposas e as crianças, filhas de reclusos, dirigindo-se em enorme desadaptação e perda dos vínculos familiares.²⁶⁸

²⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 202.

²⁶⁷ GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renan, Instituto Carioca de Criminologia, 2006. p. 36.

²⁶⁸ GAECÍA-BORÉS ESPI, Josep. El impacto carcelario. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 396-426, p. 414.

Ademais, o homem se adapta ao meio em que está. A privação de liberdade no estado em que se encontram as prisões desencadeia processos de deterioração física e psicológica (depressão, falta de higiene, toxicomania, síndrome de imunodeficiência adquirida, hepatite, tuberculose...).²⁶⁹

Há um processo de dessocialização, desadaptação às condições de liberdade e atuação social, incluindo-se um processo de desidentificação pessoal, deterioração do autoconceito e redução da autoestima:

Prendem alguém, mantê-lo na prisão, privá-lo de alimentação, de aquecimento, impedi-lo de sair, de fazer amor, etc., é a manifestação de poder mais delirante que se possa imaginar.²⁷⁰

Também a diminuição da força de vontade, a perda do senso de autorresponsabilidade, a redução do senso da realidade do mundo externo (e a formação de uma imagem ilusória deste), além o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa são fatores evidentes a influir no preso.²⁷¹

Outro elemento apontado é que a estratégia prêmio/castigo utilizada pela administração penitenciária desencadeia um processo de infantilismo. O preso passa a agir de acordo com o contexto, porque *“mediante este proceso, el individuo sufre menos la reclusión, puesto que asume el rol de presidiario y hace de lo carcelario su mundo”*.²⁷²

²⁶⁹ GAECÍA-BORÉS ESPI, Josep. El impacto carcelario. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 396-426, p. 415.

²⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003. p. 73.

²⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 184.

²⁷² GAECÍA-BORÉS ESPI, Josep. El impacto carcelario. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 396-426, p. 417. Mediante esse processo, o individuo sofre menos a reclusão, porque assume o papel de presidiário e faz do cárcere o seu mundo. Tradução nossa.

A temporalidade também é relevante no cotidiano do cárcere. A vida do preso é rigidamente controlada (hora de levantar, de pátio, de atividades, de comida, de luz natural), e a estruturação da vida diária em nada se parece com a que se utiliza foramuros: “*la mayor parte del tiempo los internos no tienen nada que hacer: la estancia en el patio, la galería y la celda configuran la actividad diaria para muchos de ellos*”.²⁷³

Com o controle rigoroso da vida interior do presídio, estando minuciosamente regulamentada, eliminam-se quaisquer possibilidades de autodeterminação dos próprios atos, e, conforme Bobbio, “se o outro deve chegar à verdade, deve fazê-lo por convicção íntima e não por imposição”.²⁷⁴

Percebem-se, também, privações de relações heterossexuais, desenvolvimento de papéis sociais, livre disposição de bens, de tomada de decisões, uma obrigatória convivência com ausência de intimidade, com atos de submissão e degradação, observação constante, distanciamento das pessoas queridas, o que deixa afirmar que

*la cárcel, qué duda cabe, es un entorno violento que vulnera sistemáticamente los derechos fundamentales de los presos. En definitiva, una experiencia marcada por el sufrimiento que contribuye a una progresiva degradación del yo.*²⁷⁵

Em suma, o contexto carcerário desenvolve uma ação progressiva de desadaptação às condições de liberdade, o que é o oposto da finalidade de ressocialização, por óbvio. Mais do que isso, a experiência da prisão produz forte

²⁷³ GAECÍA-BORÉS ESPI, Josep. El impacto carcelario. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 396-426, p. 420. Na maior parte do tempo os internos não têm nada para fazer: a estada no pátio, na galeria e na cela configuram a atividade diária para muitos deles. Tradução nossa.

²⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 219.

²⁷⁵ GAECÍA-BORÉS ESPI, Josep. El impacto carcelario. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 396-426, p. 421. O cárcere, que dúvida existe, é um entorno violento que vulnera sistematicamente os direitos fundamentais dos presos. Definitivamente, uma experiência marcada pelo sofrimento que contribui para uma progressiva degradação do eu. Tradução nossa.

abalo psicológico, caracterizado por sofrimento constante,²⁷⁶ e “o legislador pode fazer muitas coisas; mas, entre outras, não tem o poder para dizer que o doloroso não dói”.²⁷⁷

Toda a técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir.²⁷⁸ O cárcere, então, não apenas gera o delinquente como categoria social, como a perpetua. O problema da reincidência não é evitado pela prisão, mas garantido e gerado.²⁷⁹

De uma visão ultrapassada de ser o sistema penal um conjunto que efetivamente persegue e alcança seus objetivos declarados de corrigir e reabilitar, passa-se à ciência de que essa afirmação é impossível e deve ser substituída por outra:

*el sistema penal, en cualquiera de sus formas, es estructuralmente incapaz de alcanzar los objetivos correccionales que procura y, por lo tanto, no puede ser entendido como un instrumento apto para el control o la reducción del fenómeno criminal.*²⁸⁰

A prisão, longe de melhorar criminosos, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade.²⁸¹ Assim, atribuir juridicamente uma pena com o fundamento de que evitará a reincidência, por

²⁷⁶ GAECÍA-BORÉS ESPI, Josep. El impacto carcelario. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 396-426, p. 422.

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 202.

²⁷⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 186.

²⁷⁹ VIRGOLINI, Julio E. S. *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 108.

²⁸⁰ VIRGOLINI, Julio E. S. *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 112. O sistema penal, em qualquer de suas formas, é estruturalmente incapaz de alcançar os objetivos correccionais que procura e, portanto, não pode ser entendido como um instrumento apto para o controle ou a redução do fenômeno criminal. Tradução nossa.

²⁸¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003. p. 131.

exemplo, é um ato que não tem mais nenhuma significação. Daí a necessidade de formular, sobre o crime e sobre os criminosos, um discurso que poderá justificar as medidas em questão.²⁸² Hoje elas não existem de forma racional, ou, pelo menos, autêntica e honesta.

A emenda moral que se pretende ao preso, outrossim, é incompatível com princípios jurídicos, porque, embora a pena tenha função de diminuir o índice de violência e permitir a vida em sociedade, devem ser observados os limites inerentes, por exemplo, à dignidade humana e à autodeterminação, além de que

não é possível a imposição forçada de uma ideologia, religião ou consciência moral, é a impossibilidade de o Estado impor a aceitação de determinado valor moral, por mais correto que pareça.²⁸³

O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo, gerado pelo respeito que o educador tem dele, escreveu Baratta.²⁸⁴

A ressocialização, ou prevenção especial positiva, então, é fruto de uma concepção política que não define o indivíduo como *pessoa* autônoma, isto é, como livre e responsável no sentido liberal, mas sim como *objeto* submetido aos processos de controle estatal.²⁸⁵

A referência ao autor e não ao fato faz cair por terra a responsabilidade pelo fato e o limite da culpabilidade, garantias liberais concretizadas com o passar dos séculos. Não olvidar, ainda, que tal tentativa seria absolutamente infrutífera, pois a coação externa se faz absolutamente ineficaz a alterar convicções internas. A

²⁸² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003. p. 138.

²⁸³ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 93.

²⁸⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 184.

²⁸⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 94.

repressão da Inquisição não aboliu a crença muçulmana, tampouco a repressão dos católicos aos protestantes teve resultado positivo.

O Estado não pode impor a virtude; ele apenas pode, ou melhor, deve, nas palavras de Bettiol, criar as condições para o homem poder levar uma vida virtuosa, de modo que o indivíduo, se quiser, possa aproveitar-se dela,

visto a virtude ser o bem de maior relevo e significado que o homem pode adquirir no decurso da sua existência; virtude que é sinônimo de inclinação para a prática do bem, que facilita a repetição de ações boas e leva a repelir as seduções do mal ou do crime. Se tudo isto se nega, nega-se a própria ideia de liberdade.²⁸⁶

Então, todo o ideal de reabilitação foi identificado como um ideal impossível além de um objetivo político que não vale a pena alcançar, porque perigoso, contraproducente, equivocado em suas premissas.²⁸⁷ O Estado não pode aproveitar a prisão de um cidadão para ensaiar tratamentos de ressocialização. O condenado não foi ali enviado para isso.²⁸⁸

Apesar dos esforços preventivo-especiais das últimas décadas, as estatísticas de reincidência não se reduziram. Disso se depreende a crescente desconfiança não apenas sobre a legitimidade, mas também sobre a efetividade das estratégias utilizadas.²⁸⁹

Não basta, também, em razão das dificuldades teóricas a justificar a pena, afirmar que a infração foi cometida por um não cidadão e, portanto, tratar o crime como um ato de guerra alheio ao Direito. Por isso, a questão de se pode existir um Direito Penal do inimigo resulta respondida negativamente por Cancio Meliá, porque

²⁸⁶ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 274.

²⁸⁷ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 42.

²⁸⁸ RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en material penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 73.

²⁸⁹ HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2004. p. 53.

*El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores implícita en su tipificación - una forma exacerbada de reproche - da resonancia a sus hechos.*²⁹⁰

Primeiro, essa concepção atacada retorna não apenas à exagerada punitividade, como também ao Direito Penal do Autor. Ainda, ela leva a um Estado de exceção, motivo pelo qual não se pode chamar o Direito Penal do Inimigo sequer de Direito Penal.²⁹¹

Quanto de veneração por seu inimigo já tem um homem nobre! [...] Ele reclama para si seu inimigo como sua distinção, e mesmo não tolera nenhum outro inimigo, a não ser aquele em que não há nada que desprezar e muitíssimo que honrar! Em contrapartida, represente-se “o inimigo” tal como o concebe o homem ressentimento – e aqui precisamente está seu feito, sua criação: ele concebeu “o inimigo mau”, “o mau”, e aliás como conceito fundamental, a partir do qual ele excogita também para si, como decalque e reverso, ainda um “bom” – ele mesmo!²⁹²

Esse viés interpretativo da função preventiva da pena, que usa o homem como meio, e não como fim, para que sirva de exemplo aos outros cidadãos, trouxe de volta o uso de alguns termos que estavam em desuso, como inimigo do direito, tolerância zero, grupos marginais, que passaram a ser ouvidos cotidianamente, “*y es el problema, porque a la mayoría de la población le parece normal esa terminología*”.²⁹³

²⁹⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 100. O Direito Penal do inimigo praticamente reconhece, ao optar por uma razão estruturalmente diversa, excepcional, a competência normativa (a capacidade de questionar a norma) do infrator, mediante a demonização de grupos de autores implícita em sua tipificação – uma forma exacerbada de reprovação da ressonância de seus atos. Tradução nossa.

²⁹¹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 101.

²⁹² NIETZSCHE, Friedrich. *Para a genealogia da moral: um escrito polêmico em adendo a “Para além do bem e mal”* como complemento e ilustração. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores)

²⁹³ HASSEMER, Winfried; LÜDERSSSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires/Montevidéu: B de F, 2004. p. 10. E é este o problema, porque à maioria da população parece normal essa terminologia. Tradução nossa.

Essa reaparição na política oficial de sentimentos punitivos tende a confundir, nas palavras de Garland, as teorias sociais sobre o castigo e seu desenvolvimento histórico,²⁹⁴ e o que se pretende ao criminoso é típico do procedimento que outrora se tinha do inimigo odiado,

tornado indefeso, derrubado, que não perdeu somente todo o direito e proteção, mas também toda clemência; portanto, o direito de guerra e a festa de vitória do *Vae victis!*²⁹⁵

Ora, analisando-se com objetividade a situação real se constata que nem o Direito Penal nem a Criminologia, tampouco a política criminal ou os meios de comunicação perceberam êxito na reinserção social pela práxis prisional.²⁹⁶

Outra crítica seria a incompatibilidade da ideia de emenda moral com o pluralismo e o Estado, conforme fixado nas premissas iniciais deste trabalho. Embora a pena tenha função de diminuir o índice de violência e permitir a vida em sociedade, não são observados os limites inerentes à dignidade humana e as possibilidades das minorias se transformarem em majorias, ou seja: não é possível a imposição forçada de uma ideologia, religião ou consciência moral, por mais correta que pareça.²⁹⁷

A prevenção especial positiva é fruto de uma concepção política que não define o indivíduo como pessoa autônoma, isto é, como livre e responsável no sentido liberal, mas sim como objeto submetido aos processos de controle estatal: quanto mais se administre pelo Estado o campo de ação do indivíduo também mais lhe subtrai a própria responsabilidade.²⁹⁸

²⁹⁴ GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 34.

²⁹⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Para a genealogia da moral: um escrito polêmico em adendo a "Para além do bem e mal"* como complemento e ilustração. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 307. (Coleção Os Pensadores)

²⁹⁶ BERISTAIN, Antonio. *Derecho Penal, criminología y victimología*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 278.

²⁹⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 93.

²⁹⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 94.

Não é a pessoa individual, então, neste sentido, que conta, tampouco sua inclinação para um mundo de valores que ela livremente aprecia e aceita, mas é uma exigência coletiva, que pesa sobre a consciência individual, “de modo a forçá-la a aceitar um dado programa de vida, que se insere e se articula na programação social e política do Todo”.²⁹⁹

Quando, através desse sistema, não se eduque na hipocrisia, em qualquer caso virá a ser ofendida a liberdade interior da consciência individual, que nenhum organismo de força ou de grupo pode ser autorizado a violar.³⁰⁰

Na atual contingência, a busca pela ressocialização parece impossível, seja pelo modo errado para realizar seus objetivos, seja porque não há critérios sobre o que seria a ressocialização dos delinquentes, seja porque na sociedade não é suficientemente madura a ideia de ressocialização.³⁰¹

Afinal, o homem é homem, precisamente na medida em que pode praticar ações negativas sob o aspecto moral e jurídico. “Se assim não fosse, ele seria apenas um fragmento da natureza, uma força cega do universo.”³⁰²

4.2 A prevenção especial positiva reinterpretada

O que se propõe é que a finalidade de reintegração do condenado na sociedade seja reinterpretada e reconstruída sobre uma base diferente. Isso implica duas ordens de considerações.

A primeira se refere ao conceito sociológico de reintegração social, que não deve ser perseguida através da pena, mas apesar dela, ou seja, buscando o mínimo de

²⁹⁹ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 272.

³⁰⁰ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 272.

³⁰¹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 96.

³⁰² BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 281.

prejuízo causado pelo cárcere.³⁰³ Então, para uma política de reintegração social, não se deve buscar somente um cárcere melhor, mas menos cárcere e mais educação orientada para a vida em sociedade.³⁰⁴

*En cambio el concepto de reintegración social, requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y sociedad, en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel se identifiquen en la sociedad en externa y la sociedad externa se identifique en la cárcel.*³⁰⁵

A segunda questão está relacionada com o próprio conceito jurídico de ressocialização, porque, além de não existirem possibilidades de êxito, não há sequer legitimidade para uma obra de tratamento e manipulação da consciência do sujeito preso. Para Baratta, a ideia “tratamento” deve ser substituída pelas de “trabalho” e “serviço”.³⁰⁶ Com isso se pretende oferecer uma série de opções como instrução geral e profissional, além de serviços de saúde, de atendimento psicológico etc.

Ora, a prevenção especial mediante a pena, nos moldes atuais, desonra o indivíduo e o converte em um meio para as finalidades de terceiros. Essa finalidade da pena deveria, então, implicar uma abordagem digna de *pessoa* e não de *objeto*.³⁰⁷

É óbvio: o cárcere não é um bom lugar para nada, pois a dor não é sinônimo de justiça, senão a imposição de ausência de recursos que possibilitem formas elaboradas de autocontrole e fortaleçam o crescimento individual e social.³⁰⁸

³⁰³ BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: 1991. p. 251-265, p. 253.

³⁰⁴ BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: 1991. p. 251-265, p. 254.

³⁰⁵ BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: 1991. p. 251-265, p. 255.

³⁰⁶ BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social. Por un concepto crítica de “reintegración social” del condenado. In: ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: 1991. p. 251-265, p. 256.

³⁰⁷ HASSEMER, Winfried; LÜDERSSSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires/Montevidéo: B de F, 2004. p. 25.

Os presos são uma população vulnerável e desprotegida e, por isso, para eles são necessários todos os direitos, excluía apenas a liberdade de locomoção. Há quem diga, inclusive, que a eles também deve ser direcionada a justiça reparadora, e não apenas para suas vítimas.³⁰⁹

Para isso é preciso que o Estado assuma suas responsabilidades com a situação penitenciária, reconhecendo a vulnerabilidade da execução penal. É necessário, escreveu Mejía, que cada apenado seja visto como um necessitado e que cada necessidade seja vista por si mesma como um direito, sem esquecer as características individuais, como gênero, opção sexual, lugar de residência, nacionalidade, idade, raça, pobreza etc.³¹⁰

Deveres do Estado, no que tange ao recluso, implicam responsabilidade na satisfação de um núcleo clássico de demandas coletivas, tais como seguridade social, direito à assistência, ao trabalho e a um amplo leque que permita a dignidade humana.³¹¹

Para isso se sugere, por exemplo, o reconhecimento da vulnerabilidade física provocada pelo encarceramento, a garantia de manutenção das relações afetivas, o cuidado de que o preso não é um indivíduo isolado, mas um elemento de uma rede afetiva social e economicamente vulnerável, a identificação e garantia dos direitos fundamentais, a prestação de contas de funcionários e autoridades, anistia policial

³⁰⁸ SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo. RT, 2007. p. 151.

³⁰⁹ MEJÍA, Lisset Coba. “Rehabilitación”, el verdadero castigo: un análisis del gobierno e las prisiones regido por el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. In: PORTERO, Carolina Silva (Org.). *Ejecución penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 103-120, p. 113.

³¹⁰ MEJÍA, Lisset Coba. “Rehabilitación”, el verdadero castigo: un análisis del gobierno e las prisiones regido por el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. In: PORTERO, Carolina Silva (Org.). *Ejecución penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 103-120, p. 113.

³¹¹ BERGALLI, Roberto. La construcción del delito y de los problemas sociales: las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-78, p. 55.

depois do cumprimento da pena, o auxílio econômico que promova dignidade após o término da execução penal, a participação em espaços de decisão política, o reconhecimento do direito de rebeldia, de organização, de reclamação, de reivindicação (e não por eles serem amedrontados ou até mesmo eliminados), o direito de serem ouvidos pelas autoridades da instituição (diretamente), o direito à defensoria gratuita, dentro do estabelecimento prisional, o reconhecimento da importância da maternidade, o direitos dos recém-nascidos filhos de detentas, possibilidades de controle de gravidez e parto, respeito à liberdade sexual,³¹² além de uma classificação criminológica multidisciplinar, composta por equipe de técnicos da criminologia, psicologia; e (por que não?) arquitetos, que estudem e proponham mais profundamente as especificações dos presídios de segurança máxima, média e mínima, sem esquecer das necessárias especificações voltadas pra a terapêutica penal, para a humanização, e sempre em continuidade e consonância com os critérios e princípios adotados na classificação criminológica,³¹³ dentre inúmeras outras possibilidades de melhoria e adequação principiológica, conforme apontado nos capítulos anteriores.

Um sistema progressivo de execução de penas privativas de liberdade deve ser proposto para todos os condenados, oportunizando uma etapa do que Righi chamou de liberdade preparatória, o que não deve ser um benefício dado a um bom comportamento carcerário, ou a adequação às imposições morais, mas um direito por si só, incondicional.³¹⁴ Aliás, sustenta-se, inclusive, que o direito de ser diferente integra os direitos fundamentais do indivíduo,³¹⁵ e não é esse extirpado quando da condenação transitada em julgado.

³¹² MEJÍA, Lisset Coba. “Rehabilitación”, el verdadero castigo: un análisis del gobierno e las prisiones regido por el Código de Ejecución de Penasy Rehabilitación Social. In: PORTERO, Carolina Silva (Org.). *Ejecución penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 103-120. p. 113.

³¹³ SÁ, Alvino Augusto de. *Criminología clínica e psicología criminal*. São Paulo: RT, 2007. p. 135.

³¹⁴ RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en material penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 74.

³¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *A falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993. p. 131.

Já escreveu Feuerbach que a pena não possui como fundamento ou fim o melhoramento moral “*porque este sería el objetivo de la expiación, pero no el de la pena*”.³¹⁶ Então, se a educação não pode ser imposta, sob pena de afronta à dignidade humana, também não se deve limitar o programa penitenciário a simplesmente orientar à não reincidência. É dever do Estado oferecer ao condenado, em razão das imposições constitucionais sociais, todas as condições para seu desenvolvimento individual, inclusive educação e orientação ao trabalho, com um máximo de oferecimento de instrumentos e assistência àquele que cumpre pena, com um mínimo de imposição, ou seja, os instrumentos devem aguardar a decisão *voluntária* do condenado, para que o processo de evolução pessoal seja profícuo não apenas à sociedade, mas sobretudo ao indivíduo.³¹⁷

Assim, legitimar-se-ia a ideia da prevenção especial reinterpretando-a de forma a compatibilizá-la com as garantias mínimas do indivíduo, respeitando-o como fim (e não meio) e de autonomia ética, respeitada sua autodeterminação.³¹⁸ O condenado deve ter a seu alcance ferramentas para aprimorar sua educação, profissionalização, saúde mental e física, para que possa buscar seu próprio desenvolvimento e realização, caminho que seria o único adequado aos princípios já expostos e às necessidades da democracia pluralista.

Aliás, além da mera tolerância às diferenças da democracia pluralista, é preciso a garantia a todos de sua autodeterminação, liberdade de consciência, dignidade, e desenvolvimento da personalidade “*sobre cuya concreción y especificidad cada un funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás*”.³¹⁹

³¹⁶ FEUERBACH, Alselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. 14. ed. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 62. Porque este seria o objetivo da expiação, mas não o da pena. Tradução nossa.

³¹⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 98.

³¹⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 98.

³¹⁹ FERRAJOL, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 76. Sobre cuja concretude e especificidade cada um funda seu amor próprio e o sentido da própria autonomia nas relações com os demais. Tradução nossa.

Para sustentar essa reinterpretação da prevenção especial positiva é necessário lembrar da necessidade de uma fundamentação antropológica de todo o Direito Penal, uma vez que, “se o direito serve ao homem – e não ao contrário –, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica ou ontologia regional do homem”.³²⁰

A consagração positiva dessa fundamentação, de uma antropologia jus-humanista, impõe a consideração do homem como pessoa, da qual se entende como a qualidade que provém da capacidade de autodeterminar-se.³²¹

Os direitos humanos não representam uma utopia impossível, mas um programa de longo alcance de transformação da humanidade, posto que assinalam um programa realizador de igualdade de direitos.

Dessa forma, o sentido político e o cunho marcadamente ético do discurso jurídico-penal desembocariam em uma programação nutrida constantemente pela criminologia, sem cuja informação, escreveu Zaffaroni, estar-se-ia sem sustentação para selecionar a decisão que melhor corresponda à pretensão de reduzir a violência do Estado.³²² É isso, afinal, que se quer.

Hoje, então, se sugere (porque se impõe) a necessidade de retorno à fundamentação antropológica do Direito Penal: uma antropologia fundamentadora que, graças à ideologia dos Direitos Humanos e à sua evidência internacional, já não é somente uma antropologia filosófica, mas também uma antropologia jurídica,

³²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 17.

³²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 17.

³²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 213.

ajustada a normas positivas da mais alta hierarquia jurídica.³²³ Dessa forma, a crítica que se faz não rechaça totalmente a ressocialização: esta deve ser ofertada pelo Estado no momento da execução da pena – apenas não pode ser entendida como fim ou fundamento da sanção penal, muito menos imposta sobre determinado viés absolutista.³²⁴

Então, pretende-se afirmar a tutela da própria identidade, em virtude de as diferenças fazerem as individualidades. Todas as identidades devem ser reconhecidas e valorizadas na mesma medida.³²⁵

Daí propor-se uma prevenção especial positiva que possibilite a voluntária aceitação de condições não apenas para a não reincidência, mas também para a socialização. A voluntariedade da aceitação, conforme interesse ou não do recluso, indica oferta, e a não aceitação não pode gerar quaisquer consequências desfavoráveis no decorrer do cumprimento da pena.³²⁶

Dessa forma é que também a filosofia tem buscado, por inúmeros vieses e múltiplas correntes, justificar não apenas a pena, como também o próprio Direito e as relações humanas como um todo. Não se pretende, é óbvio, esgotá-las, não se tem essa pretensão, mas exemplificar algumas é importante, a título de justificar que essa angústia não é apenas dos juristas, como veremos.

Onde deve medrar uma obra humana verdadeiramente alegre e salutar, escreveu Heidegger, o homem tem de poder “brotar das profundezas do solo natal,

³²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 214.

³²⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 96.

³²⁵ FERRAJOL, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. p. 76.

³²⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004. p. 91.

elevando-se em direção ao éter: o ar livre das alturas do céu, a esfera aberta do espírito”.³²⁷

Então, continuamos a ser levados a refletir como o homem pode crescer em direção a esse éter, ou seja, “em direção à extensão do céu e do espírito? Ou cairá tudo nas tenazes do planejamento e do cálculo, da organização e da automatização?”³²⁸ Isso é que se quer evitar.

Dessa forma, não se pretende reger a pena com uma finalidade preponderante, tampouco fundamentá-la, mas apontar limites para a ingerência estatal na sua execução, em especial na chamada ressocialização. Até porque, nas palavras de Bauman, “as receitas infalíveis são, para a liberdade, para a responsabilidade e a liberdade responsável, o que e a água para o fogo”.³²⁹

Como visto, os problemas do fundamento do direito de punir, da natureza da pena, dos fins desta, foram sempre objeto de meditação para os filósofos, interessando também grandes camadas da opinião pública. Poderia, no entanto, objetar-se que se trata, principalmente, de problemas jurídicos. Não se nega, é claro, o caráter jurídico dos problemas referidos, mas, para estudar os problemas sob um ponto de vista geral, as questões têm, decisivamente, de ser vistas por uma natureza filosófica, “na medida em que são estudadas e resolvidas com base em critérios de razão e as soluções pretendem ter caráter e valor universal”.³³⁰

Quem empreender o estudo do Direito Penal não pode prescindir de uma formulação filosófica dos problemas que ele implica.

³²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 15.

³²⁸ HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 17.

³²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 250.

³³⁰ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 19.

Se filosofar é tomar conhecimento integral das questões que são objeto da investigação, procurar as suas causas remotas, estudar as suas finalidades, enquadrar as mesmas questões numa determinada concepção da vida, o direito penal é, antes de mais nada, filosofia.³³¹

É, portanto, preferível afirmar que sem uma filosofia o Direito Penal continua a ser, na sua substância, “um ‘enigma’, ou se reduz a um inútil jogo de fórmulas, que procuram em vão envolver a realidade nas suas roupagens dialéticas”.³³²

Por isso, compatibilizando-se a prevenção especial com princípios éticos, antropológicos, filosóficos e jurídicos, permitir-se-á ao apenado gerenciar suas convicções e oportunizar-se-lhe-á um retorno possível à sociedade com ferramentas para aprimorar sua educação, profissionalização e saúde – *sem que seja essa a finalidade preponderante da pena, com uma obrigatoriedade de aceitação* – e possa o recluso buscar seu próprio desenvolvimento e realização, caminho que seria o único adequado aos valores já expostos, e às necessidades do Estado que nos propomos quando do advento da democracia e que pretendemos como humanidade mais justa e responsável, responsabilidade que Lévinas chama de acontecimento ético:

O que dizer então de humanidade na sua multiplicidade? O que dizer, ao lado do outro, do terceiro e, com ele, de todos os outros? Esta responsabilidade para com o outro que se defronta comigo, esta resposta ao rosto do próximo poderá ignorar o terceiro que é também meu outro? Não me diz respeito ele também?³³³

Esse questionamento também pertence ao Estado, porque, para além de suas instituições, precisa legitimar-se eticamente, mesmo que de forma transpolítica, da busca e da defesa dos direitos do homem:

Estado que se estende além do Estado, para além da justiça, lembrança imperiosa de tudo o que, em seus rigores necessários, deve ser acrescido

³³¹ BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 25.

³³² BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 26.

³³³ LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 269.

proveniente da unicidade humana em cada um dos cidadãos reunidos em nação, proveniente dos recursos não dedutíveis e irredutíveis às generalidades de uma legislação. Recursos da caridade que não terão desaparecido sob a estrutura política das instituições: sopro religioso ou espírito profético do homem.³³⁴

Então, a liberdade ética apresenta-se sob a forma de responsabilidade pelo outro; no caso, pelo apenado, pelo excluído. Esta responsabilidade é reconhecimento fático da alteridade enquanto tal, pois a dignidade humana não é algum tipo de essência etérea, por mais nobre que pareça, mas um acontecimento que não se dá senão em um encontro humano, ou seja, na realização da liberdade ética,³³⁵ e “*en nosotros ha de quedar libre la filosofía*”.³³⁶

Esse fundamento que se busca no Direito Penal, ademais, encontra-se “na primeva relação comunicacional da raiz onto-antropologica, na relação de cuidado-de-perigo”.³³⁷ Dessa forma, a pena encontra o seu fundamento justificador mais profundo em um critério, não idealista ou formal, como escreveu Figueiredo Dias, mas naquele que se reflete nas determinações materiais que essa compreensão onto-antropologica traz.³³⁸

Poder-se-ia, de outra banda, justificar a pena a partir de uma ideia de meio para a realização de um fim – seja qual for – e essa lógica utilitária, mais do que fazer sentido, não feriria a utilidade do todo; todavia, não teria a vantagem de ser percebida pelo radical, do ontologismo.³³⁹ Não pode haver compreensão nem conhecimento se previamente não houver uma compreensão prévia do ser, exigência que já esteja aberta num âmbito em que o homem se encontra em relação livre com

³³⁴ LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 270.

³³⁵ SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 142.

³³⁶ HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la filosofía*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1999. p. 21.

³³⁷ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 19.

³³⁸ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 19.

³³⁹ COSTA, Jose de Faria. *Linhas de Direito Penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 214.

os entes e consigo próprio. Todo o ato livre do homem, escreveu Vattimo, “pressupõe a liberdade mais originária, que é o ‘deixar ser o ente’: não é o homem quem possui a liberdade, mas a liberdade que possui o homem”.³⁴⁰

Então, os homens não são objetos moldáveis, mas seres racionais que, com a ajuda da razão podem apreender-se mutuamente, o que Heidegger chama de “ser-com-outros”:

*Los hombres están también ahí delante os unos junto a los otros. Pero aparte de eso, tienen conciencia de estar el uno junto con el otro, o los unos junto con los otros. El uno aprehende al otro. De modo que en definitiva el ser-con-otros, el ser-con-otro, el uno-con-otro, no sería otra cosa que un estar ahí delante unos junto a otros, un haber ahí delante dos cosas juntas, sólo que dotados de conciencia.*³⁴¹

O que podemos partilhar, todos nós homens, é o desocultamento da verdade.³⁴² A maneira como chegaremos a isso pertence necessariamente ao que Heidegger chama de *Dasein*,³⁴³ mas necessária e essencialmente implica um partilhar-se da verdade.³⁴⁴

Então, não para deslegitimar a base principiológica que se demonstrou no início do presente trabalho, mas para reforçar a sua validade e importância, destaca-se a coincidência entre os valores lá apontados com os aqui, ao final, defendidos como ideais filosóficos.

³⁴⁰ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Trad. João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 113.

³⁴¹ HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la filosofía*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1999. p. 95.

³⁴² HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la filosofía*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1999. p. 115.

³⁴³ “O termo alemão para designar ‘existência’ é *Dasein*, literalmente ‘estar-aí’. O termo expressa bem o facto de que a existência não se define apenas como ultrapassagem que transcende a realidade dada na direção da possibilidade, mas que esta ultrapassagem é sempre ultrapassagem de algo, está sempre situado, está aqui. Existência, *Dasein*, ser-no-mundo, são, pois, sinónimos. Os três conceitos indicam o fato de o homem estar ‘situado’ de maneira dinâmica, a saber, no modo de poder ser ou também, como diria Heidegger pouco depois, na forma do ‘projeto’.” (VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Trad. João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 27.).

³⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la filosofía*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1999. p. 127.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no desenvolvimento teórico elaborado ao longo dessa dissertação, podem-se extrair as seguintes conclusões:

1. Através de uma leitura da atual configuração do Estado Democrático de Direito, levando-se em conta a laicidade, o republicanismo, a democracia, bem como os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana evidencia-se fundante dessa formação política, de modo que só é possível a concretização de seus objetivos mediante o respeito de tal princípio, que é inclusive pressuposto de concepção dos outros princípios e direitos fundamentais mencionados.
2. Disso decorrem algumas das bases do Direito Penal, isto é, os princípios da culpabilidade, legalidade, humanidade e proporcionalidade. Com efeito, através de uma leitura que parte da noção de dignidade da pessoa humana como pilar do próprio Estado Democrático de Direito, passa-se a compreender tais princípios como destinados à sua proteção para a manutenção desse mesmo Estado.
3. Ao impor uma pena, necessariamente deverão ter sido observados, dentre outros, os princípios acima mencionados, haja vista que se destinam à proteção da dignidade humana, que deve ser respeitada, inclusive, no decorrer da execução penal privativa de liberdade. Desse modo, percebe-se que apenas haverá legitimidade dessa pena caso, ao longo de todo o processo penal, tenham sido respeitados os direitos fundamentais do acusado.

4. Ao sinalizar as concepções que visam justificar as finalidades das penas, foram apontadas as três mais usuais: retributivas, preventivo-gerais, e preventivo-especiais. Após um breve incursão em cada uma delas, tendeu-se à análise mais aprofundada dessa última, tendo em vista que é nela que surge a ideia de ressocialização como discurso supostamente legitimante da execução da pena.

5. Mais detidamente discorrendo sobre ressocialização, faz-se inicialmente uma análise pormenorizada da forma como a pena privativa de liberdade é cumprida hoje, através da ideia de prevenção especial positiva, levando-se em conta todas as condições que permeiam não só a prisão do apenado, mas aquelas impostas à sua família e à própria sociedade em geral. As conclusões a que se chega, como resulta evidente, é de um total desprezo pela dignidade da pessoa humana na execução da pena privativa de liberdade, na grande maioria dos presídios, o que, por conseguinte, impossibilita a concretização do ideal proposto pela ressocialização.

6. Chega-se à conclusão de que o discurso da prevenção especial positiva não pode ser aquele que justifique a pena, mas uma possível consequência, haja vista que a pena não pode visar a obrigatoriedade do melhoramento moral do detento, isso porque uma imposição desse tom afrontaria à própria dignidade humana, no que tange à autonomia da consciência do apenado.

7. Dessa constatação parte-se para a elaboração de uma série de condições que deveriam acompanhar o cumprimento da pena privativa de liberdade para que não haja violação à autonomia da consciência do apenado, respeitando-se, assim, sua dignidade. Trata-se de condições que, embora ainda não levadas a cabo, acredita-se serem suficientemente possíveis.

8. Em última análise, pretendeu-se a retomada de uma justificação filosófica do próprio Direito Penal. Alguns autores falam em alteridade (Lévinas), outros em fundamentação onto-antropológica (Faria Costa) ou então, ainda, em um cuidado com o outro (Heidegger).

9. Dessa forma, tem-se que os princípios apontados no início do trabalho como estruturantes do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Fundamentais e do próprio Direito Penal, são reforçados e entrelaçados com os fundamentos filosóficos, todos apontados para a retomada de uma legitimação ética e jurídica do direito de punir.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La formula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México (DF): Comisión Estatal de Derechos Humanos, s.d. p. 11-38.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe Bogota: Temis, 1996.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social. Por um conceito crítica de “reintegración social” del condenado. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: 1991. p. 251-265.

_____. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. São Paulo: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII*. Trad: Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1977.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Aléxis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BERGALLI, Roberto. La construcción del delito y de los problemas sociales: las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas. In. BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BERISTAIN, Antonio. *Derecho Penal, criminología y victimología*. Curitiba: Juruá, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale: parte generale*. Padova: CEDAM, 1966.

_____. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *A falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México (DF): Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense: 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTTKE, Wilfried. La actual discusión sobre las finalidades de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y nuevo Derecho Penal* (Libro homenaje a Claus Roxin). Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997.

BRICOLA, Franco. *Scritti di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 1997. v. 1, t. 1.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: El Foro, 1994.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERNAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13-36.

CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México (DF): Comisión Estatal de Derechos Humanos, s.d. p. 115-160.

COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DESTEFENNI, Marcos. *O injusto penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1.

DUSSEL, Enrique. Da secularização ao secularismo da ciência europeia, desde o Renascimento até o Iluminismo. In: *Caminhos para a Libertação da América Latina* (02). São Paulo: s.n., 1984.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Bosco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004.

FEUERBACH, Alselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. 14. ed. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. In: RABINOW, Paul (Org.). *Madness society, in Aesthetics method and epistemology: essential works of Foucault, 1954-1984*. New York: The New Press, 1998. v. 2.

_____. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. 18. ed. São Paulo: Graal, 2003.

FREUD, Sigmund. Das Unbehagen in der Kultur. O mal-estar na civilização (1930). *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1974. v. 21.

GAECÍA-BORÉS ESPI, Josep. El impacto carcelario. In. BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona, Gedisa, 2005.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do Direito Penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?* Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renan, Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

_____; LÜDERSSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia del Derecho*. Prologo de Karl Marx. Trad. Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Claridad, 1968.

HEIDEGGER, Martin. *Introducción a la filosofía*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 1999.

_____. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. A liberdade de consciência na Constituição de 1988. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HERRERA, Lucio Eduardo. El principio de legalidad y la tipicidad. In: BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio R.; GARCÍA-PABLOS, Antonio; PIERANGELI, José H. (Coord.). *De las penas*. Buenos Aires: DePalma, 1997.

HONOHAN, Iseult. *Civic republicanism*. London: Routledge, s.d.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

_____. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. (Coleção Estudos de Direito Penal, v. 3)

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

KATEB, George. A reading of on liberty. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill (rethinking the western tradition)*. New Haven: Yale University Press, 2003.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Barueri: Manole, 2005.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 2001.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 2002.

MEJÍA, Lisset Coba. “Rehabilitación”, el verdadero castigo: un análisis del gobierno e las prisiones regido por el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, In: PORTERO, Carolina Silva (Org.). *Ejecución penal y derechos humanos: una mirada crítica a la privación de la libertad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 103-120.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MILL, John Stuart. On liberty. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill (rethinking the western tradition)*. New Haven: Yale University Press, 2003.

MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. A gaia ciência. In: _____. *Obras incompletas*. Seleção de textos de Gérard Lebrun; tradução e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978a.

_____. *Para a genealogia da moral: um escrito polêmico em adendo a “Para além do bem e mal” como complemento e ilustração*. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978b. (Coleção os Pensadores)

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do Direito Penal: considerações sobre a teoria de Günter Jakobs*. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PLATÃO. *A república*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

POSNER, Richard A. On liberty: a revaluation. In: BROMWICH, David; KATEB, George (Org.). *On liberty by John Stuart Mill* (rethinking the western tradition). New Haven: Yale University Press, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Stvdivm, 1997.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

_____. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁ, Alvin August de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universität Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAYLOR, Charles. *Modernity and the rise of the public sphere*. Stanford: Stanford University, s.d.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Trad. João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México (DF): Comisión Estatal de Derechos Humanos, s.d. p. 116-161.

VIRGOLINI, Julio E. S. *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque DePalma, 1956.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERNAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânio Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila, 1993.