I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-085-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição II", na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado "A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA" aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo "O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO".

Por sua vez, o artigo "O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE", de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o sugimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – "PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS" – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconcepções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em "OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA", Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie "Olhos que condenam", analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo "O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO", de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – "O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS" - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

"O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA", de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado "DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER", Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENAL LIBERTÁRIO

THEORIES OF PENALTY IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: AN ANSWER ACCORDING TO THE CONJECTURES OF DIREITO PENAL LIBERTÁRIO

Marcos Paulo Andrade Bianchini [1]
Felipe de Almeida Campos [2]

Resumo

O estudo propôs verificar analisar qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito penal libertário, Pena, Liberdade, Dignidade da pessoa humana, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The study proposed to verify which theory of the purposes of the sentence is more in line with the paradigm of the Democratic State of Law according to the perspective of Direito Penal Libertário. The work has a comprehensive analytical nature, as it sought to reconstruct the data analyzed from the perspective of the Democratic Rule of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Direito penal libertário, Feather, Freedom, Dignity of human person, Democratic state of law

[1] Mestre em Direito Público. Advogado militante. Coordenador e professor do curso de direito da Faculdade Pitágoras de Ribeirão das Neves/MG.

[2] Mestre em Direito Público. Assessor Parlamentar. Professor do curso de Direito da Faculdades Pitágoras de Ribeirão das Neves/MG.

INTRODUÇÃO

O direito penal, no espiral da história, partiu da concepção de se fazer manifestar a vingança e avançou até ser considerado como um instrumento de controle social. Sempre trouxe no seu bojo as mais duras e invasivas sanções ao indivíduo, ora a morte, em um contexto mais primitivo, ora a privação da liberdade e outras formas de segregação, nos ideais modernos.

A pesquisa analisou as teorias das penas na epistemologia jurídico-penal sob o prisma do direito penal libertário, que tem o sistema penal como instrumento de criação de liberdade, sendo a expressão das aspirações iluministas. O direito penal é fruto de um contrato social no qual os cidadãos renunciam uma parte de sua liberdade, como criaturas, para criar uma ordem comum que lhes garantam liberdade, como superação do incerto e vulnerável estado de natureza. Daí o Estado passa a ser um ente controlador que, em caso de necessidade, pode e dá a medida de suas capacidades para garantir a liberdade dos cidadãos (HASSEMER, 2007, p. 7).

Assim, há uma releitura da ideia pingente de que os diplomas penais sejam instrumentos repressores e, sim, diplomas libertários que garantem e promove a liberdade ao proteger os cidadãos das ingerências do Estado e de outros particulares.

A pergunta que se buscou responder foi: qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário?

A pesquisa partiu da hipótese que dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB/1988) e sua consagração impede que o homem seja reputado por simples objeto de qualquer ação ou intervenção estatal. Logo, deve o Estado curar os direitos fundamentais, em especial, na seara penal.

As promessas e garantias dos direitos fundamentais não podem sucumbir aos reclames e pressões de uma sociedade cada vez mais insegura e ansiosa por respostas aceitáveis, quando se utiliza da *ultima ratio* das normas penais como álibi[1] no esforço de demonstrar respostas

[1] A inutilidade das normas para garantir estabilidade do regime leva o governo e todo o aparato estatal a produzir legislação ou interpretações para satisfazer as expectativas dos cidadãos. Com isso, produz-se textos normativos sem a mínima condição de efetivação e interpretações que estrangulam ou violam direitos fundamentais. O Estado responde normativamente (por meio de legislação) ou coercitivamente (por meio de decisões judiciais) aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, enfrentar de forma segura os problemas sociais. O direito penal como álibi "constitui uma formação de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica" (NEVES, 2004, p.39).

estatais a tais problemas, mas que se mostra ineficiente e ineficaz frente aos reais problemas das relações sociais.

Por isso, para o Direito Penal Libertário, a consolidação do Estado Democrático de Direito exige a não transigência com a violação dos direitos fundamentais, seja em uma ordem vertical (cidadão *versus* Estado) ou horizontal (cidadão *versus* cidadão). Por isso, para reafirmar e demonstrar a validade das normas no ordenamento jurídico, tem-se a teoria da prevenção geral mais compatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral da pesquisa foi analisar qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Para alcançar o objetivo geral, teve como objetivos específicos: a) analisar a teoria da pena no paradigma do Estado Democrático de Direito; b) pesquisar a teoria do direito penal libertário; c) verificar a compatibilidade entre as teorias da finalidade da pena e os postulados do Direito Penal Libertário no paradigma Estado Democrático de Direito.

A pesquisa seguiu o tipo metodológico descritivo-compreensivo (GUSTIN; DIAS, 2014, p. 25), uma vez que analisará o Direito Penal Libertário e os fundamentos da pena no paradigma Estado Democrático de Direito.

Quanto à natureza dos dados, são primários a CRFB/1988, as leis, resoluções e demais normas, bem como a jurisprudências do STF sobre o assunto. São dados secundários da pesquisa a opinião dos pesquisadores a respeito do Direito Constitucional, do Direito Penal e dos Direitos Humanos e suas interpretações, além de literaturas específicas que abordam as teorias que serão discutidas e as legislações comentadas.

O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

1 AS TEORIAS DAS PENA E O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No atual paradigma[2] do Estado Democrático de Direito, tem-se que a Constituição da República de 1988 possui como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre,

[2] O termo paradigma aqui não deve ser tratada como um modelo ou cópia e, sim, como a ruptura das gramáticas de práticas sociais que ensejam um novo horizonte de sentido, na lição de Thomas Kuhn. Ver em KUHN, Thomas

justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB/1988), a erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CRFB/1988) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV; da CRFB/1988) tudo tendo como fundamento e núcleo duro o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/1988). Importante destacar que a dignidade da pessoa humana atua como postulado interpretativo de todos os direitos fundamentais, permeando a interpretação das normas e dos princípios em todas as matérias, em especial, no caso em análise, as matérias de cunho penal (BARCELLOS, 2011, p. 50-51).

Fincadas tais premissas o estudo abordará quais as teorias que tratam sobre as finalidades da pena, com o propósito de se verificar qual se mostra mais consentânea ao Estado Democrático de Direito.

1.1 As teorias da finalidade da pena

A pena é a coerção penal aplicada para retribuir e procurar evitar novos delitos, numa teoria eclética da finalidade da pena, como será estudado (ZAFFARONI, 2011, p. 98).

De início, como o direito penal serve para proteção subsidiária dos bens jurídicos da sociedade, e, atendendo esse princípio, a pena deve ser cominada a condutas que violam tais bens, só assim a pena cumprida surte o efeito desejado e cumpre sua missão no direito penal.

Há um esforço secular na construção de teorias que versem sobre a finalidade da pena, o que levou Tobias Barreto declarar certo ceticismo a tal tarefa, quando comparou tais teóricos a adivinhos envolvidos numa tarefa insolúvel:

> É uma espécie de adivinha, que os mestres crêm-se obrigados a propor aos discípulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorância, o que aliás não impede que os ilustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se tão felizes e orgulhosos, como os padres do Egypto a espeito dos seus *hieroglyphos* (BARRETO, 1892, p. 161).

Dentre as teorias que tratam sobre a finalidade da pena, as principais são aquelas que sustentam ter a pena um caráter retributivo e um caráter preventivo.

S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262 p. Menelick de Carvalho Neto foi o autor brasileiro que iniciou os estudos dos paradigmas na concepção da ciência jurídica, ver em: CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: Jurisdição de hermenêutica constitucional. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

1.1.1 A finalidade retributiva da pena: a teoria absoluta

A primeira teoria sobe a finalidade da pena é a teoria da retribuição, também conhecida como teoria da justiça ou teoria da expiação.

A teoria da retribuição não se preocupa se a persecução da pena atinge um fim socialmente útil, sendo a pena uma retribuição do mal gerado pela conduta do infrator; dessa forma equilibraria e expiaria a culpabilidade do autor do delito cometido. (ROXIN, 1997, p. 82).

A pena, então, seria um mal do sofrimento que é infligido com o fim de compensar e de retribuir o mal impingido pela conduta do infrator. A pena jurídica, nesse sentido, é a aflição de um mal, atribuída por lei e aplicada pelo judiciário estatal, segundo critérios de justiça por meio de um processo regular, por causa de um mal que consiste numa violação do Direito. Já a pena criminal é a sanção jurídica cuja imposição se dá por um juízo de desvalor ético-social sobre ato praticado por cidadão. Desvalor ético porque fundado em valorações morais resultantes da vida comunitária (BOCKELMANN; VOLK, 2007, p. 5).

Se fala que a teoria da retribuição é absoluta, uma vez que a pena independe, isto é, está "desvinculada" de qualquer efeito social. A ideia de retribuição compensatória é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência do ser humano: a pena deve ser justa e deve durar o mesmo tempo e intensidade da gravidade do delito, a fim de que o compense. Por trás da teoria da retribuição está a máxima de Talião: olho por olho e dente por dente. A teoria da retribuição, na sua época, foi um avanço social, pois substituiu a vingança privada e as hostilidades havidas entre as famílias e tribos, sendo que a retribuição dos males praticados seria aplicada por uma autoridade pública e imparcial, que atuava segundo regras formais a fim de implementar a paz (ROXIN, 1977, p. 82).

A ideia da retribuição ganhou força e substrato na filosofia de Kant, mormente, as lições presentes em sua obra intitulada "a metafisica dos costumes" (KANT, 2005) que fundamentou e trouxe luz em face de todas as teorias de interpretação utilitarista da pena.

O conceito do imperativo categórico kantiano elevou a liberdade do sujeito como razão de sua razão prática e a autonomia da vontade, como seu princípio maior, em que uma livre consciência o submete à vontade da lei. Se há no sujeito uma disposição interna contrária ao Direito, configurada a sua culpabilidade, surge às agências punitivas do Estado o exercício do poder punitivo, com limite e contenção, atentos à culpabilidade do indivíduo e as consequências de sua conduta (KANT, 2003, p. 91).

Partindo da ideia da pena como retribuição, Hegel defende que a vontade de atuação criminosa é autodestrutiva, “de modo que o crime é visto como autocontradição, negação frente a qual é preciso a sua negação, uma negação da negação. Por esse motivo, o criminoso é responsável e agente” (CHIECHELSKI, 2016, p. 18).

Hegel discorda de Kant sobre o princípio de Talião, pois julga tal retribuição ser irrealizável, por isso o substitui pela ideia de equivalência entre o delito e a pena, sendo esta teoria da retribuição praticada nos últimos 150 anos. No entanto, Hegel com concorda com Kant ao não reconhecer as concepções preventivas como intimidação e correção da pena (ROXIN, 1977, p. 83).

Na idade média, durante o período da patrística, a pena foi concebida como a exata retribuição de Deus, por meio de um juiz humano, ao mal praticado pelo homem, sendo submetido o infrator a um flagelo temporal (SANTO AGOSTINHO, 1996, p. 122).

A importância da teoria da retribuição reside na sua capacidade de impressão psicológica, bem como no fato de que fornece uma escala de aplicação de penalidade frente à infração apurada. Se a penalidade deve "corresponder" à magnitude da culpa, é proibido, em qualquer caso, dar uma advertência por meio de penalidade drástica em casos em que há delitos de menor potencial ofensivo. Todo grau de culpabilidade dá azo à punibilidade também em determinado grau: se elevada a culpabilidade deve-se corresponder maior punibilidade; se a culpabilidade se der em graus inferiores, deve-se incidir menor reprovabilidade (WEZEL, 2001, p. 143).

Entretanto, a teoria da retribuição não se sustenta no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, pois, em razão da aplicação subsidiária do direito penal, não é mais concebido uma pena que desconsidere os seus efeitos e propósitos sociais. Assim, a pena deve buscar sua legitimidade social.

O Estado, como instituição humana, não é capaz de realizar a idéia metafísica da justiça, nem é legitimado para isso. A vontade dos cidadãos o obriga a garantir a coexistência do homem em paz e liberdade; o Estado é limitado a esta tarefa de proteção. A ideia de que pode compensar ou suprimir um mal (o crime) causando outro mal adicional (o sofrimento da punição), é apenas suscetível a uma crença ou fé, que o Estado não pode mais impor, haja vista que não recebe mais seu poder (legitimidade) de Deus, mas do povo (ROXIN, 1977, p. 85).

Outra crítica à teoria da retribuição se refere, ainda, às suas consequências indesejáveis do ponto de vista de política social. A aplicação de pena, como retribuição de um mal pelo mal, não contribui para a socialização do infrator, que muitas vezes, não foi previamente socializado, por isso sua propensão e inclinação em praticar crimes. Haveria uma “expiação”, que é tida

muitas vezes como “retribuição”, se ocorresse a aceitação interna, por parte do infrator, que a pena é uma compensação justa por sua culpa. Se assim fosse, haveria uma assimilação moral que seu comportamento foi criminoso e a expiação pela pena abriria as portas para sua purificação e recuperação da integridade humana e social. Naturalmente isso seria é desejável. Porém, a realidade aponta que não se pode conceber a ideia de pena retributiva, pois tal recuperação do agente é uma experiência muito rara e constitui um ato moral autônomo de personalidade, que não pode ser imposta à força ao cidadão delituoso (ROXIN, 1977, p. 85).

Nesse sentido, percebe-se que a teoria da retribuição da pena, em razão da ausência de substrato social legitimador e seu conteúdo vingativo, se mostra retrograda e incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

1.1.2 A finalidade preventiva da pena: as teorias relativas

Há também o caráter preventivo da pena que atribui à pena uma função inibitória com finalidade de impedir futuros delitos. A teoria da prevenção, ao contrário da concepção retributiva da pena, dita também de “absoluta”, é uma teoria relativa, pois se refere ao “fim” de prevenção de futuros delitos. Segundo Roxin (1997, p. 85) o termo “relativo” tem origem do latim *referre* no sentido de se referir a um fim.

Para as teorias absolutas a exigência da pena advém da ideia de justiça ou da vontade geral residente na moral coletiva, já as teorias relativas a necessidade da pena surge da necessidade dos homens em lesar os demais (prevenção geral) e das deformações individuais refletidas no direito cometido (prevenção especial).

1.1.2.1 A teoria da prevenção especial

Hugo Grotius (2014) resgata na filosofia de Platão de Protágoras as teorias preventivas da pena e proclama na idade moderna a frase que se tornou fundamento das teorias preventivas: nenhum indivíduo racional pune pelo pecado cometido, mas para que não mais se peque[3].

Essa orientação possui dois fins: uma variante preventiva especial e outra variante preventiva geral. A variante preventiva especial diz respeito à pessoa do infrator em que espera

[3] “*nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*”

a pena ter um efeito ressocializador e de adaptação. Já a variante preventiva geral se destina à sociedade como um todo que, através da aplicação e execução da pena, espera-se a intimidação potencial dos delinquentes a praticar futuros delitos, e, em sua concepção mais ampla, robustece a consciência normativa de todos os indivíduos pertencentes a uma dada comunidade política (HASSEMER, 2005, p. 369).

Partindo de uma justificativa normativa, Zaffaroni defende que a pena deve aspirar e promover a prover segurança jurídica, coadunando assim a legislação penal e a finalidade da pena, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas (ZAFFARONI, 2011, p. 98).

A prevenção especial, segundo Von Liszt, pode atuar de três maneiras: protege a comunidade jurídica ao confinar os infratores; intimidar os autores, através da punição, para que não cometam futuros crimes; e prevenir a reincidência por meio da correção (LISZT, 2006, p. 99-100).

A teoria da prevenção especial cumpriria bem dois papéis: de proteção do indivíduo e da sociedade, uma que que coopera com o infrator a fim de não expulsá-lo ou estigmatizá-lo, mas integrá-lo ao corpo social.

No entanto, as primeiras críticas à teoria da prevenção especial foi que, ao contrário da teoria da retribuição, tal teoria não fornece uma aplicação gradual para a penalidade no aspecto temporal.

A pena levaria o tempo necessário para que a pessoa condenada fosse ressocializada. Isso acarretaria uma sentença com pena com prazo indeterminado.

Zaffaroni assevera que a finalidade preventiva especial da pena não pode ser considerada como uma “reeducação” ou “tratamento” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 103).

Por outro lado, em que pese o discurso de correção do delituoso, o que se vê na prática é que o tempo que o condenado é ocioso e, na maioria esmagadora dos casos, nada é oportunizado para sua formação moral, intelectual, acadêmica e social. Aqueles responsáveis pelas guardas dos presos precisam fazer algo racional com o tempo em que os custodiados permanecem acautelados.

As épocas mudaram, os aparatos técnicos e tecnológicos também, porém o Direito Penal ainda insiste que a pena tem por finalidade a melhora do delituoso. Tal ideia se encontra expressa no artigo 1º da Lei 7.210/1984, a Lei de Execuções Penais: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Outro ponto deficiente na teoria da prevenção especial é a impossibilidade de saber quem precisa ou não de ressocialização.

Chega-se até ao ponto de se questionar: o indivíduo que julga ser (res)socializado foi socializado? E também, qual seria o conceito determinado de socialização?

Até a atualidade não foi possível desenvolver um conceito para o termo “socialização”, apesar de todos os esforços da sociologia e antropologia. Enquanto a pena de retribuição tem seu fim dentro de si e, portanto, é independente de qualquer "resultado ou sucesso"; o objetivo preventivo especial da teoria relativa é tomado por insucesso. As dificuldades em se efetivar planos de ressocialização tem conduzido a uma fadiga resignada, que conduz a um *nothing works* (nada funciona) (ROXIN, 1997, p. 89).

Tais fatos esbarram na possibilidade concreta de existir indivíduos que precisarão de socialização, e outros não. Esta última hipótese se dá na ocasião em que determinados infratores ajam com imprudência ou praticam pequenos delitos. Há também a possibilidade de pessoas que cometeram crimes graves, porém sem nenhum risco de reincidirem por ser o ato praticado numa situação de conflito irrepetível, ou, quando as diferentes circunstâncias temporais e de maturidade do indivíduo tornam impossível a reiteração criminosa (ROXIN, 1997, p. 89).

Outra fragilidade na teoria da prevenção especial se dá com a máxima da intensidade da sanção penal que depende, aprioristicamente, da observação minuciosa das condições internas e externas dos comportamentos e da vida dos infratores:

1.1.2.2 A teoria da prevenção geral

Já a prevenção geral da pena tem por finalidade a influência que esta exerce sobre a comunidade jurídica, que é instruída sobre a normatividade penal e advertida sobre as consequências de sua violação por meio da aplicação e execução da penalidade.

Aqui, também, trata-se de uma teoria que tem por finalidade a prevenção de crimes como consequência da aplicação da pena. Entretanto, tem como objetivo agir na consciência coletiva da sociedade, e não especialmente sobre os condenados. Por esta razão, fala-se sobre uma teoria de prevenção geral.

Historicamente, a teoria da prevenção geral foi desenvolvida por Feuerbach, que é considerado o fundador da ciência penal moderna na Alemanha. A teoria da prevenção geral se derivou da sua chamada "teoria psicológica da coerção". Feuerbach concebia que a alma do delinquente cede à tentação quando se vê confrontado pelos impulsos que o seduzem a praticar

crimes e à razão que clama a resistência a tal impulso. Por isso, a realidade da pena serviria como uma afronta ao prazer/sensação gerada pela prática de delitos e poderia exercer uma "coerção psíquica", a fim de abster o potencial delinquente para a prática de condutas penalmente cesuráveis. A síntese da teoria de Feuerbach se funda na crença que a prática de todas as infrações tem sua origem psicológica na sensualidade, haja vista que o impulso do desejo do homem é incitado pelo prazer que é produzido no ato criminoso. Porém, este impulso pode ser suprimido/impedido se cada um conhecer de forma inequívoca que o ato criminoso terá como consequência um mal (pena) inevitável; tal mal será maior do que o desprazer/frustração em ter renunciado a prática da infração desejada (FEUERBACH, 2007, p. 55).

A teoria psicológica da coerção de Feuerbach, na intenção de prevenir o crime por meio de normas criminais, é fundamentalmente uma teoria fundada em ameaça e, para atingir o efeito psicológico pretendido, são necessárias a imposição e a execução da pena de forma eficaz. O fim de infligir o criminoso com a pena torna eficaz a ameaça da normatividade, sem tal ameaça, a norma não teria conteúdo (sanção) e seria ineficaz. A lei deve intimidar todos os cidadãos, porém, é na execução da sanção que se confere eficácia à lei; por isso o fim mediato (objetivo final) da aplicação da pena é a intimidação dos cidadãos para que não transgridam a norma (FEUERBACH, 2007, p. 61).

Já Freud justifica a pena, dentro de uma ordem criminal humana, na necessidade de que o exemplo da punição desague em uma prevenção geral. Quando um indivíduo cede às pressões internas e exterioriza um desejo reprimido o satisfazendo; se houver violação à consciência coletiva, a censura imposta à satisfação de tal desejo reprimido deve ser percebido por todos os membros da sociedade, a fim de fazê-los manter as tentações individuais apaziguada. Aquele que, por alguns, pode até ser invejado por ter satisfeito um desejo reprimido (proibido), deve ser privado do fruto de sua ousadia, servindo de exemplo para todos (FREUD, 2009, p. 149).

As pessoas, que tendem à reincidência delitiva, cometem delitos e realizam “cálculos” que, às vezes, pode não os intimidar. Para tais sujeitos a pena não funciona de forma intimidante, assim, a “intimidação” buscada fica ameaçada. Politicamente, a conclusão que se chega é que o agravamento das ameaças criminosas, que tem caráter público, perde a prestabilidade, o que pode ser alcançado por outra forma, por exemplo, o reforço e a melhor formação policial pode ter sucesso em termos de prevenção geral (ROXIN, 1997, p. 91).

Na atualidade há um aspecto negativo e positivo da prevenção geral. O aspecto negativo esbarra no fato de que todos correm o risco de cometer crimes semelhantes. Porém, somente uma parte dos cidadãos podem ser afetados por uma “intimidação” das penas, enquanto outros

assumem o risco da pena de forma calculada. Por isso, a prevenção geral no sentido negativo não justifica o agravamento das penas, mas, talvez, maior ostensividade na ação policial preventiva cumpra com mais sucesso essa pretensão (ROXIN, 1997, p. 91).

Por outro lado, o aspecto positivo da prevenção geral busca a conservação e reforço da confiança ao sistema jurídico. Assim, a pena tem a missão de desclassificar as condutas infratoras e mostrar a inviolabilidade do sistema legal perante a comunidade jurídica, e, fortalecer a confiança da sociedade no Direito (ROXIN, 1997, p. 91).

Para Roxin a prevenção geral positiva possui três fins e efeitos distintos: (i) o efeito de aprendizado que produz motivação social-pedagógica para o exercício da confiança no Direito; (ii) o efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito é aplicado; e, finalmente, (iii) o efeito da pacificação, que ocorre quando a consciência jurídica geral se vê quebrantada pela infração e, em virtude da sanção, a violação da lei é punida sendo resolvido o conflito instalado com o criminoso por meio da pena aplicada a ele (ROXIN, 1997, p. 92).

Jackobs também concebe que a pena não é destinada a um grupo, mas a todos indivíduos que se comunicam e estão ligados por meio de uma inteiração social. Essa inteiração social se dá por meio da validação da confiança daqueles que acreditam na norma. Tal validação não ocorre se haverá ou não reincidentes violadores da norma, tampouco é um prognóstico sobre comportamento de futuros delituosos (JACKOBS, 2009, p. 32).

Então, para Jackobs, a pena é aplicada para que o corpo social reconheça a imperatividade da normatividade. Logo, a pena é a oposição à violação normativa executada à custa do agente (JACKOBS, 2009, p. 26). Assim, a finalidade da pena seria para:

Com isso, o controle social exercido pelo direito penal seria vingativo e, de forma irracional, atuaria com intimidação na “disciplina” dos cidadãos. Para um Estado autoritário não haveria problemas em aplicar de forma indistinta a teoria da prevenção geral.

Por outro lado, a teoria da prevenção geral pode servir de instrumento de dominação dos grupos mais privilegiados da sociedade sobre os outros mais ou menos marginalizados. Sendo assim, o direito penal pode ser usado como um instrumento, como meio de contenção dos segundos. “A prevenção geral possibilitaria a certeza de que a pena assume a forma de uma ameaça esgrimida pelo poder contra os setores mais humildes da população, que costumam ser os mais vulneráveis frente à seletividade do sistema penal” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 100).

A pena seria irracional, segundo a teoria da prevenção geral, e teria uma função simbólica, tanto na realidade social quanto no plano normativo. No plano normativo porque se atribui à pena uma função de prevenção geral e no plano social porque não se vê essa prevenção

trazendo resultados com a “intimidação” na ocorrência de crimes. Uma teoria em que pena não se preocupa com a função preventiva particular e apenas se limita a uma função simbólica, deve-se entender a pena nessas condições “é inconstitucional, violadora dos direitos humanos, e, consequentemente, não se justifica a sua imposição” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 101).

Dessa forma, a função simbólica da pena é irracional e antijurídica, pois se tem o homem corno instrumento para essa simbolização. O Homem é usado “como um meio e não como um fim em si, ‘coisifica’ um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 102).

Para Hassemer a teoria da prevenção geral é insuportável no Estado de Direito. Do ponto de vista normativo, tal teoria padece de justificação, pois, se o peso da pena serve para a coação psicológica dos demais a execução da pena se tornaria nada além de uma retribuição, um mal, um tempo vazio, na realidade um mal que serve para a intimidação dos demais. Ainda do ponto de vista normativo, o fim ressocializador da pena poderia ser abusado em razão da desproporcionalidade das consequências jurídicas (sanção) em face do fato: a começar pelo legislador na elaboração de tipos penais com preceitos secundários exagerados no que diz respeito ao tempo da pena e à intensidade da punição (HASSEMER, 2005, p. 404-405).

Há também as teorias da união, também chamada de teoria eclética da pena, como se passa a refletir.

1.1.2 A teoria da união (eclética / mista / conciliatória)

A teoria da união, também conhecida como eclética, mista ou conciliatória consiste na combinação dos conceitos abordados até aqui. A teoria da união considera a retribuição, a prevenção especial e a prevenção geral como fins da pena que devem ser perseguidos de forma simultânea.

No entanto, o propósito retributivo da pena tem influência dominante na teoria da união. A necessidade de expiação pela pena ocupa o primeiro lugar sendo que, em segundo plano, a pena deve observar também a correção e a intimidação, com o propósito de evitar futuros delitos. No sentido original da teoria da união, o que se percebe, é que as finalidades preventivas da pena são utilizadas na construção teórica em detrimento do caráter retributivo da pena, o que

torna a teoria da união uma nova formulação da teoria da retribuição, dando a esta uma nova roupagem (ROXIN, 1997, p. 93).

Segundo formulações mais recentes da teoria da união, concebe-se que ao lado da retribuição, as teorias da prevenção geral e especial são consideradas com o mesmo peso, em uníssono. Dessa forma, a teoria da união entende que não somente a teoria da retribuição, ou qualquer uma das teorias preventivas, podem determinar isoladamente a finalidade da pena. Porém, tentar associar às teorias preventivas a retribuição do "mal pelo mal" torna a teoria eclética inviável no atual paradigma jurídico-penal (ROXIN, 1997, p. 94).

Outro ponto suscitado por Roxin, é que a finalidade da prevenção especial é a ressocialização do indivíduo, enquanto a prevenção geral visa a intimidação da comunidade jurídica com o proposito de convencer a cada um indivíduo pertencente ao grupo social que o crime não compensa.

Daí o conflito entre prevenção geral e especial aparece quando se fica a qualidade e a quantidade da pena. Uma pena branda, considerando as características subjetivas do agente (haja vista, por exemplo, que tenha praticado de forma eventual um único delito), impingiria temor aos demais membros da sociedade? Ao invés de intimidar não enviaria uma mensagem que o crime compensa? A teoria da união, dessa forma, não legitima a simbiose da visão preventiva especial e preventiva geral pena como um fundamento teórico para a aplicação da sanção penal pelo Estado.

Jackobs critica a teoria da união, pois, para o autor, seria impossível se praticar na aplicação da pena a retribuição e a prevenção simplesmente por meio de adição. Ou se satisfaz a retribuição ou, por outro lado, se satisfaz a prevenção. Portanto, a teoria da união paralisa a ação da reforma, ou paralisa a retribuição da culpabilidade. Assim, "as teorias da pena orientadas à retribuição e à prevenção não se podem unir em uma teoria: a retribuição da culpabilidade deslegitima a prevenção" (JACKOBS, 2003, p. 5).

Dentre os autores nacionais[4], aceita-se que no art. 59 do Código Penal encontra-se assentada a teoria da união como finalidade da pena, que, além do caráter retributivo, percebe-

---

[4] Ver em: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 22 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, 964 p.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 339 p.; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017, 1.022 p.; NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 1.158 p.; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 1.031 p.

se também o caráter preventivo da pena que se revela na prevenção é geral (positivo e negativo) e na prevenção especial (positivo e negativo).

2 A TEORIA DO DIREITO PENAL LIBERTÁRIO

À primeira vista a teoria do Direito Penal Libertário parece ser o contrário do "direito penal", que se revela por meio dos seus instrumentos de coação, citando a pena de liberdade, a pena de multa, as prisões cautelares, o confisco de patrimônio, que mais pode lembrar roubo e a limitação da liberdade do que a sua criação ou promoção (HASSEMER, 2007, p. xv).

Na realidade, a lembrança sé correta, haja vista que o direito penal no cotidiano exerce a coação, causa danos temporários e depois os retira, como por exemplo, nas prisões preventivas que, segundo princípios constitucionais num Estado de Direito, seus cidadãos de imediato deveriam ser considerados inocentes. Ademais, a condenação de pena privativa a liberdade, mantém seres humanos encarcerados por anos, até décadas. Em que pese todas as críticas, o direito penal até a atualidade tem operado um verdadeiro "esbulho da liberdade" (HASSEMER, 2007, p. xv).

O direito fundamental à liberdade nasce junto com o Estado de Direito e é considerado como direito de 1ª dimensão[5]. O advento do Estado de Direito, da forma como se manifesta na modernidade, tem como característica a submissão de todos a um regime de Direito, que no pano de fundo (*background*) das revoluções burguesas, o exercício do poder se manifestaria somente quando autorizado pela ordem jurídica em vigor. Aos indivíduos foram conferidos meios jurisdicionais para corrigir qualquer abuso cometido (CHEVALIER, 2013, p. 14).

Foi no paradigma do Estado de Direito Liberal que se instalou um sistema de regras com objetivo de estabilizar as expectativas de comportamento e garantir a esfera privada da liberdade do indivíduo, frente aos seus iguais e, sobretudo, frente ao Estado (FERNANDES, 2012, p. 70).

Desde o nascedouro do Estado de Direito, as Constituições impõem ao Estado um comportamento negativo, abstencionista, de não intervenção; limitando assim a ação do Estado

[5] Ver mais sobre as gerações/dimensões de direito em: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 206 p.; SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 520 p.; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 282 p.

e daqueles que estão no exercício do poder, a fim de garantir formalmente e efetivamente os direitos fundamentais de 1ª dimensão: em primeiro a liberdade, juntamente com a igualdade e a propriedade (ROCHA, 2004, p. 71).

Por isso, o direito penal, desde o nascedouro do Estado de Direito, deve sempre ser a *ultima ratio*. Nos tempos modernos o direito penal tem se modernizado, em decorrência das constelações e relações modernas, como se vê, por exemplo, no direito penal econômico, direito penal ambiental, ou no direito penal tributário. São especiais *soft law* que mais controlam, fiscalizam, negociam, ameaçam, do que realmente punem. Essa burocratização do direito penal (*white collars*) não elimina os problemas do direito penal sangrento (*blue collars*), pois enquanto houver estupros, homicídios e roubos permanecerá atuando o direito penal com seus instrumentos de limitação da liberdade (HASSEMER, 2007, p. xvi).

Ao se procurar perpassar a fachada exterior do direito penal, frente a atuação de outros ramos do direito, encontra-se o se verdadeiro sentido na filosofia do iluminismo:

De forma diferente do controle social operado pela família, trabalho, mídia, etc., o direito penal atual com controle social vinculando às promessas e garantias "cuja tarefa é, nos conflitos de normas mais difíceis entre os seres humanos, garantir e poupar, da forma mais ampla possível, os direitos fundamentais dos envolvidos" (HASSEMER, 2007, p. xvii).

O direito penal libertário entende e justifica a punição estatal como a forma de garantir a resistência das normas fundamentais de um ordenamento jurídico, não somente as vedações contidas no direito penal material, mas, também, as garantias de liberdade que encontram espeque no processo penal que deve ser constitucional: "a pena somente é apropriada e justificada quando da violação de bens jurídicos vitais de direito penal, porém não para apoiar os desejos por solução de problemas vagos e amplos demais" (HASSEMER, 2007, p. 81).

Nesse sentido a pena encontra-se justificativa e legitimidade em relação ao seu conceito (o que significa) e em relação ao fim da sua própria instituição (para qual finalidade), com isso, há a orientação da pena para uma direção futura, isto é, sua finalidade.

Por isso, a pena deve ter um tom decisivamente moderno. Seria irracional a pena ter por finalidade o acréscimo do mal, uma mera retribuição por um crime cometido anteriormente. Essa finalidade da pena deve ser esquecida, como defende o direito penal libertário. A pena deve conduzir o olhar ao futuro e organizar o sistema penal de forma que as infrações penais não se repitam (HASSEMER, 2007, p. 82).

Na atualidade o direito penal e a pena são considerados o remédio para todos os males e tem sido "promovidos à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes

problemas sociais e políticos e uma ‘demanda urgente de ação’, se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções” (HASSEMER, 2007, p. 83).

Com isso, a tendência nas práxis moderna tem sido a retomada a ideia da finalidade da retribuição do mal cometido, e na opinião de outros estudiosos, a pena serve para ressocialização do criminoso e intimidação de criminosos potenciais, isto é, de nós todos.

O direito penal deve apontar para o futuro, para um futuro melhor, e não para o passado com uma atitude vingativa, que só faz tornar nebuloso o presente e dificultar o progresso social.

Também o direito penal não se relaciona apenas com o autor e a vítima, pois não estão sozinhos quando há violação das normas do ordenamento jurídico. Todo o corpo social é atingido pela infração, mesmo que a violação aos bens jurídicos não seja perceptível para todos.

O crime viola mandamentos de comportamento assegurados em bens jurídicos. Por isso, a violação a essas normas de comportamento vai para além da vítima, e atende a sociedade. Esses mandamentos comportamentais só sobrevivem se a fratura causada pelo crime for corrigida de forma pública e enfática, ocasião em que a sociedade esclarecerá que qualquer rompimento da norma não será aceito e tampouco tolerado; que se condena toda violação e insiste-se na vigência da normatividade; que não será permitida a continuidade da sua negação. Obrigatoriamente, a pena privativa de liberdade não é a única a ser aplicava como sanção; a reprimenda e a desaprovação poderiam, a depender do caso, ser suficiente. Entretanto, a aplicação da penalidade deve se dar sempre nos limites da liberdade, que para o direito penal libertário, sua observância é obrigatória (HASSEMER, 2007, p. 89).

Dessa forma, a pena se orienta para o passado e para o futuro. Para o passado porque o rompimento da norma é irrenunciável para a vida coletiva. Para o futuro porque assegura que possíveis violações futuras encontraram a força de resistência da normatividade. Por isso, o papel do direito penal ocupa no ordenamento jurídico, haja vista que a tendência moderna se revela com a erosão de normas e mudança rápida de valores, que compromete a validade das normas. O direito penal, então, se revela como um *cânon* dos mandamentos fundamentais e irrenunciáveis de uma sociedade, e, os impõe (HASSEMER, 2007, p. 90).

Para o direito penal libertário, a prevenção geral positiva, como vista e tratada no parágrafo anterior, possui consequências relevantes importantes como se passa a definir: (i) os objetivos da pena, no que diz respeito à recuperação do agente e intimidação geral, tem seu lugar pois também são meios que reafirmar as normas fundamentais; (ii) a manifestação do direito penal é um evento publico e transmite de forma fiel e clara a estabilização das normas violadas; (iii) a imputação da pena e sua execução devem levar em conta as peculiaridades subjetivas do o autor do fato; (iv) a justiça criminal deve ter segurança formalizada para busca

da verdade, clareza no caso *sob judice* e obrigatoriedade de uma decisão fundamentada (HASSEMER, 2007, p. 90).

Já a prevenção especial, para o Direito Penal Libertário, seria incompatível com o Estado de Direito, uma vez que o tratamento imposto aos infratores se revela como uma intervenção desproporcional do Estado na vida individual, pois seria impossível definir o período necessário para a terapia e não há constatações empíricas dos efeitos desse "tratamento" (HASSEMER, 2007, p. 103).

Ademais, o conceito de ressocialização é incerto e volátil, isso em uma mesma nação, o que torna difícil a determinação do objetivo que se possa chegar em uma atuação estatal para prevenção especial. Isso faz com que a teoria da prevenção especial padeça de legitimação (HASSEMER, 2007, p. 104).

Nesse sentido, Foucault em sua clássica obra "vigiar e punir" já alertava desde o século passado sobre a realidade da falência das penas privativas de liberdade e a necessidade de se buscar métodos diversos para manifestação da penalidade por meio da justiça criminal (FOUCAULT, 2014, p. 264-266).

Outro grande problema é que as expectativas da atualidade de estabilização das normas são depositadas no direito penal. Com isso, há uma verdadeira corrida para a expansão do direito penal, com proposta de criação de novos tipos penais e proteção de bens jurídicos que poderiam ser tutelados por outros ramos do direito[6].

Assim, o direito penal se torna simbólico. Isto é, são introduzidas no ordenamento jurídico normas penais sem "força normativa", distantes da realidade e, para agravar a situação, destituídas de eficácia social[7].

Percebe-se que para o Direito Penal Libertário a teoria da prevenção geral positiva é a que mais corresponde às aspirações da finalidade da pena no Estado Democrático de Direito. A aplicação de sanção frente a violação das normas fundamentais do ordenamento jurídico, aciona o direito penal e, com isso, revela-se e atua na efetivação do controle social reafirmando os valores e normas irrenunciáveis a vida em sociedade.

---

[6] Ver mais sobre a expansão do Direito Penal em: SÁNCHES, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 236 p.

[7] Ver mais sobre Constitucionalização e legislação simbólica em: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 263 p; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

CONCLUSÕES

Com a pesquisa apreendeu-se que a pena possuiu uma finalidade puramente retributiva, seria um mal do sofrimento que é infligido com o fim de compensar e de retribuir o mal que impingido pela conduta do infrator. Verificou-se também as teorias relativas que se ocupam da finalidade preventiva da pena, que lhe atribui uma função inibitória com finalidade de impedir futuros delitos. Na prevenção especial a pena visa recuperar e ressocializar o infrator e a prevenção geral exerceria uma força intimidatória na sociedade em geral, a influência que a pena exerce sobre a comunidade jurídica, que é instruída sobre a normatividade penal e advertida sobre as consequências de sua violação por meio da aplicação e execução da penalidade.

Como derivação das teorias absolutas e relativas da pena, foi identificada a teoria da união, também conhecida como eclética, mista ou conciliatória que considera simultaneamente a retribuição, a prevenção especial e a prevenção geral como fins da pena.

No desenvolvimento da pesquisa aprofundou-se na teoria do Direito Penal Libertário que concebe a liberdade como direito fundamental de 1ª geração / dimensão, e indissociável da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, deve considerar que o direito penal como um todo (seja na fase de conhecimento, na fase executório, bem como na administração prisional) deve atender ao princípio da subsidiariedade, sendo a restrição da liberdade a *ultima ratio* das medidas coercitivas para se alcançar qualquer fim.

Para o Direito Penal Libertário o Direito Penal é um instrumento de criação e defesa da liberdade, como um fruto do contrato social no qual os cidadãos renunciaram partes de suas liberdades para criar um sistema em que lhes assegurem a liberdade garantida. Por isso, o controle e a punição do Estado se dão à medida que se garanta a liberdade dos cidadãos.

Assim, há uma releitura da ideia pingente de que os diplomas penais sejam instrumentos repressores e, sim, diplomas libertários que garantem e promove a liberdade ao proteger os cidadãos das ingerências do Estado e de outros particulares.

Com isso, foi percebida a força simbólica do direito penal que avilta a dignidade humana da pessoa do apenado e, ainda, faz do cidadão condenado um “espetáculo” o “usando” como um meio para uma chamada “prevenção geral” que não passa de uma vingança estatizada sob o argumento de que o direito penal deve ser sério.

Nessa senda, conclui-se que para o Direito Penal Libertário a teoria da prevenção geral positiva é a que mais corresponde às aspirações da finalidade da pena no Estado Democrático de Direito. A aplicação de sanção frente a violação das normas fundamentais do ordenamento

jurídico, aciona o direito penal e, com isso, revela-se e atua na efetivação do controle social reafirmando as normas irrenunciáveis a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o principio da dignidade da pessoa humana. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, 396 p.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, 468 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, 128 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 339 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 22 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, 964 p.

BOCKELMANN, Paulo. VOLK, Klaus. **Direito penal**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 415 p.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 Jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 21 Abr. 2018

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. *In*: Jurisdição de hermenêutica constitucional. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, 136 p.

CHIECHELSKI, Daniel da Silva. **A teoria da pena na Filosofia do Direito de Hegel**. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/156967/001016209.pdf?sequence=1>. Acesso: 19 Mai. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, 1.305 p.

FERRAJOLI, Luigi. Constituzionalismo Principalista e Constituzionalismo Garantista, *In*: **Giurisprudenza Constituzionale**, Anno LV, Fasc. 3 – 2010. Milano: Giuffré Editore, p. 2.771-2.816.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**: común vigente en Alemania. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. 368 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 42. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, 288 p.

FREUD, Sigmund. **A Repressão**. *In*: Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 2006, vol. XIV, p. 147- 161.

GROTIUS, Hugo. O direito da guerra e da paz. Porto Alegre: Unijuí, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 278 p.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 264 p.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, 456 p.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico y condificación: la vinculación del juez a la ley. *In:* **El pensamineto jurídico contemporáneo**. Madrid: Roland, 1992, p. 265-275.

JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. Barueri: Malone, 2003, 57.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 850 p.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, 118 p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003, 294 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, 141 p.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262 p.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal allemão**. vol. 1. Brasília: Senado Federal, 2006, 485 p.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal allemão**. vol. 2. Brasília: Senado Federal, 2006, 660 p.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 263 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 1.158 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl.Rio de Janeiro: Forense, 2016, 1.031 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 306 p.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. rev. e ampl. Sao Paulo: Saraiva, 2015, 304 p.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general**, Tomo I: fundamentos. La estrutura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997, 1.071 p.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 232 p.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 99 p.

SÁNCHES, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política: criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 236 p.

SANTO AGOSTINHO. **A cidade de Deus**: Livro I. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 815 p.

WELZEL, Hans. **Introduccion a la filosofia del derecho**: derecho natural y justicia material. Madrid: Aguilar, 1971, 274 p.

WEZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Buenos Aires. Depalma, 1951, 44 p.

WEZEL. Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 143 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **A questão criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, 320p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca de las penas perdidas**: deslegitimacion y dogmatica jurídico-penaL. Buenos Aires: Ediar, 1998, 296 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, Volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 768 p.