

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

DANI RUDNICKI

JULIO CESAR ROSSI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Dani Rudnicki, Julio Cesar Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-293-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

Apresentação

O Grupo de Trabalho Criminologia e Política Criminal III reuniu-se, no dia 9 de dezembro, sob nossa coordenação. O GT foi um dos vários realizados no âmbito do XXXV Congresso do CONPEDI, realizado no Unicuritiba entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016. Na ocasião, foram expostos dezenove artigos científicos.

Os trabalhos versaram sobre temas relevantes e atuais da referida área do conhecimento, tais como terrorismo, ondas punitivas, atos infracionais, drogas, violência doméstica, sistema penal, dinâmica legislativa, fundamentos éticos da punição, pena de morte, encarceramento, contraditório no inquérito policial.

Trabalhos com profunda investigação empírica, doutrinária e jurisprudencial, revelam a importância e imprescindibilidade do estudo em nível de Pós-Graduação no Brasil e contribuirão com o desenvolvimento do pensamento científico na área do Direito.

Dentro do espírito científico proposto pelo CONPEDI, a discussão apontou para a necessidade de reflexão sobre o papel desempenhado pelo sistema penal nas sociedades contemporâneas. Assim, com base nas teorias críticas surgiram ideias para propor instituições e legislação comprometidas com valores democráticos.

Parabéns ao CONPEDI e ao Unicuritiba por receberem estudos acadêmicos tão bem elaborados, sobre temas contemporâneos que merecem toda a reflexão da comunidade acadêmica.

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UniRitter

Prof. Dr. Júlio César Rossi – São Paulo/Brasília

**FUNDAMENTOS ÉTICOS DA PUNIÇÃO NO CONTEXTO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ASPECTOS DE POLÍTICA CRIMINAL E
CRIMINOLOGIA**

**FOUNDATIONS OF ETHICAL PUNISHMENT IN THE CONTEXT OF
DEMOCRATIC STATE LAW: ASPECTS OF CRIMINAL POLICIES AND
CRIMINOLOGY**

**Anderson Luiz Brasil Silva
Thiago De Oliveira Rocha Siffermann**

Resumo

Este trabalho apresenta modelos teóricos da punição à luz do Estado Democrático de Direito, como pressuposto de validade das normas jurídicas posteriores à Constituição Brasileira de 1988. Discute o conceito de Constituição, a partir do modelo proposto pelo Supremo Tribunal Federal e por Ingo Wolfgang Sarlet. Avalia o poder punitivo e as relações de poder e da constituição do Estado. Define as funções dos direitos fundamentais quanto à criminalização. Utiliza método dialético.

Palavras-chave: Ética da punição, Modelos punitivos, Retributivismo, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This work presents the theoretical models of punishment under the paradigm of the democratic state model, considered assumption of validity of the legal rules with the advent of the Brazilian Constitution of 1988. It discusses the concept of Constitution from the model proposed by the Supreme Court and the model proposed by Ingo Wolfgang Sarlet. It evaluates punitive power and constitution of State. It defines the roles of fundamental rights related to the criminalization. It uses dialectic method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ethics of punishment, Punitive models, Retributivism, Constitution

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por força apresentar os modelos teóricos da punição à luz do paradigma do modelo de Estado Democrático de Direito, tido como pressuposto de validade das normas jurídicas com o advento da Constituição Brasileira de 1988.

O trabalho faz uma leitura dual do conceito de Constituição, a partir do modelo proposto pelo Supremo Tribunal Federal e o modelo proposto por Ingo Wolfgang Sarlet, partindo-se de tal conceito para definir as funções dos direitos fundamentais quanto à criminalização. A partir dessas considerações, pode-se remontar às teses relativas à pena proposta por Claus Roxin com intuito de responder ao conteúdo e finalidade dos fundamentos éticos da punição.

Quanto ao conteúdo, é possível mencionar as seguintes teorias: retribuição, prevenção especial, prevenção geral. Quanto à justificação ou finalidade da punição, é possível, a partir de Vicente Barretto, remontar-se às seguintes teses: abolicionista, moralista e utilitarista.

Com o autor brasileiro, é possível apontar, a partir das teses moralistas e utilitaristas, uma terceira via apta a abarcar o conteúdo mínimo comum entre as teses moralistas e utilitaristas quanto à sua finalidade, a partir de um modelo retributivista de punição quanto ao seu conteúdo.

O estudo do Direito Penal enquanto disciplina do ordenamento que define penas, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas (SANTOS, 2008), demanda a análise dos seus pressupostos de aplicação, isto é, busca-se remontar aos fundamentos éticos da punição.

Tal resposta, no contexto de Estado de Direito democraticamente estabelecido, tem como pressuposto de validade e existência no mundo jurídico a filtragem pelas normas contidas na Constituição Brasileira.

Em síntese, busca-se responder se é possível, num Estado Democrático de Direito, que tem seus objetivos pautados pela Constituição da República, que o Estado efetive a proteção de bens jurídicos relevantes para a vida humana individual ou coletiva por meio da pena e materialize o Direito Penal como estratégia de controle social das sociedades contemporâneas. (SANTOS, 2008)

Sendo possível afirmar a possibilidade da utilização da pena como recurso de objetivos declarados e reais do Direito Penal, é evidente que tal processo retributivo não pode ser utilizado pelo detentor do monopólio do uso da força de maneira desmedida. Há de se

observar critérios legítimos apontados pela tradição em que se assenta o fenômeno linguístico dos fundamentos éticos da punição no curso da história-efectual, isto é, para a análise das coisas mesmas (*Zu den Sachen selbst*).

Parte-se, pois, do pressuposto que a resposta para tal pergunta só pode ser dada a partir de um lugar: da Constituição da República. Isto, a toda evidência, implica dizer que a Constituição passa a ser, em toda sua fundamentalidade material, condição hermenêutico-compreensiva, que conformará a *applicatio* interpretativa do restante do sistema jurídico. Ocorre, todavia, que a tradição nos relega a diversas possibilidades de sentido de Constituição e de Estado (STRECK, 2014).

Basta um breve relance de olhos pela vasta literatura jurídica, política e econômica relacionada com tais temáticas para verificarmos esta intriga: a Constituição nunca está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos: “*constituição potável*”, “*constituição culinária*”, “*constituição programa*”, “*constituição-carta*”, “*constituição fechada*”, “*constituição-código*”, “*constituição dirigente*”, “*constituição compromissória*”, “*constituição-cidadã*”, “*constituição-processo*”. (CANOTILHO, 2008).

Com efeito, o que se afirma em relação a Constituição também pode afirmar-se em relação ao Estado.

À guisa de um curto inventário, CANOTILHO (2008) apresenta algumas adjetivações: “*estado subsidiário*”, “*estado econômico*”, “*estado cooperativo*”, “*estado de direito*”, “*estado democrático*”, “*estado autoritário*”, “*estado social*”, “*estado liberal*”, “*estado intervencionista*”¹.

De fato, cada uma dessas “adjetivações” pretende ter dado ou estar dando uma resposta a um determinado problema. Pode-se dizer, então, que cada uma dessas “adjetivações” objetiva, ao fim e ao cabo, funcionar como uma espécie de paradigma², delimitando, assim, o campo em que devem ser desenvolvidos os processos de conhecimento.

¹ Embora em seu texto Canotilho esteja fazendo uma crítica ao excesso de adjetivações, chegando a dizer, inclusive, que “um Estado carecedor de adjectivos indicia um claro mal-estar do próprio Estado (CANOTILHO, 2008), nos parece que o adjetivo Democrático não tem como “morrer”, é dizer: não obstante tenha razão o mestre português ao afirmar que, não raro, os apelos às adjetivações mais parecem um *topos* argumentativo do que uma categoria política séria, o fato é que, em nosso sentir, o Estado Democrático de Direito é condição de possibilidade para o des-cobrimto/des-velamento do ser da Constituição. Deste modo, a Constituição e o Estado Democrático de Direito devem ser, pois, significados, isto é, ambos devem ser tornados visíveis, em um acontecer do Direito.

² “Emprego o conceito de paradigma basicamente como uma espécie de matriz teórica. Matriz teórica quer dizer um campo delimitado em que se desenvolvem determinados processos de conhecimento. (...) Todo paradigma pressupõe essa espécie de coesão interna e a partir dele podemos chamar a atenção para cada elemento, expressão ou termo que utilizamos remetendo a um centro, a um núcleo.” (STEIN, 2004)

Se isto é assim, então é preciso definir, antes de tudo, conforme anota STEIN (2004): “o paradigma no qual os textos que vamos enfrentar e ler se situam; em que paradigma se movem e onde está situado o lugar da nossa fala.”

Colocada assim a questão, segue-se que fica, desde logo, por esclarecer em que lugar se situará a nossa fala: Estado Democrático de Direito. Desde esta perspectiva, algumas coisas ganham novos – e imprescindíveis – contornos.

Primeiro: à referência ao contexto do Estado Democrático de Direito, se está a dizer que a análise do direito de punir no contexto do Estado Democrático de Direito deve ser vista/conformada a partir do campo delimitado por aquele paradigma, isto é, a partir dos dois elementos fulcrais de todo Estado Democrático de Direito: efetivação de direitos e garantias fundamentais e participação dos cidadãos da comunidade social na esfera político-decisória do Estado.

Segundo: se isto se dá assim, então a resposta à pergunta acerca dos fundamentos éticos-jurídicos da punição passam, antes, pela discussão sobre o papel da Constituição um Estado Democrático de Direito.

Por fim, a questão fulcral: quais seriam, em *terrae brasilis*, os fundamentos ético-jurídicos da punição? Constatada a ineficiência e injustiça intrínsecas do sistema penal, deve-se adotar um modelo abolicionista do Direito Penal? Se não, deve-se então punir a conduta do agente criminoso à proporção de sua imoralidade?

Ou por que não instituir a punição à medida que traga consequências benéficas para o agente criminoso e para a sociedade? E mais: à que proporção pode(ria) o Estado, em nome da segurança pública, intervir na esfera privada, impondo restrições à autonomia, ao exercício das liberdades individuais dos sujeitos ativos de uma prática delituosa?

Conforme será demonstrado ao longo de todo o trabalho, após o processo de secularização ocorrido com a modernidade, denota-se uma dada tradição ocidental conformadora da compreensão do modelo de sistema jurídico no qual o ordenamento jurídico brasileiro se insere, interferindo numa relação eminentemente privada. Há, todavia, limites à intervenção do Estado na vida das pessoas.

Na denúncia, portanto, restará latente as críticas ao “senso comum teórico”³ e a decorrente pauta estratégica em que se resumem algumas ações estatais para, a partir de então,

³ Expressão criada por Luis Alberto Warat. Nas palavras do mestre: “chamar-se-á “senso comum teórico” a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como um arsenal de ideologias práticas. Em outras palavras, essa montagem corresponde a normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas”. (WARAT, 1979)

desconstruir as bases ideológicas dessa “razão instrumental”⁴ que limitam o exercício das liberdades individuais tuteladas pela Constituição.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO: TESES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E INGO WOLFGANG SARLET

Como dito, o pressuposto para uma análise adequada dos fundamentos ético-jurídicos da punição, enquanto processo de concretização de uma pena, deve possuir como locus explicitativo de sentido a Constituição Brasileira.

Esta, por sua vez, diz algo em seu texto que limita e situa o intérprete a uma dada tradição da história jurídica do ocidente. Antes de se dizer algo sobre o texto, nos dizeres de GADAMER (2007), deve-se deixar o texto falar algo primeiro ao intérprete.

A leitura da Constituição pode ser efetuada sob dois enfoques de observação: uma leitura de cunho dualista e uma leitura monista da Carta Constitucional.

A primeira, de cunho dualista, pode ser compreendida como a constituição de duas ordens jurídicas radicalmente distintas, dadas pelas diferenças de fontes, de sujeitos e mecanismos garantísticos (GOUVEIA, 2005), a qual incorpora a legislação internacional em seu ordenamento interno mediante ratificação dos Tratados pelo chefe do Estado e apreciação pelo Poder Legislativo – e este seria o dualismo em sua forma moderada – ou pela incorporação do Tratado no direito interno através da incorporação da norma internacional por uma lei interna *stricto sensu* – e este seria o dualismo em sua forma radical.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição Brasileira, ao julgar a Carta Rogatória Nº 8.279-Repúblicas da Argentina, decidiu pela adoção da tese dualista moderada para fins de relação do direito estatal interno com o direito internacional.

A segunda leitura possível da Constituição pode ser efetuada sob um enfoque monista, há a harmonia de normas internacionais e internas, em uma única ordem jurídica, caracterizada pela interdependência das legislações, além da proximidade de fontes, coincidência de sujeitos e passíveis de conflito entre si.

⁴ A razão Instrumental, como mecanismo de castração e dominação do homem, se reproduz e fortalece, sufocando todas as oportunidades na história em que o homem buscou uma sociedade mais fraterna. (SOUZA CRUZ, 2008)

Quanto à geração de conflitos, o monismo pode ser entendido como nacionalista no qual, da ocorrência de conflitos entre as legislações interna e internacional, deve prevalecer a norma de direito interno, negando-se às normas de direito internacional portando.

Havendo prevalência do direito internacional sobre as normas de direito interno, classifica-se tal relação entre ordenamentos como monista internacionalista.

Esta, ainda, comportaria a distinção de monismo internacionalista radical e moderado, na qual aquela implica a prevalência absoluta da norma internacional sobre qualquer norma de direito interno, ao passo que o monismo internacionalista moderado aponta para a manutenção da validade da norma interna cujo teor contrarie norma internacional, ocorrendo apenas a sua derrogação no caso concreto. Desta última tese parece perfilar-se Ingo Wolfgang Sarlet, ao afirmar que:

Com isso, caso chancelada a posição de que sempre todos os direitos humanos sediados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem status materialmente constitucional — compreendido sempre no sentido da igual dignidade constitucional dos direitos humanos e fundamentais — eventual situação de conflito (neste caso mesmo em se cuidando de contraste entre emenda incorporadora de tratados de direitos humanos e disposições fundamentais da Constituição originária) haveria de se resolver, até mesmo para impedir um tratamento incoerente e inconsistente de tais conflitos no âmbito do sistema constitucional, pelas diretrizes hermenêuticas que presidem a solução de conflitos entre normas de direitos fundamentais, mas com particular atenção para as diretrizes estabelecidas pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos (dentre os autores que aderem a tal linha, ainda que com alguma peculiaridade, referem-se aqui, dentre tantos, especialmente Antônio A. C. Trindade, Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos e o já referido Valerio Mazzuoli).

Destarte, a distinção prático-teórica dos modelos de relação do Estado com a norma de direito internacional tem relevante exercício prático para a leitura adequada da Constituição.

Aliás, tal exegese implica mesmo o abandono de uma lógica hierarquizada por uma lógica pautada pelo diálogo e que parte da premissa de que a construção de uma pauta de soluções para as situações concretas há de levar sempre em conta os maiores níveis de proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais. Na próxima coluna iremos voltar ao ponto com exemplos e no contexto do assim chamado “controle de convencionalidade” (SARLET, 2015)

Adotando-se a tese de Ingo Wolfgang Sarlet, acompanhado da doutrina internacionalista preponderante, a leitura da Constituição deve ser efetuada em plena observância aos Tratados de direito internacional, o que ensejaria um duplo controle: além de um controle de constitucionalidade, deveria se efetivar a realização de um controle de convencionalidade pelo guardião da Constituição, tal como proposto por MAZZUOLI (2012).

Todavia, adotando-se a tese do Supremo Tribunal Federal, tal leitura do texto constitucional deve ser realizada em observância aos Tratados ratificados pelo chefe do Estado e apreciados pelo Poder Legislativo, constituindo os demais tratados como conjunto normativo secundário, de cunho auxiliar na interpretação jurídica.

3 CRIMINALIZAÇÃO E A DUPLA-FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em seus fundamentos ético-jurídicos da punição, a Constituição Brasileira, em sua base principiológica, rege-se pela constituição de um Estado de Direito democraticamente consolidado, observados como fundamentos a dignidade da pessoa humana e a cidadania, além de ter como objetivos a erradicação da marginalização e redução as desigualdades sociais e regionais.

Não sendo suficiente, a Carta Constitucional brasileira consagra em seu artigo 5º, dos incisos XXXIX ao XLIV, normas constitucionais referentes ao cometimento de crimes sob jurisdição brasileira, compondo extenso rol protetivo apto a efetivar e preservar as garantias e liberdades fundamentais.

Nesse sentido, FERREIRA MENDES, MÁRTIRES COELHO e GONET BRANCO (2010), sugerem uma dupla função dos direitos fundamentais no tocante à criminalização: não apenas um dever de proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*) estatal indevida na esfera da liberdade individual do cidadão, mas também um postulado de proteção (*Schutzgebote*).

Tal postulado de proteção pode ser exposto a partir de uma tripla categorização: dever de proibição (*Verbotspflicht*) determinada conduta, dever de segurança (*Sicherheitspflicht*) do Estado contra ação ilícita individualizada de terceiros e dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), no qual o Estado deve atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão mediante medidas de proteção ou prevenção.

4 AS TEORIAS DA PENA E O RETRIBUTIVISMO KANTIANO COMO AGIR MORAL INTRÍNSECO

No estudo propriamente dito dos fundamentos ético-jurídicos da punição, é possível fazer uma distinção conceitual relevante entre pena e punição, a fim de se evitar confusões teóricas.

A punição estaria relacionada ao processo no qual institui-se uma medida (pena) com vistas a reduzir a probabilidade de determinada resposta voltar a ocorrer. Já a pena, enquanto categoria jurídica, pode ser definida como medida sancionatório-repressiva imposta pelo poder público instituído à violação da ordem social e que pode ser levada a cabo como “paradoxo penal”, tal como proposto por DELMAS-MARTY (1996), uma vez que tal medida pode proteger direitos fundamentais, como pode ao mesmo tempo significar uma ameaça às liberdades e garantias fundamentais.

A partir dos modelos teóricos da pena, será possível observar a resposta pela própria tradição doutrinária do Direito Penal na busca das respostas das perguntas formuladas por GROTIUS e MIORANZA (2004), mencionadas por BARRETTO (2013): O que? (*Ob quod?*) e Portanto? (*Cuius ergo*). Isto é, a primeira refere-se à natureza da ofensa que ocasionou a punição e a segunda cuida dos motivos ou finalidades com as quais o agente criminoso sofre a punição.

Com ROXIN et al. (2007), é possível fazer uma indagação inicial: de onde se origina o direito do Estado de submeter os cidadãos às sanções penais negativas? A definição da origem do monopólio do uso da força estatal ao uso das sanções e penais e a categorização do que é proibido aos indivíduos em caso de pena, só pode ser obtida a partir de um modelo teórico do poder punitivo estatal.

O mestre alemão remonta a origem do poder punitivo estatal oriundo dos costumes, moral e religião, sistemas nos quais a ocorrência de transgressões aos comportamentos considerados imorais, inconvenientes ou heréticos incorriam na restrição da liberdade dos agentes do delito e respectiva ameaça por meio da pena. Sugere, portanto, três teorias em que

se objetivam e justifica a imposição de uma pena em concreto: teoria da retribuição, da prevenção especial e geral.

A teoria da retribuição, segundo ROXIN et al. (2007), partiria do princípio que a função da pena reside na compensação da culpa que o agente assumiu em virtude do fato cometido, com fins de reestabelecer o ideal de justiça de uma relação igualitária rompida, independente dos fins sociais a que se propõe.

Assim, o grau de severidade da conduta estaria relacionado proporcionalmente ao grau de culpabilidade do agente.

Para esta teoria, mesmo as condutas que não provocassem a perturbação da paz social, seriam juridicamente puníveis, gerando aquilo que buscava combater: injustiça. Além disso, tal ideal retributivo apenas incentivaria a reincidência – ao invés de evitá-la – pois não possibilitaria nenhuma vida livre de pena no futuro, conduzindo à sensação de vendeta e insensibilização.

Nesta teoria da pena, parece se inserir o modelo kantiano de punição, o qual se constituiria como um imperativo-categórico, independente de benefícios ou graus de moralização. Imagina-se a punição como um agir interno intrínseco, do dever de punir pelo dever de punir, como condição de estabilização do próprio sistema punitivo. Nesse sentido, tal modelo insere-se em uma dupla perspectiva: deve-se punir o culpado (positiva) e a proibição de se punir o inocente (negativa). Logo, a injustiça estaria situada em punir o inocente e não punir o culpado.

Nesse sentido, é possível observar a seguinte passagem do filósofo alemão:

“Mesmo que a sociedade civil fosse dissolver-se com o consenso de todos os seus membros (por ex., o povo que habita em uma ilha decide separar-se e espalhar-se por todo o mundo), o último assassino que se encontra preso ainda teria de ser executado, para que a todos lhe seja imposto, aquilo que por seus fatos eles merecem, e para que a culpa pelo derramamento de sangue não permaneça apegada ao povo, que não insistiu nessa punição, pois esse povo poderá ser considerado partícipe dessa violação pública de justiça.” (KANT, 2013)

A teoria da prevenção especial, enquanto profilaxia concreta, parte da premissa que a pena tem o fim precípua impedir que o agente criminoso cometa novos crimes, seja pelo aprisionamento, seja pela ressocialização, orientando-se para a função social da pena, afastando-se a aplicação desnecessária do Direito Penal; contudo, quando aplicada, a pena deve ter em vista a ressocialização e o afastamento da reincidência.

Todavia, tal modelo teórico não impede que o cidadão incriminado por fato irrelevante, uma vez que tal condenação se mostraria “desejável” para a reparação dos danos

da personalidade do indivíduo, de forma a prevenir a ocorrência de outro delito criminoso pelo indivíduo, afrontando de certa forma a liberdade individual do cidadão e gerando novamente a sensação de injustiça.

Ainda, tal modelo, demonstra limitação inconveniente de punibilidade, uma vez que ausente a hipótese de reincidência de um agente criminoso, aí estaria a ausência de punibilidade, mesmo se afetados bens jurídicos individuais e coletivos, o que se insere no contexto da dificuldade de sucesso nos processos de ressocialização.

A teoria da prevenção geral, enquanto profilaxia relativa à paz jurídica da coletividade, pressupõe a motivação da comunidade política a um comportamento de fidelidade jurídica, a partir da formação e determinação da consciência e do comportamento da sociedade, por meio de proibições e comandos jurídicos, afastando-se o caráter retributivo da pena e a busca pelo afastamento da reincidência.

Contudo, tal modelo não compõe uma limitação da medida da pena, o que pode se imaginar o aumento do caráter intimidatório da pena por medidas mais duras, até mesmo draconianas, o que violaria de certa forma os princípios fundamentais de um Estado de Direito fundado em uma democracia. Ainda, nesse sentido, a pena atribuída ao condenado direcionada à intimidação e como vias de satisfazer a coletividade, infringiria a possibilidade de ressocialização da pena e violaria a própria dignidade do indivíduo.

Da crítica das teorias relativas à pena anteriormente mencionadas, ROXIN et al. (2007) sugere a teoria da união, na qual a pena é limitada à culpa do ato, isto é, afasta-se, por motivos de prevenção geral ou especial, a pena maior que a gravidade da conduta culposa do agente criminoso. E desta forma, tal teoria traça a possibilidade de múltiplas finalidades para a pena, como a ressocialização e o caráter preventivo geral, ainda que em graus e modos distintos.

Diante do panorama da tradição conformadora da doutrina de Direito Penal a qual limita os campos de possibilidade dos fundamentos ético-jurídicos da punição, é possível, com BARRETTO (2013) e GRECO e MARTINS (2012), buscar novos alicerces fundamentadores para se galgar a novos limites de possibilidades a partir da tese kantiana do retributivismo como imperativo categórico entendido como argumento transcendental, constituído por um agir moral intrínseco, isto é, a partir de Kant, é possível explicar “como é possível que seja moral e juridicamente correto punir em casos em que ninguém ganhe nada com a punição”. (GRECO; MARTINS 2012)

Referindo-se às teses abolicionistas, BARRETTO (2013) sugere duas formas do modelo abolicionista: empirista, sociológico ou psicológico e o religioso.

O primeiro estaria fundado na explicação do crime como fruto da distorção na razão do agente criminoso ou do ambiente social em que este se insere e desta forma, o sistema punitivo revelaria-se fútil e cruel com o apenado.

Para esta primeira bifurcação do modelo teórico abolicionista, o sistema punitivo deveria coibir preventivamente e repressivamente, de modo a evitar formas de comportamentos desviantes, evitando-se a punição insensível com as condições psico-sociais do agente criminoso.

Já o modelo abolicionista religioso, estaria fundado na tese cristã de fazer o bem para todos os homens e não o mal, no qual estaria entendida a pena como um mal em si mesmo.

Sobre a justificação e aplicação da pena, o autor fluminense aponta dois modelos teóricos opostos encontrados na tradição das teorias da pena: moralista e utilitarista.

O primeiro estaria fundado exclusivamente na proporção da pena à medida da imoralidade do ato cometido pelo condenado à determinada sociedade, ao passo que o segundo modelo teórico estaria fundado na aplicação da pena à medida que traga consequências benéficas para o agente criminoso e para a sociedade

Dados os modelos teóricos de justificação e aplicação da pena, é possível, com BARRETTO (2013), a partir de uma concepção psicológica, situar no âmbito criminal a dupla responsabilização do Estado: defender a vítima, por meio do reequilíbrio da dignidade violada e recuperar a racionalidade do agressor que assegure os preceitos de racionalidade mínimos aptos a garantir o seu restabelecimento no convívio social, a partir da concepção de tanto a vítima como o agressor enquanto cidadãos dotados de dignidade da pessoa humana, com direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição.

Apesar da possível aplicação dos modelos teóricos mencionados à dupla responsabilização do Estado, tais modelos são passíveis de crítica, uma vez que desconsideram as dimensões patológicas dos seres humanos e a realidade social em que estes se inserem.

Assim, a precariedade da realidade social do sistema prisional, em que pese violar de certa forma a dignidade autônoma dos agentes criminosos, não justifica a mudança no modelo do sistema punitivo estatal. Com intuito de clarear a visão do fenômeno, é interessante o exemplo utilizado por BARRETTO (2013), ao afirmar que:

“Sustentar que a punição tornou-se ilegítima em virtude das condições de execução da pena seria o mesmo que sustentar que não cabe ao Estado, por exemplo, intervir na educação pública das crianças porque as escolas encontram-se em estado deplorável” (BARRETTO, 2013)

Portanto, com BARRETTO (2013), pode-se afirmar que a negação da punição significa impedir o exercício da dignidade autônoma dos indivíduos apenados, isto é, do exercício da pena como restabelecimento do seu agir moral e como condição de possibilidade de convívio social.

A punição deve ser estabelecida como medida de restabelecimento de uma dada igualdade rompida, de maneira a satisfazer a dignidade rompida da vítima e prevenir a comunidade política do cometimento de futuros crimes pelo apenado.

Entre a tese moralista e a tese instrumentalista ou utilitarista, BARRETTO (2013) sugere pontos comuns entre ambos os modelos teóricos, com intuito de se chegar um mínimo consenso da justificação do sistema punitivo.

Desta forma, o autor aponta três elementos comuns entre ambos os modelos: a punição significa repulsa moral específica da comunidade política quanto ao ato praticado; a punição constitui-se como lição para os indivíduos, mostrando o mal em si das condutas antijurídicas; a punição tem como finalidade a correção e recuperação do apenado, a fim de se adequar seu comportamento às leis de convívio social.

A partir de tal prospecção, é possível observar a dupla função da punição situada na tradição de sua fundamentação ético-jurídica: primeiro, a pena tem como fim a dissuasão da prática de novas condutas antijurídicas (função moralista da pena); segundo, a punição tem uma dimensão moral prospectiva isto é, possui o intuito de exteriorizar o devido processo legal, a partir do julgamento de um comportamento considerado como ilícito, de forma a punir no presente e dessa forma, prevenir condutas antijurídicas no futuro (função pragmático-utilitarista da pena).

Portanto, a partir de uma tradição de um Estado Democrático de Direito, parece que a pena é pressuposto do próprio modelo de Estado, isto é, é condição de possibilidade para a construção de uma sociedade e de uma ordem jurídica livre e democrática, possibilitando benefícios para a sociedade e para o indivíduo apenado, a partir de um ideal de proporcionalidade possibilitado pelo grau de imoralidade da conduta cometida, que irá refletir diretamente na culpabilidade do sujeito criminoso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho discute os modelos teóricos da punição à luz do paradigma do modelo de Estado Democrático de Direito, tido como pressuposto de validade das normas jurídicas com o advento da Constituição Brasileira de 1988.

O artigo atua por meio da realização de leitura dual do conceito de Constituição, a considerando o modelo proposto pelo Supremo Tribunal Federal e o modelo proposto por Ingo Wolfgang Sarlet, partindo-se de tal conceito para definir as funções dos direitos fundamentais quanto à criminalização. Feitas estas reflexões acerca da do poder punitivo, das relações de poder e da constituição do Estado, foi possível discutir acerca da retribuição, prevenção especial, prevenção geral.

Quanto à justificação ou finalidade da punição, utilizando as obras de Vicente Barretto, foram analisadas as teses abolicionista, moralista e utilitarista. Com o autor brasileiro, pode-se apontar um novo caminho a partir das teses moralistas e utilitaristas, uma terceira via suficiente a englobar o conteúdo mínimo comum entre as teses moralistas e utilitaristas quanto à sua finalidade, consoante padrão retributivista de punição quanto ao seu conteúdo.

O estudo do Direito Penal enquanto disciplina do ordenamento que define penas, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores da condutas incriminadas (SANTOS, 2008), demanda a análise dos seus pressupostos de aplicação, isto é, busca-se remontar aos fundamentos éticos da punição.

Tal resposta, no contexto de Estado de Direito democraticamente estabelecido, tem como pressuposto de validade e existência no mundo jurídico a filtragem pelas normas contidas na Constituição Brasileira.

Em síntese, busca-se responder se é possível, num Estado Democrático de Direito, que tem seus objetivos pautados pela Constituição da República, que o Estado efetive a proteção de bens jurídicos relevantes para a vida humana individual ou coletiva por meio da pena e materialize o Direito Penal como estratégia de controle social das sociedades contemporâneas.

Desta forma, a partir do exercício reflexivo dos fundamentos ético-jurídicos da punição no contexto do Estado Democrático de Direito, é possível chegar a algumas breves conclusões:

Da doutrina exposta, é possível observar uma dupla-função dos direitos fundamentais no tocante à punição: dever de proibição de intervenção (Eingriffsverbote) estatal indevida na

esfera da liberdade individual do cidadão, mas também um postulado de proteção (Schutzgebote), materializada na dupla responsabilidade do Estado.

O papel do Estado consiste em defender a vítima, por meio do reequilíbrio da dignidade violada e recuperar a racionalidade do agressor que assegure os preceitos de racionalidade mínimos aptos a garantir o seu restabelecimento no convívio social, a partir da concepção de tanto a vítima como o agressor enquanto cidadãos dotados de dignidade da pessoa humana, com direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição.

Desse modelo, é possível com, GROTIUS (2004), inserir duas perguntas para a justificação e aplicação da pena: O que? (Ob quod?) e Portanto? (Cuius ergo). Isto é, a primeira refere-se à natureza da ofensa que ocasionou a punição e a segunda cuida dos motivos ou finalidades com as quais o agente criminoso sofre a punição.

Quanto à natureza da ofensa da punição, um modelo de teoria da pena adequada aos princípios do Estado Democrático de Direito atual parece se inserir o modelo kantiano de punição, o qual se constituiria como um imperativo-categórico, independente de benefícios ou graus de moralização. Imagina-se a punição como um agir interno intrínseco, do dever de punir pelo dever de punir, como condição de estabilização do próprio sistema punitivo.

Nesse sentido, tal modelo insere-se em uma dupla perspectiva: deve-se punir o culpado (positiva) e a proibição de se punir o inocente (negativa). Logo, a injustiça estaria situada em punir o inocente e não punir o culpado.

A partir de tal prospecção, é possível observar a dupla função da punição situada na tradição de sua fundamentação ético-jurídica: primeiro, a pena tem como fim a dissuasão da prática de novas condutas antijurídicas (função moralista da pena); segundo, a punição tem uma dimensão moral prospectiva isto é, possui o intuito de exteriorizar o devido processo legal, a partir do julgamento de um comportamento considerado como ilícito, de forma a punir no presente e dessa forma, prevenir condutas antijurídicas no futuro (função pragmático-utilitarista da pena).

Desta forma, parece ser possível concluir que, em uma Estado Democrático de Direito, a pena é pressuposto do próprio modelo de Estado, isto é, é condição de possibilidade para a construção de uma sociedade e de uma ordem jurídica livre e democrática, possibilitando benefícios para a sociedade e para o indivíduo apenado, a partir de um ideal de proporcionalidade possibilitado pelo grau de imoralidade da conduta cometida, que irá refletir diretamente na culpabilidade do sujeito criminoso.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL, **Informativo** 109 do STF, de 8 de maio de 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "**Brancos**" e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Almedina, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Lumen Juris, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le paradoxe pénal. Libertés et droits fondamentaux**, Seuil, 1996.

FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vozes, 1997.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. Renovar, 2005.

GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Marcial Pons, 2012.

GROTIUS, Hugo; MIORANZA, Ciro. **O direito da guerra e da paz**. Unijui, 2004.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Vozes, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. Revista dos Tribunais, 2012.

ROXIN , Claus et al. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Del Rey, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico/>>. Acesso em: 21 de novembro de 2015.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Edipucrs, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 2014.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Síntese, 1979.