

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Luís Frederico Balsalobre Pinto

A RELAÇÃO ENTRE FILOSOFIA DA LINGUAGEM E AS PENAS NEGOCIADAS

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2020

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Luís Frederico Balsalobre Pinto

A RELAÇÃO ENTRE FILOSOFIA DA LINGUAGEM E AS PENAS NEGOCIADAS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

São Paulo

2020

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Tese de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: _____

e-mail: luisfred20@hotmail.com

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

L953

Pinto, Luís Frederico Balsalobre
A RELAÇÃO ENTRE FILOSOFIA DA LINGUAGEM E AS
PENAS NEGOCIADAS / Luís Frederico Balsalobre Pinto.
- São Paulo: [s.n.], 2020.
165p ; cm.

Orientador: Oswaldo Henrique Duek Marques.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Negociação de Penas. 2. História do Direito
Penal. 3. Filosofia da Linguagem. 4. História da
Filosofia. I. Marques, Oswaldo Henrique Duek. II.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III.
Título.

CDD

LUÍS FREDERICO BALSALOBRE PINTO

A RELAÇÃO ENTRE FILOSOFIA DA LINGUAGEM E AS PENAS NEGOCIADAS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques – PUC-SP

Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira– PUC-SP

Prof. Dr. Luciano Freitas Santoro - UNIP

Dedico a presente obra a todos que construíram a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, material e imaterialmente, ambiente em que permitiu o meu desenvolvimento intelectual e social, e onde meus pais se conheceram, motivo pelo qual minha gratidão é eterna.

Agradeço à Pontifícia Universidade de São Paulo e à Fundação São Paulo pela concessão da bolsa dissídio, tornando minha dívida moral ainda maior. Acredito ter retribuído parcialmente deixando nesta obra tudo que estava ao meu alcance, talvez até mais do que isso.

AGRADECIMENTOS

Toda obra é coletiva e qualquer ideia é gestada por uma plêiade de consciências. Aqui presto meus agradecimentos às principais pessoas que participaram dessa gestação.

Agradeço ao Professor Oswaldo Henrique Duek Marques, mais que um mentor, um amigo, cujas lições a respeito do Direito Penal permeiam cada linha dessa obra, cuja sensibilidade humana permeará cada passo, e cujo esforço em vislumbrar um Direito Penal aberto às demais áreas do conhecimento geram frutos inestimáveis.

Agradeço à Professora Rachel Pereira Balsalobre (mãe), que trilhou sua vida profissional na seara acadêmica, em diversas áreas do conhecimento como a psicologia, jornalismo e filosofia. Não bastasse, desde sempre me estimulou ao estudo e reflexão crítica sobre a formação da realidade.

Agradeço à Professora Márcia Cristina Souza Alvim, cujo crédito de filosofia me apresentou obras caras à presente tese, além de ser um grande exemplo de que a rigidez acadêmica pode vir junto à imensa delicadeza e sensibilidade.

Agradeço ao Professor Gustavo Junqueira que, exemplo de jurista completo, num diálogo nos corredores da PUC-SP mudou completamente os rumos desta tese, sempre com sua sincera gentileza e firmeza de convicções, além de ter corrigido e refinado o presente trabalho, quando do exame de qualificação.

Agradeço à Professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, cujo crédito de filosofia me ensinou tudo que sei a respeito da Filosofia da Linguagem, me serve de exemplo de estudo incessante, de grandeza e humildade, além de ter corrigido e refinado a presente tese, quando do exame de qualificação.

Agradeço a Arthur Pinto Filho (pai) e Maria Fernanda Balsalobre Pinto (irmã), ambos aplicadores do Direito, cujo exemplo de vida e retidão tem me acompanhado os passos.

Oração ao Deus desconhecido

*Antes de prosseguir no meu caminho
E lançar o meu olhar para frente
Uma vez mais elevo, só, minhas mãos a Ti,
Na direção de quem eu fujo.
A Ti, das profundezas do meu coração,
Tenho dedicado altares festivos,
Para que em cada momento
Tua voz me possa chamar.*

*Sobre esses altares está gravada em fogo
Esta palavra: “ao Deus desconhecido”
Eu sou teu, embora até o presente
Me tenha associado aos sacrílegos.
Eu sou teu, não obstante os laços
Me puxarem para o abismo.
Mesmo querendo fugir
Sinto-me forçado a servi-Te.*

*Eu quero Te conhecer, ó Desconhecido!
Tu que me penetras a alma
E qual turbilhão invades minha vida.
Tu, o Incompreensível, meu Semelhante.
Quero Te conhecer e a Ti servir.*

Friedrich Nietzsche (1844-1900)

Pinto, Luís Frederico Balsalobre. *A relação entre filosofia da linguagem e a penas negociadas*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. (Tese de Mestrado em Direito).

Orientador: Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques.

RESUMO

Esta tese pretende investigar a relação entre filosofia da linguagem e o sistema negocial de aplicação de penas. Para isso, investigamos qual a relação entre filosofia e Direito Penal na história, analisando o nexos entre a filosofia clássica e o sistema de aplicação de pena no povos antigos e primitivos, a filosofia moderna e o sistema judicial de aplicação de penas e a filosofia da linguagem, no cotejo com o sistema de negociação de penas. Após a pesquisa histórica de como a filosofia influenciou cada fase do Direito Penal, passamos a analisar como a superação da metafísica, pela filosofia da linguagem, influencia a dogmática moderna do Direito Penal. No último capítulo expomos a genealogia do sistema de negociação de penas nos Estados Unidos da América e Europa, perscrutando alguma base filosófica existente. Dessa análise genealógica do sistema de negociação de penas, podemos concluir se há relação, e como a filosofia da linguagem pode contribuir com a criação de uma dogmática específica ao sistema negocial de penas que, se não é uma completa novidade no Brasil, foi expandido por legislação recente, sendo urgente a delimitação de padrões dogmáticos, tanto quanto já é delimitada a dogmática moderna.

Palavras chave: negociação de penas, história do Direito Penal, filosofia da linguagem, história da filosofia.

Pinto, Luís Frederico Balsalobre. *The relationship between philosophy of language and plea bargaining*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. (Master Thesis).

Adviser: Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques.

ABSTRACT

This thesis intends to investigate the relationship between philosophy of language and the plea bargaining. For this, we investigated the relationship between philosophy and Criminal Law in history, analyzing the nexus between classical philosophy and the system of punishment in ancient and primitive peoples, modern philosophy and the judicial system of punishment and the philosophy of language, in comparison with the plea bargaining. After the historical research with philosophy influenced each phase of Criminal Law, we started to analyze how the overcoming of metaphysics, by the philosophy of language, influences the modern dogmatic of Criminal Law. In the last chapter, we expound on the genealogy of the plea bargaining in the United States of America and Europe, looking at some existing philosophical basis. From this genealogical analysis of the penal negotiation system, we can conclude whether there is a relationship, and how the philosophy of language can contribute to the creation of a specific dogmatic to the plea bargaining which, if it is not a complete novelty in Brazil, was expanded by recent legislation, urgent the delimitation of dogmatic standards, as much as modern dogmatic is already delimited.

Keywords: plea bargainig, history of criminal law, philosophy of language, history of philosophy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. O FUNDAMENTO FILOSÓFICO DAS PENAS NA ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA	
2.1. A filosofia antiga.....	8
2.2. A filosofia medieval.....	16
2.3. A pena na antiguidade.....	18
2.4. O sistema punitivo medieval.....	24
2.5. Relação entre a filosofia e a aplicação de penas na antiguidade e idade média.....	31
3. O FUNDAMENTO FILOSÓFICO DAS PENAS NA MODERNIDADE	
3.1. A filosofia moderna.....	35
3.2. As penas na idade moderna	
3.2.1. O renascimento.....	46
3.2.2. Marquês de Beccaria: primórdios da Escola Clássica.....	47
3.2.3. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach: a Escola Clássica Alemã.....	56
3.2.4. A Escola Clássica Italiana.....	62
3.2.5. Escola Positivista: o positivismo no Direito.....	68
3.2.6. Franz Von Liszt e a Moderna Escola Alemã: o positivismo jurídico do Direito Penal.....	71
3.2.7. O Funcionalismo.....	74
3.2.8. Sincretismo – Teorias unificadoras da Pena.....	78
3.3. Análise da relação entre a filosofia moderna e a fundamentação das penas na modernidade.....	85

4. O FUNDAMENTO FILOSÓFICO DO SISTEMA NEGOCIAL DE APLICAÇÃO DE PENAS	
4.1. Filosofia da linguagem: a morte da metafísica.....	90
4.1.1. Ludwig Wittgenstein.....	96
4.1.2. Hans George Gadamer.....	102
4.1.3. Jürgen Habermas – A Ética do Discurso.....	107
4.1.4. A dogmática penal ante a morte da metafísica.....	112
4.2. As origens do Sistema Consensual de Aplicação de Pena	
4.2.1. As penas consensuais nos Estados Unidos da América.....	115
4.2.2. As penas consensuais na Europa.....	123
4.2.3. O Sistema penal consensual Italiano.....	126
4.2.4. O sistema penal consensual em Portugal.....	128
4.2.5. O sistema penal consensual na França.....	129
4.2.6. O sistema penal consensual na Alemanha.....	134
4.2.7. O consenso no Brasil.....	135
4.2.7.1. Juizado Especial Criminal.....	137
4.2.7.2. O Consenso no Código Penal.....	139
4.2.7.3. Novas formas de consenso no sistema punitivo brasileiro.....	141
4.2.8. A expansão do Direito Penal contra as garantias penais.....	144
4.3. Relação entre a filosofia da linguagem e as penas negociadas.....	146
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	154
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende pesquisar a relação entre filosofia da linguagem e o sistema negocial de aplicação de penas, investigando a sua genealogia. Analisaremos qual o vínculo entre as escolas filosóficas e os sistemas de aplicação de pena, em cada época da história, para compreendermos o nexo entre esses dois campos do conhecimento.

A filosofia da linguagem tem sido objeto de nossos estudos, estimulando-nos a analisar alguns de seus autores mais populares, como Ludwig Wittgenstein (1889-1951) e Jürgen Habermas (1929-). Esses autores, dos escombros da metafísica moderna, vislumbraram um novo e promissor objeto de estudo: a linguagem e a comunicação, fazendo emergir novas reflexões sobre antigos temas, como é o caso do conceito de Justiça.

O interesse pelo tema antecedeu em muito a novel legislação - Lei 13.964/19 – que permite, expressamente, o acordo de não persecução penal entre as partes. Pelo contrário, o *insight* emergiu de fora do Direito, com a leitura de obras de Fiodor Dostoievsky, mais especificamente alguns traços de sua narrativa. A inicial leitura deste autor, que se dava por prazer e deleite, cedeu passo ao interesse de desvendar camadas mais profundas de sua manifestação linguística, motivo pelo qual resolvemos ler um de seus principais comentadores, Mikhail Bakhtin (1895-1975), que é, também, uma importante figura da filosofia da linguagem. Bakhtin identificou¹, nas obras de Dostoievsky, o que ele denominou como “romance polifônico”², em que há uma pluralidade de narradores.

Nesse tipo de narração, cada personagem funciona com autonomia própria e sua visão de mundo está na mesma ordem de importância da visão de mundo do protagonista, construindo uma narrativa como um coral de vozes, que

¹ VOLÓCHINOV, Valentin. *Marxismo e filosofia da linguagem, Problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem*. São Paulo: Editora 34, 2017.

² BAKHTIN, Mikhail. *Problemas da poética de Dostoiévski*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1981.

torna a obra mais rica e profunda. Há diversas consciências que se manifestam, muitas vezes antagônicas e sem preponderância entre elas.

Essa polifonia é um traço linguístico muito marcante pois, no geral, há apenas um narrador que monopoliza o discurso na obra. É exemplo a obra de Machado de Assis (1839-1909), *Dom Casmurro*³, em que a genialidade do autor se expressa exatamente em desenvolver uma grande profundidade psicológica do narrador, de forma a ser impossível saber se Bentinho foi, ou não, traído por Capitu. O fluxo narrativo é baseado na consciência de apenas um personagem: Bentinho.

A utilização da literatura como inspiração, no campo das ciências, não deve nos causar espanto. Na psicanálise, Sigmund Freud⁴ (1856-1939) foi pródigo em colher, de antigos mitos gregos, profundas lições sobre a mente humana. Textos gregos, aparentemente literários, são, de fato, refinados libelos sobre o ser humano, estimulando reflexões sobre determinados padrões de comportamento. Ainda neste sentido, não é incomum a análise de que Dostoiévsky antecipou a psicanálise em algumas décadas⁵.

A ligação entre a figura do romance polifônico e os ritos de negociação penal, saltaram-nos aos olhos! Isso porque a negociação é construída com diversas vozes, no mínimo duas, autor e réu, e difere muito do sistema contraditório ordinário, em que o Juiz é uma espécie de *narrador monológico* da sentença, sendo a decisão fruto de sua consciência.

Como no romance monológico, no sistema judicial, há vários personagens, mas a decisão provém de uma consciência una: o julgador. Na negociação entre as partes, seja quanto aos aspectos civis, seja quanto à pena, há a confluência de mais de uma consciência, uma polifonia que difere do sistema contraditório ordinário, pois que este último serve para convencer o “narrador” da obra, enquanto aquele constrói a decisão de forma plural.

³ ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *Dom Casmurro*. Rio de Janeiro: Ediouro: São Paulo: Publifolha, 1997.

⁴ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*, in: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. v. XIII. trad. J. Salomão, Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973.

⁵ SCHNAIDERMAN, Boris. *Dostoiévski, precursor de Freud?* São Paulo: Revista da USP, nº 102, 2014.

O *giro linguístico*⁶ que catalisou a filosofia da linguagem, das ruínas da filosofia moderna⁷, é semelhante ao salto entre romance monológico e polifônico. No primeiro, a pessoa (narrador ou filósofo), através de sua consciência, constrói um conhecimento, enquanto, na fase linguística, várias vozes⁸ são chamadas a contribuir para a solução final, que é a síntese dessas vozes.

Antes de relacionar a filosofia da linguagem à negociação de penas, cumpre verificar qual a relação entre filosofia e Direito Penal. Vamos voltar até a filosofia clássica e a pena nos povos primitivos, seguindo a linha histórica do Direito Penal e da filosofia. Pretendemos pesquisar a relação entre cada uma das escolas filosóficas e a metodologia de aplicação de sanção penal da respectiva época.

No Brasil o tema é controverso e pouco usual, mas com a promulgação da Lei 13.964/19 é urgente a sua reflexão. Há diversas perspectivas que podem ser estudadas sobre o tema, a economia processual, a qualidade da decisão e sua justiça, a inclusão dos interesses da vítima, enfim, o campo para estudo é vasto. Já havia, na Lei 9.099/95, uma tímida fase de transação instituída, motivo pelo qual não podemos dizer que a negociação de penas seja um fenômeno novo. Ademais, os sistemas de negociação e colaboração premiada também são fenômenos antigos no Direito pátrio, ocorre que a Lei 13.964/19 expande esta possibilidade. Alguns paradigmas dogmáticos são resignificados no campo da negociação de penas, portanto, o tema está na ordem do dia.

O método será puramente teórico, consistente em comparar a filosofia antiga (do ser) com as formas primitivas de aplicação de pena, a filosofia moderna (da consciência) e a forma judicial de aplicação de pena e, por fim, a negociação de pena com a filosofia da linguagem. Verificaremos se há um paralelo e, se houver, quais contribuições da filosofia da linguagem podem ser utilizadas no campo do Direito.

⁶ ARAÚJO, Manfredo de Oliveira. *Reviravolta linguística pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

No segundo capítulo será analisada a filosofia antiga e medieval, no cotejo com as penas na antiguidade e idade média para, ao final, analisarmos a correlação entre as escolas filosóficas e o sistema penal na antiguidade e idade média.

Sócrates utilizava, como metodologia, as informações que lhes eram passadas por *daimons*⁹, divindades que tiveram contato com as *verdades absolutas*. Por isso denominou-se filosofia *do ser*, pois as coisas seriam descritas como são na *verdade* e de forma absoluta. O mito da caverna de Platão aduz, simbolicamente, que o ser humano está dentro de uma caverna, sendo certo que as verdades estão do lado de fora da caverna e, na parte de dentro, vemos apenas sombras das ditas *verdades*. Para Sócrates, *daimons* viriam de fora da caverna para lhe ensinar as *verdades absolutas*.

No campo jurídico, os juízos divinos foram a base do sistema punitivo¹⁰, em que se supunha a pena como manifestação direta de divindades, que teriam acesso à Justiça absoluta. Era convicção da época que a Justiça divina seria acessível por determinados ritos e deveria ser aplicada nos julgamentos humanos. Enfim, a divinização da Justiça pretendia chegar às *verdades absolutas* e sobre-humanas, como é exemplo o sistema das ordálias.

No terceiro capítulo exporemos as linhas gerais da filosofia da consciência, dita filosofia moderna. Palmilhando o segundo capítulo, analisaremos a filosofia moderna e alguns de seus principais expoentes, o sistema de aplicação de pena na modernidade e, ao final, a relação entre as bases filosóficas modernas e a dogmática penal hodierna.

Partiremos da transição entre filosofia clássica, para a filosofia moderna especialmente em Santo Agostinho (354-430)¹¹, passando pelos filósofos ingleses, para chegarmos ao ponto máximo da filosofia da consciência: Emanuel Kant (1724-1804). A filosofia moderna abandona a invocação de divindades e

⁹ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, capítulo 1.

¹⁰ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

¹¹ CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *A filosofia do direito penal nas "Confissões" de Santo Agostinho*, in: Revista Da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo, 54(2), 171-179.

assume a responsabilidade pela investigação dos temas metafísicos, como o conceito de Justo e de Belo, utilizando a consciência humana como instrumento.

Inúmeras escolas filosóficas modernas rivalizaram, entre si, pelo critério que deveria ser utilizado para se chegar às *verdades*, algumas buscando substratos materiais, como é o caso dos empiristas¹², outras pugnando pela razão humana, como é o caso dos racionalistas. Ao final, faremos a conexão entre a fase filosófica e os sistemas judiciais da época que, em certo sentido, vigem até hoje.

A filosofia moderna, otimista quanto à capacidade da reflexão intelectual do indivíduo, acreditou que a potência intelectual humana seria capaz de desvendar os mistérios e solver as diversas indagações filosóficas. E o foi, mas até um certo limite. Este limite foi bem colocado por Sigmund Freud¹³, quando investiga o inconsciente humano, demonstrando que, muitas vezes, somos movidos e determinados por impulsos profundos e de difícil controle.

Descobriu-se que nossa consciência não é totalmente apta a dar altos voos intelectuais, visto que nem sequer somos capazes de nos compreender por inteiro e o que nos move são impulsos das profundezas de nosso inconsciente. Somando-se a isso, irracionalidade das duas grandes guerras mundiais foi o catalizador de uma certa descrença na razão humana, motivo pelo qual a filosofia da consciência chegou em uma espécie de beco sem saída. A consciência humana não seria o instrumento mais apto a desvendar os mistérios que nos cercam.

Nas ciências biológicas e exatas o problema era menor. Desde muito tempo a robótica, a computação e a metodologia científica eram instrumentais aptos a suplantar as limitações humanas. Mas e nas ciências humanas? E na filosofia? A resposta foi a criação da filosofia da linguagem, em que a palavra é instrumento reflexivo, fazendo emergir uma espécie de giro hermenêutico nas limitações da consciência, mais especificamente, um *giro linguístico*.

¹²ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad.: A. Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹³ FREUD, Sigmund. *O ego e o id*. In: Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 2019.

O quarto capítulo será subdividido na análise da filosofia da linguagem, na aplicação negociada das penas e na correlação entre filosofia da linguagem e a negociação de penas. Neste mesmo capítulo vamos expor alguns sistemas de negociação de penas já consolidados em legislações estrangeiras, bem como os benefícios e malefícios identificados pela doutrina dos respectivos países, e em que ponto esses sistemas judiciais encontram eco no Brasil. Ao final, debateremos uma possível construção puramente linguística da pena, em que ocorreria verdadeira polifonia, com diversos atores construindo a pena, sendo o Juiz mais um maestro que rege o concerto e menos um ator processual.

Neste mesmo capítulo analisaremos as críticas à metafísica moderna, que fez desmoronar toda a filosofia da consciência, bem como se essas críticas encontraram eco no Direito. Se a dogmática moderna possui algum fundamento na filosofia moderna, a crítica a essa linha filosófica seria aplicável à própria dogmática jurídica.

Dentre os autores desta corrente filosófica limitar-nos-emos à Ludwig Wittgenstein (1889-1951), além de analisarmos Hans-Georg Gadamer (1900 - 2002) e Jürgen Habermas (1929-). Quanto ao último, analisaremos sua linha de pesquisa voltada à ética do discurso e dos parâmetros que identificou como necessários para se atingir um consenso válido. Quanto ao segundo, cremos ser o filósofo da linguagem mais popular no campo do Direito. Por fim, Wittgenstein foi o principal filósofo desta escola e base para toda a construção intelectual da filosofia da linguagem.

Na fase de negociação de penas podemos observar que não há utilização de entes metafísicos, não se utiliza de divindades ou da Lei para traçar parâmetros para a decisão, mas sim ritos e parâmetros discursivos. Ou seja, ainda que submetido à legalidade, não recai sobre a Lei a obrigação de se fazer Justiça, mas sim sobre as partes. Nesta fase, observamos que o ser humano deixa de depositar o peso da Justiça em entes exteriores, como divindades ou a Lei, tomando para si o destino da Justiça, sem perder de vista que a Lei continua a existir como instrumento necessário, assim como a Divindade permanece regendo o sistema – ao menos para quem adere a essa fé – mas o ser humano,

especialmente a vítima, o réu, seu defensor e o órgão Ministério Público, tomam em suas mãos a obrigação de fazer Justiça.

O réu é chamado a influir diretamente em sua pena por meio de ações posteriores à consumação do delito e, ainda que a *consciência* do Juiz integre o caminho para a decisão final, as *vontades* das partes passam a integrar, em algum grau, a sentença condenatória, de forma polifônica.

2. O FUNDAMENTO FILOSÓFICO DAS PENAS NA ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA

2.1. A filosofia antiga

O pensamento humano possui fases bem delimitadas no decorrer de sua marcha evolutiva. Nos primórdios, campeavam manifestações primitivas do pensamento, limitadas aos impulsos atávicos de sobrevivência e procriação, equivalendo a qualquer outra espécie animal. As preocupações humanas se limitavam ao seu estágio mínimo de sobrevivência e perpetuação da espécie¹⁴, motivo pelo qual os recursos cognitivos eram integralmente utilizados para seus desideratos mais básicos. As formas de manifestação que perduraram no tempo, como pinturas rupestres e objetos do uso cotidiano, confirmam a timidez das pretensões cognitivas naquele momento.

Esse quadro perdurou do aparecimento do *homo sapiens*, há cerca de 350 mil anos, até poucos milênios atrás¹⁵. Diferentemente das demais espécies, o ser humano suplantou os singelos impulsos atávicos, para atingir um refinamento intelectual apto a perquirir sobre si próprio e sobre os elementos que o cercam. Os fenômenos da natureza e eventos que escapavam do controle humano, diante da impossibilidade de explicação, foram imputados a entes mágicos e místicos. Podemos, então, identificar a primeira forma de raciocínio metafísico humano como puramente místico.

Se observarmos a história da humanidade, podemos concluir que o pensamento místico perdurou por quase toda nossa existência. Desde o primeiro *homo sapiens*, há cerca de 350 mil anos, passando pelos antigos impérios entre 1000 a.C. e 500 a.C.: o Império Assírio, o Império Babilônico e o Império Persa, o pensamento místico foi hegemônico em variadas formas¹⁶. Não é outra a lição

¹⁴ HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade*. São Paulo: L&PM, 2019.

¹⁵ HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade*. São Paulo: L&PM, 2019.

¹⁶ HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade*. São Paulo: L&PM, 2019.

do historiador Yuval Noah Harari, quando leciona que, sobre os grandes impérios da antiguidade, “as normas sociais que as sustentavam não se baseavam em instintos arraigados nem em relações pessoais, e sim na crença em mitos partilhados”¹⁷.

Um exemplo bem acabado de como essas antigas sociedades se lastreavam em mitos é o Código de Hamurabi, criado por volta de 1776 anos a.C., que surgiu na Babilônia. Hamurabi foi um rei babilônico que outorgou diversas Leis e decisões em todo o seu território, com a expressa pretensão de perdurar no tempo. Após a morte de Hamurabi, o seu Código teve vigência e influenciou diversas sociedades, mesmo após a queda da Babilônia. O Código inicia afirmando que os deuses Anu, Enlil e Marduk, que eram as principais deidades do panteão mesopotâmico, nomearam Hamurabi para “fazer a justiça prevalecer na terra, abominar o que é mal e perverso, impedir que os fortes oprimam os fracos”¹⁸.

Conforme podemos observar, os princípios e normas eram fundamentados em deuses, tanto quanto as boas ou más colheitas, o ciclo dos planetas e os eventos naturais, que eram explicados por meio de argumentos místicos e mágicos. Essa é uma forma específica de se raciocinar, sendo certo que, ao se imputar as decisões políticas e administrativas aos deuses, há significativa limitação quanto à possibilidade de crítica ou contraditório.

Prosseguindo a marcha evolucionária, a humanidade passou a indagar sobre temas de maior refinamento, que não eram compreendidos pelos sentidos, é dizer, conceitos e valores, como são o caso da Justiça, da Beleza e da Verdade. Ainda assim as respostas eram sempre baseadas em reflexões místicas e divindades.

Em Freud¹⁹, extraímos que esta transição da fase primitiva, para saltos intelectuais maiores, se deu por meio da repressão aos impulsos sexuais, que passaram a ser canalizados para objetos da cultura, como a ciência e a arte, fazendo o ser humano passar a direcionar sua energia, dos impulsos primitivos,

¹⁷ HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade*. São Paulo: L&PM, 2019, p. 111.

¹⁸ HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade*. São Paulo: L&PM, 2019, p. 112.

¹⁹ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na cultura*. São Paulo: L&PM, 2010.

para reflexões sobre si próprio e o seu meio. A cultura almeja o “monopólio da força e da violência para a punição dos criminosos, por meio da legislação imposta no âmbito social”, conforme leciona Oswaldo Henrique Duek Marques²⁰. Assim, as repressões aos impulsos primitivos são um ônus da vida social, restando a complexa dificuldade de fundamentar e organizar esse cipoal de repressões, representado pelo sistema punitivo, conforme se verá neste trabalho.

Com a evolução do pensamento, passou-se a não mais se contentar com as respostas mágicas e místicas como fundamentação, motivo pelo qual, da humanidade, emergiu a filosofia, tencionando obter respostas para além daquelas puramente místicas. A palavra filosofia possui origem grega e seu significado mais popular é “amor pela sabedoria”²¹, ou seja, a busca pelo conhecimento e pela sabedoria. Essa primeira manifestação intelectual com repercussão histórica surgiu cerca de VI séculos antes do nascimento de Jesus Cristo, e se esmerou em debater determinadas ideias que estavam além do plano material.

Foi com o surgimento da *polis* grega que a civilização humana atingiu um grau elevando de organização social, suprimindo algumas necessidades básicas alimentares e de proteção, que permitiu que algumas pessoas utilizassem suas potencialidades intelectuais para refletir sobre temas abstratos, para além das preocupações mais básicas relacionadas à sua sobrevivência. Nesse contexto surge a primeira fase da filosofia.

A filosofia clássica pode ser subdividida em algumas fases. O período entre os séculos VI a V a.C. corresponde à fase pré-socrática, em que os temas são muito ligados à natureza, tendo como expoentes Tales de Mileto e Parmênides. Esses primeiros filósofos buscavam um *princípio físico da natureza*.

²⁰ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Contribuições para a compreensão do nazismo: a psicanálise de Erick Fromm*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 107.

²¹ DIDEROT, Denis; D'ALAMBERT, Jean Le Rond. *Enciclopédia, ou Dicionário razoado das ciências, das artes e dos ofícios, volume 6*. São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 299.

Supunha-se que toda a experiência material seria decorrente de algum elemento fundamental. Ensina Bertrand Russell que²²:

A filosofia começa com Tales, que, afortunadamente, pode ser situado cronologicamente devido ao fato de haver predito um eclipse que, segundo os astrônomos, ocorreu no ano 585 antes de Cristo. A filosofia e a ciência — que, a princípio, não se achavam separadas — nasceram, pois, juntas, no começo do século VI.

Em seguida, dos séculos V a IV a.C. surge período Socrático, também denominado período clássico. Seus expoentes principais foram Sócrates, Platão e Aristóteles. Esses filósofos pretendiam superar a pesquisa de elementos primordiais do campo físico, para perquirir elementos metafísicos. Nesta fase do pensamento, os filósofos passam a investigar problemas para além do que era compreensível pelos sentidos físicos. Para ilustrar o hiato entre conhecimento suprassensível e o conhecimento sensível, transcrevemos o mito da caverna de Platão²³:

Pois agora, meu caro Glauco, é só aplicar com toda a exatidão esta imagem da caverna a tudo o que antes havíamos dito. O antro subterrâneo é o mundo visível. O fogo que o ilumina é a luz do sol. O cativo que sobe à região superior e a contempla é a alma que se eleva ao mundo inteligível. Ou, antes, já que o queres saber, é este, pelo menos, o meu modo de pensar, que só Deus sabe se é verdadeiro. Quanto a mim, a coisa é como passo a dizer-te. Nos extremos limites do mundo inteligível está a ideia do bem, a qual só com muito esforço se pode conhecer, mas que, conhecida, se impõe à razão como causa universal de tudo o que é belo e bom, criadora da luz e do sol no mundo visível, autora da inteligência e da verdade no mundo invisível, e sobre a qual, por isso mesmo, cumpre ter os olhos fixos para agir com sabedoria nos negócios particulares e públicos.

Com este mito, fundamentalmente uma metáfora, Platão tenta exprimir que há uma ordem de conhecimentos que está além do mundo físico e da experiência material. Supunha-se que esta ordem de conhecimento seria atingida por algum meio, é dizer, existiriam *verdades absolutas* e estas verdades poderiam ser descobertas por meio da filosofia.

A filosofia antiga é denominada filosofia do *ser* por ter investigado a essência das coisas, sob uma dimensão ontológica. Nos capítulos seguintes, analisaremos as filosofias moderna e da linguagem. Esta última trabalha na

²² RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, capítulo 1.

²³ PLATÃO, *A República*. 6. ed. São Paulo: Ed. Atena, 1956, p. 291.

dimensão linguística, enquanto àquela restou a dimensão gnosiológica, é dizer, os limites do conhecimento pela consciência. É a lição de Odílio Alves Aguiar²⁴:

Assim, podemos dizer que o horizonte do ser (ontológico) é hegemônico na Filosofia Clássica, o horizonte da consciência (gnosiológico) é hegemônico na Filosofia Moderna e o horizonte da linguagem é hegemônico na Filosofia Contemporânea.

Sobre Sócrates, a maior parte do que se sabe adveio do que foi escrito por Platão. Para nossa pesquisa, a análise de Sócrates possui importância fundamental, seja por ser o principal pensador desta fase filosófica, seja em razão da sua metodologia para se atingir as *verdades*. Esse filósofo utilizou uma técnica bem peculiar para desenvolver seu pensamento, sua metodologia era indagar as pessoas por meio de perguntas sucessivas, de forma a induzir uma resposta pelo próprio indagado. A formulação das indagações seguia um caminho lógico, de forma a ir excluindo incoerências, para se atingir uma conclusão racional. Denominou-se essa metodologia de *maiêutica*.

Mas Sócrates não atingia as *verdades* apenas por meio da maiêutica. De fato, as construções filosóficas mais refinadas eram, segundo Sócrates, informações que lhe era transmitida por *daimons*, divindades que transitavam na seara das *verdades absolutas*. *Daimon*²⁵, provêm da palavra latina *dæmon*, cuja tradução literal é "espírito" ou "divindade", no grego antigo era expresso por "δαίμων" e pode ser traduzido como espírito, divindade ou guardião.

Tomando de empréstimo o mito platônico da caverna, Sócrates recebia informações de seres que habitavam *fora da caverna*, que trariam ao universo sensível as lições absolutas. Podemos analisar a utilização dos *daimons* como um estratagema argumentativo, um fenômeno psicológico ou como experiência espiritual legítima, mas o fato é que Sócrates não se fundamentava na consciência humana para chegar às *verdades*.

Houve um notável salto intelectual do pensamento humano, malgrado o aspecto místico ainda estar presente, mesmo no pensamento lógico da Grécia

²⁴ AGUIAR, Odílio Alves. *Ser, consciência e linguagem: horizontes da filosofia*. Educação em debate. Fortaleza, ano 21, v. 2, nº 38, 1999, p. 29.

²⁵ PETERS, F. E. *Termos Filosóficos Gregos: Um Léxico Histórico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1983.

antiga. Isso pelo fato das conclusões filosóficas buscarem argumentos e pretender convencer o ouvinte pela lógica, e não pela autoridade de seu emissor. Isso não quer dizer que o pensamento puramente místico fosse desprovido de senso prático. Sejam os babilônios, sejam os egípcios, ou qualquer outro povo, certamente buscavam as melhores opções em seu benefício, ocorre que a fundamentação era puramente mística, com lastro na autoridade divina. O objetivo, em um ou outro caso, era convencer a sociedade a seguir uma determinada ordem, seja instaurando uma cultura apta a unir o maior número de pessoas, seja criando normas, seja criando exércitos de conquista.

Émile Durkheim²⁶ (1858-1917) já analisava as religiões como manifestações culturais, analisando os ritos e as crenças como projeções do ser humano. Não é outra a lição de Hans Kelsen, comparando as sociedades teológicas com a modernas, e classificando as religiões e os Estados como ideologia social²⁷:

Si la la sociedad debe concebirse como mera ideología, em tal caso la religión constiuye tan solo una ideología social particular, originalmente idêntica a esa ideología social que puede designarse, em el sentido más lato de la palabra, como Estado... Este es um Hecho que hemos mencionado ya em outro contexto, según el cual son idênticas organización religiosa y organización jurídica, Iglesia y Estado²⁸.

Nesta ordem de ideias, Sócrates utilizou de um recurso místico, consistente em argumentar que divindades transmitiam informações para ele, entretanto, esta forma de obtenção de conhecimento é diversa daquele primitivo, isso porque as lições dos *daimons* possuíam conteúdo racional e seguiam padrões lógicos de argumentação, permitindo inclusive ser contraditadas.

Tomemos como exemplo a obra *Fedro*²⁹ em que Platão relata alguns dos diálogos de Sócrates. Nesta obra, Fedro aborda Sócrates, relatando que ouviu

²⁶ DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁷ KELSEN, Hans. *Dios y estado*. In: El otro Kelsen. Óscar Correas (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 250.

²⁸ “Se a sociedade deve ser concebida como uma mera ideologia, então a religião constitui apenas uma ideologia social particular, originalmente idêntica àquela ideologia social que pode ser designada, no sentido mais amplo da palavra, como um Estado ... Isso é um Fato que já mencionamos em outro contexto, segundo o qual organização religiosa e organização jurídica, Igreja e Estado são idênticas”. (livre tradução).

²⁹ PLATÃO. *Fedro*. São Paulo: Editora 34, 2016.

um discurso refinadíssimo de Lísias, sobre o amor. Após a explanação, Sócrates tece uma crítica e constrói sua própria concepção sobre o amor. Em seguida, Sócrates se diz tomado por um *daimon*, faz um terceiro discurso, criticando fortemente o discurso de Lísias e o seu próprio discurso original, para explicar um conceito sublime sobre o amor. Assim, notamos que o terceiro discurso refuta o discurso de Sócrates. Não é a origem extrafísica que caracteriza esse discurso, mas sim a qualidade argumentativa que é apta a refutar os dois discursos anteriores. Portanto, não há que se confundir o pensamento puramente místico, do pensamento da filosofia antiga, sendo certo que esta foi pautada pela racionalidade e forte senso lógico.

Na sociedade grega antiga, era tradicional a utilização de oráculos como meios de se prever o futuro, ou se aconselhar. Este sistema não era monopólio dos gregos, sendo identificados em diversas outras sociedades, como na sociedade escandinava, na China antiga e ainda nos dias atuais mundo afora. Na mitologia Viking³⁰, por exemplo, há um mito de que Odin levou a cabeça do deus Mimir para Asgard para ser consultada como oráculo, ademais, nesta sociedade, eram tradicionais a utilização de runas para profetizar o futuro. Na sociedade chinesa, o I Ching foi usado para adivinhação, sendo prática comum até os dias de hoje.

Enfim, a utilização de recursos místicos para obtenção de informações permeia qualquer grupamento humano até os dias de hoje. O que distingue a filosofia socrática é o misticismo ter sido incluído em um contexto de racionalização e lógica, bem como o conteúdo das mensagens trazidas pelos *daimons* trazer forte carga argumentativa, afastando-se, assim, do misticismo puro.

Em Platão, o quadro não é diverso. Embora não tenha se utilizado de mensagens de *daimons*, considerava que o *conhecimento verdadeiro* poderia ser perquirido como reminiscência, ou seja, deveríamos rememorar o conhecimento que adquirimos quando estávamos no plano das *verdades puras*.

³⁰ LANGER, Johnni. *Deuses, monstros e heróis: ensaios de mitologia e religião viking*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

Da mesma forma, ele acreditou em uma *verdade absoluta*, que supera a experiência sensível. Nas palavras de Bertrand Russell³¹:

De Pitágoras (quer através de Sócrates ou não), Platão derivou os elementos órficos de sua filosofia: a tendência religiosa, a crença na imortalidade, o outro mundo, o tom sacerdotal e tudo o que a metáfora da caverna encerra -...

...

Chegamos, assim, à conclusão de que a opinião se forma do mundo apresentado aos sentidos, enquanto que o conhecimento é de um mundo eterno supersensível; a opinião, por exemplo, trata de coisas belas determinadas; o conhecimento ocupa-se da beleza em si.

O pensamento grego antigo pretendeu descobrir uma ordem fundadora de tudo e desvendar as *verdades absolutas* que seriam externas ao mundo fenomênico. As *verdades* não dependeriam de construções humanas, por serem imutáveis e eternas, motivo pelo qual caberia ao homem apenas desvendar esses mistérios e o filósofo se incumbiria de descobrir os caminhos aptos a este desiderato. Neste sentido³²:

Por isso, o pensamento antigo é tido como pensamento da identidade, pois defende a existência de uma ordem fundadora da unidade de tudo. É um pensamento unicista e substancialista. As singularidades recebem sua determinação, sua essência, de uma instância externa a ela. A parte só adquire significação no todo. O todo, a ordem que unifica tudo, é o Ser, fundamento último da realidade. Essa é a razão pela qual se diz que a Filosofia Clássica é cosmo lógica. Havia, nos filósofos da antiguidade, a pressuposição de que há uma ordem imutável (um "kosmos"), a partir de onde tudo podia ser compreendido. Vale dizer, o real é perpassado por uma racional idade que cabe à razão explicitar. Cabe à Filosofia alcançar essa ordem, princípio, causa (arché) subjacente a todas as coisas.

Algo bastante corriqueiro na filosofia antiga era o que os gregos denominavam *intuição racional*³³. Esta técnica permitiria que o homem, ainda que imerso no mundo sensível, contemplasse algumas verdades eternas. Seja com os *daimons* socráticos, seja com as reminiscências platônicas, seja com as intuições racionais, podemos observar que a filosofia era tomada por algo ainda misterioso e, por vezes, místico. Sem embargo da sincera racionalização, as *verdades* não seriam obra humana e caberia ao filósofo extraí-las do mundo

³¹ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, capítulo 1.

³² AGUIAR, Odílio Alves. *Ser, consciência e linguagem: horizontes da filosofia*. Educação em debate. Fortaleza, ano 21, v. 2, nº 38, 1999, p. 30.

³³ REALE, Giovanni. *Para uma nova interpretação de Platão*. São Paulo: Loyola, 1997.

extrafísico. Por isso se denomina a filosofia antiga de filosofia do *ser*, pois que fortemente relacionada ao horizonte ontológico das coisas.

2.2. A filosofia medieval

Com a queda do Império Romano no Ocidente no ano de 476 d.C.³⁴ e a deposição do último imperador romano, simbolicamente considera-se o fim da idade antiga e o início da idade média. Após o apogeu do Império Romano por volta do século II d.C., paulatinamente Roma foi perdendo seu domínio, até ser derrotado pelo Império Bizantino e perder o controle sobre os povos primitivos germânicos.

O poder, que era centralizado em Roma, foi pulverizado para poderes locais, de onde emergiram os feudos. Os povos germânicos passaram a migrar para a oeste Europeu, gerando insegurança e conflitos, iniciando-se o período medieval, que durou aproximadamente do século V até o século XV. Durante esse tempo, o pensamento filosófico ocidental sobreviveu no seio da Igreja Católica, onde foi gestado o renascimento do século XIV. As lições dos filósofos antigos serviram de base para toda a filosofia da idade média, especialmente os filósofos cristãos como São Tomás de Aquino (1225-1274) e Santo Agostinho (354-430)³⁵.

Aurélio Agostinho de Hipona nasceu no ano de 354 d.C. e sua obra se esmerou em conciliar a fé e a razão³⁶. Tanto quanto os filósofos antigos, a metafísica agostiniana é divinizada e considera que há *verdades absolutas* que devem ser descobertas. Diferentemente dos antigos, Santo Agostinho possuía um roteiro para a descoberta das verdades, consubstanciado no Velho e, especialmente, no Novo Testamento. Por isso a ideia de hermenêutica é muito

³⁴ GIBBON, Edward. *Declínio e Queda do Império Romano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

³⁵ CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *A filosofia do direito penal nas "Confissões" de Santo Agostinho*. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. 54, n. 2, p. 171-179.

³⁶ CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *A filosofia do direito penal nas "Confissões" de Santo Agostinho*, Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. 54, n 2, p. 171-179.

forte em Santo Agostinho, pois que os textos sagrados do cristianismo trariam as *verdades*. O cotejo das tradições platônicas e da hermenêutica foram a tônica da filosofia medieval. A fé raciocinada, que encontra suas raízes na obra de Platão, foi retomada em Santo Agostinho, ilustrado pela sua máxima: *Intellige ut credas, crede ut intelligas*³⁷ (“é preciso compreender para crer, e crer para compreender”).

Santo Agostinho foi o mais importante filósofo Cristão e seu pensamento é um elo entre a Filosofia Antiga e a Moderna. Ao mesmo tempo em que acredita em uma verdade eterna e imutável, elaborou profundas reflexões que o diferenciam dos filósofos antigos. Defendia que, como o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, haveria uma fagulha dessa Verdade em cada pessoa. Essa teoria muito se relaciona ao pensamento platônico, mas se afasta no ponto em que a *Verdade Absoluta* poderia ser identificada no próprio homem, por conter a fagulha de Deus, enquanto Platão defendia que o que era encontrado no homem seriam reminiscências de outras experiências da alma.

Em Platão³⁸, as reminiscências seriam memórias de experiências da alma humana, que habitou o campo das *verdades absolutas*, já em Santo Agostinho, não seriam verdadeiras memórias, mas parte de nossa própria essência, pois que o humano teria a fagulha de Deus, a Verdade Eterna. Há uma grande semelhança com a filosofia antiga, sendo certo que haveriam verdades absolutas em planos extrafísicos. Se em Sócrates essas verdades seriam trazidas por *daimons*, para Santo Agostinho o caminho em si não seria imaterial, pois que contido nas escrituras, especialmente o Novo Testamento.

Em *De Civitate Dei* (A Cidade de Deus), Santo Agostinho traça uma distinção entre o mundo dos homens e o *mundo dos Céus*, sendo que a Justiça feita na terra não significa nada mais do que uma parcela mínima da Justiça absoluta³⁹. Com isso, aduz que a cidade dos homens deveria, tanto quanto possível, se aproximar da cidade de Deus, deixando assente, em seu

³⁷ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Antigüidade e Idade Média*. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1991.

³⁸ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Antigüidade e Idade Média*. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1991.

³⁹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 75.

pensamento, que as *verdades absolutas* não necessariamente seriam aplicadas ao mundo humano. Isso foi um grande passo de afastamento da filosofia *do ser*, e uma antecipação do que seria a filosofia moderna.

2.3. A pena na antiguidade

A história da humanidade se confunde com a história das punições. Desde as primeiras manifestações humanas já há notícias de alguma forma de sanção e, mesmo nos animais irracionais, extrai-se formas de sanções do grupo sobre o indivíduo. Ainda antes de se organizar o pensamento jurídico, ou filosófico, as sociedades já criavam seus sistemas de controle social e punitivo. Franz Von Liszt⁴⁰ ensina que:

Ensina-nos o direito comparado que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Em todas as epochas ainda as mais remotas, accessíveis à indagação histórica, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena ...

Nas sociedades primitivas, as penas possuíam um forte componente místico. Estudando os povos tribais das américas, no cotejo com as sociedades tribais germânicas, notamos algumas semelhanças e notáveis diferenças. De início notamos, em ambos os casos, que a vingança de sangue foi a primeira manifestação de um arremedo de Justiça. Os grupamentos tribais, geralmente ligados por laços sanguíneos, se lançavam belicamente contra o grupamento tribal que lhe ofendeu algum valor compartilhado, em busca da destruição de seu antagonista.

Esse impulso bélico representava, ao mesmo tempo, o instinto de autoconservação, maculado pela lesão à determinado padrão de comportamento, e um impulso de vingança, no sentido de causar um mal a quem causou um mal. Esse impulso de vingança, ínsito ao ser humano, é identificado

⁴⁰ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 5.

como uma das funções legitimadoras do Direito Penal até os dias atuais⁴¹, mas nessa fase não havia senso de proporcionalidade ou limitação de qualquer ordem. Neste sentido, Oswaldo Henrique Duek Marques⁴² ensina que:

A vingança de sangue, contudo, porquanto desvinculada de um poder central e sem nenhum controle externo de sua extensão, tornava-se interminável e gerava guerras infundáveis entre as famílias, em prejuízo da própria comunidade, que restava enfraquecida, principalmente diante de guerras externas.

Esse tipo de comportamento bélico se voltava aos ofensores externos ao grupamento social (tribo, clã, família e etc), na hipótese de o ofensor ser do próprio grupo, a sanção seria a exclusão do indivíduo⁴³.

Note-se que esse período inicial da vingança, em que não há limites ou parâmetros, mas apenas conflitos tribais, muitos estudiosos denominam período da vingança privada⁴⁴. Doutrinariamente é possível separá-la da vingança divina, pois esta última seria lastreada em algum Código religioso específico, como é o caso do Código de Manu (Índia), Cinco Livros do Egito, Avesta (Pérsia) e o Pentateuco, entre os Hebreus. Ocorre que, mesmo entre os povos em que não havia uma religião codificada, como é o caso dos povos pré-colombianos das Américas, as guerras de vingança eram lastreadas nas divindades daquele povo. Assim, denominamos vingança de sangue toda esta fase punitiva.

O impulso da vingança era imputado à vontade dos deuses, sendo certo que esses povos substituíam a razão por uma forte carga simbólica, motivo pelo qual seus instintos internos, não racionalizados, eram projetados em deuses e divindades. Franz Von Liszt⁴⁵, analisando as sociedades primitivas germânicas assevera que “em um e outro caso a pena revela traços acentuadamente religiosos (caráter sacro) como a paz está sob a proteção dos deuses, a vingança tem o seu fundamento no preceito divino”.

⁴¹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 8.

⁴² DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 15.

⁴³ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 14.

⁴⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal – Vol. 1*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

⁴⁵ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 7.

O sistema da vingança de sangue representava um ônus pesado àquelas sociedades. Entre os antigos povos germânicos, paulatinamente, outros sistemas foram sendo engendrados para limitar a violência resultante das relações bélicas, conforme se verá. A despeito do jugo romano, os ditos bárbaros possuíam um peculiar sistema indenizatório que substituía as relações de vingança. Esse sistema de compensação inexistia nas sociedades tribais da América.

No sistema germânico primitivo, o grupamento ofendido poderia escolher entre a guerra ou a *faida*, que consistia num preço a ser pago pelos ofensores. Franz Von Liszt leciona que o Direito Penal germânico primitivo já possuía notas muito peculiares em relação ao romano. Ao lado das relações entre as famílias e a vingança de sangue, que é um denominador comum entre todos os povos primitivos, existia um sistema de composição muito peculiar, em que havia possibilidade de recomposição entre os grupos em litígio. Aduz que⁴⁶ “à vingança de sangue sucedeu, pois o *systema* da composição; mas as formas processuais da idade media alemã indicam que o direito se originou da *faida*”.

Para além desta indenização à vítima, cumpria ainda que o ofensor pagasse à coletividade um valor para sua *reconciliação*, denominado *preço da paz* (*fredum*). Esse sistema manteve-se por muito tempo entre os povos germânicos, até o século XVI⁴⁷. Neste período, os Habsburgos lograram expandir seu poder e passaram a pleitear a criação de uma dinastia e um poder imperial, suprimindo os poderes germânicos regionais. Conforme o Sacro Império Romano Germânico ia expandindo, os poderes locais foram sendo suprimidos, e com eles suas tradições jurídicas, como é o caso das conciliações, manifestando, de forma transparente, que o Direito Penal era posto a serviço das pretensões políticas e não sociais.

A relação entre a espiritualidade e o sistema punitivo era evidente em qualquer sociedade tribal, mas a ideia de reconciliação entre esses povos germânicos possuía cariz místico e, simultaneamente, público, uma vez que

⁴⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 21.

⁴⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 23.

representava uma reconciliação da divindade com o indivíduo e a sociedade. Franz Von Liszt arremata que⁴⁸:

Evidentemente o systema da composição forma o centro das disposições penaes. Mas no seio da associação política a parentela, tendo por base a comunhão do sangue, apresenta-se ainda como uma corporação de direito público, é ella que protege os seus membros e lhes proporciona a reconciliação.

A análise dos critérios utilizados para fixar o preço do resgate, pela ofensa, é bastante interessante no sistema germânico primitivo. Levava-se em consideração diversos elementos, incluindo-se o grau das lesões, o objeto violado e a condição e nacionalidade das partes. Para além da importância paga ao ofendido, o ofensor deveria pagar à coletividade o *preço da paz*. As grandes violações de Direitos eram fixadas em parâmetros peculiares, como é o caso do homicídio em que o resgate era denominado *Verhgeld*⁴⁹ ou *Manngeldy*⁵⁰.

Conforme mencionado, o sistema conciliatório e indenizatório existiu enquanto não havia poder central organizado entre os povos germânicos. A partir da centralização absolutista, todas as tradições locais foram sendo suprimidas. Assim, ideia de pena pública está vinculada à centralização estatal e o monopólio da força pelo grupo detentor do poder. Conforme a sociedade germânica foi se unificando em torno de um poder central, as antigas tradições das multas e compensações foram se perdendo, o *Verhgeld* foi sendo cada vez mais limitado, enquanto as penas corporais foram se avolumando.

Notamos que o caráter místico das sociedades primitivas não se relaciona com indícios da existência da magia. Pelo contrário, essas práticas se mantinham híidas puramente pela tradição desses povos. Isso é observável mais fortemente nas sociedades tribais americanas. Como as personalidades individuais não são bem delimitadas e se confundem com o sentido de corpo social, opor-se às tradições seria se opor ao próprio grupo. Nesta ordem de ideias, as tradições mágicas vão permanecendo mais por uma ausência de

⁴⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 19.

⁴⁹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 68.

⁵⁰ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 19.

reflexão do que por uma adesão consciente aos ritos. Neste sentido, João Bernardino Gonzaga⁵¹ leciona que:

Adicione-se que, numa sociedade do tipo em exame, são entes sobrenaturais que regem os atos do indivíduo, em todos os pormenores. Os mortos lhe acompanham os passos, exigindo rígido conservadorismo. O que se vê agora não é apenas o simples hábito de manter por inércia os usos e costumes do passado (fenômeno que avulta na medida do isolamento de certo agregado humano), mas algo muito mais forte, de caráter sagrado, em que os espíritos dos que já se foram deste mundo ainda por tudo velam, a fim de impor, com prêmios e sanções, a obediência aos mores. A religião costuma ser pobre de valores positivos, nela quase só avultando os aspectos negativos, ameaçadores. Por efeito de crenças animistas, o silvícola sente forças vivas nos elementos da natureza, contra os quais também cumpre acautelá-lo. Sufoca-o cerrada rede de tabus, a prometerem sanções inexoráveis contra aquele que os violar.

Isso porque, em qualquer sistema tribal, o forte caráter simbólico projetava em elementos não racionais as decisões e impulsos puramente humanos. Todos esses impulsos da psique humana eram projetados nas divindades, o que legitimava sua observância. O forte sentido de grupo era baseado no compartilhamento da crença nas divindades, e a normatização coletiva era obedecida por decorrer dos *deuses* que os protegiam. Ocorre que os impulsos internos humanos, e a incipiente racionalização, eram projetados não só nas divindades imateriais, mas também em entes materiais, ditos totêmicos. Freud observou que o *totem* poderia ser um animal, um vegetal ou um fenômeno da natureza caro àquela sociedade. Fê-lo nos seguintes termos⁵²:

... o totem é o antepassado comum do clã; ao mesmo tempo, é o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe envia oráculos e, embora perigoso para os outros, reconhece e poupa seus próprios filhos. Em compensação, os integrantes estão na obrigação sagrada de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne.

Essa figura do *totem*, um símbolo sagrado que é a representação material de todo o cipoal de crenças e normas daquela sociedade, foi observado em diversas civilizações primitivas e em diversas partes do mundo. Durkheim⁵³ explica que esse *totem* geralmente é a figura de um animal, entretanto, não é o

⁵¹ GONZAGA, João Bernardino. *As penas nos povos primitivos*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66671/69281>. Acesso em: 27 de jun. de 2020.

⁵² FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*, in: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, v. XIII, trad.: J. Salomão. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973, p. 21.

⁵³ DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 210.

animal em si que é sacralizado, mas sim o próprio *totem*. Essa, então, era uma espécie de representação coletiva daquela ordem normativa e, em última análise, o *totem* representa o próprio clã. Em outras palavras: “Portanto, o deus do clã, o princípio totêmico, só pode ser o próprio clã, mas hipostasiado e representado às imaginações sob aparências sensíveis do vegetal ou animal que serve de totem”⁵⁴.

Durkheim⁵⁵ já havia notado que as religiões, nos povos primitivos, são expressões desse próprio povo, e seu escopo era assegurar o equilíbrio de determinado grupamento social. É nesta senda que se delimitam as proibições e obrigações de determinado grupamento social, bem como suas sanções.

Esse aspecto primitivo da vingança privada perdurou até ser substituída pelas penas públicas, com a complexidade das civilizações. A vingança de sangue gerava um quadro bélico incompatível com a expansão das sociedades, motivo pelo qual as penas públicas passaram a ser controladas por um poder central. A simbologia do *totem* é, então, substituída por Códigos, textos religiosos, ou até a figura do próprio monarca.

O código de Hamurabi (1776 anos a.C.) é o exemplo mais simbólico dessa centralização do sistema punitivo, pois com a lei do *talião* houve a criação de uma relação de proporcionalidade entre o fato e a reação punitiva, representando um grande salto civilizatório. Essa notável evolução foi consubstanciada na limitação da vingança, com lastro em uma proporcionalidade grosseira, trazidas a lume pelo sistema religioso das grandes civilizações da antiguidade. Houve um segundo salto notável, ainda dentro do contexto das *punições divinas*. Oswaldo Henrique Duek leciona que o ser humano passa a *negociar com a divindade*⁵⁶, isso é, os Códigos religiosos deixaram consignado que a punição poderia ser flexibilizada por meio de sistemas alternativos. Essa *negociação* também foi observada nas sociedades primitivas germânicas, conforme já explicitado.

⁵⁴ DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 210

⁵⁵ DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁶ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 45.

Superada a vingança de sangue e as consequentes guerras sem fins entre os grupamentos antagônicos, nota-se que as divindades, por meio dos sacerdotes, autorizaram sistemas punitivos menos destrutivos. Seja com o sacrifício humano que aplacaria a fúria dos *deuses*, seja com o sacrifício de animais, como está expresso no Velho Testamento, nota-se que os grupamentos sociais tentavam elaborar sistemas de controle social menos deletérios, imputando-os à vontade divina.

2.4. O sistema punitivo medieval

Mesmo após a queda do Império Romano, o sistema jurídico permaneceu baseado na jurisprudência romana e suas tradições. O *Corpus Juris Civilis*, datado de 527 d.C., outorgado pelo Imperador bizantino Justiniano, é o exemplo mais bem acabado disso, pois que compilou todas as normas e jurisprudências desde o imperador Adriano. Tanto quanto no campo filosófico, a era medieval foi pródiga quanto ao refinamento da hermenêutica, que é filha de uma longa tradição que remonta dos antigos hebreus e foi sendo refinada por séculos, no âmago da Igreja Católica.

A inexistência do sistema totêmico, na Europa, durante o período medieval, pode ser imputada à toda tradição judaico-cristã, que possuía, dentre seus dogmas, a proibição da idolatria. O termo idolatria foi utilizado, já no Velho Testamento, para inibir a crença divina em entes materiais, motivo pelo qual a tradição totêmica, na Europa, foi perdida mais rapidamente do que nas Américas. Conforme se extrai do velho testamento, em Isaías 41:6: "Eu sou o Senhor; esse é o meu nome! Não darei a outro a minha glória nem a imagens o meu louvor". Assim, o cipoal de divindades, *totens* e crenças foram sendo substituídas pelos parâmetros Cristãos.

Essa restrição em divinizar os *totens* implicou um sentido de unidade em todos os povos de tradição judaico-cristã, por compartilharem de um Deus único e das mesmas normas sagradas. Por isso, enquanto o componente da tradição

dos povos tribais americanos era quase imutável, sendo certo que cada tribo possuía sua simbologia familiar própria, nos povos europeus, a lenta inibição totêmica pela Igreja Católica permitiu uma carga menor quanto às tradições familiares e sanguíneas. O sentido de unidade facilitou uma concepção abrangente de Direito Penal, para além das tradições tribais e relações bélicas particulares. Em qualquer dos casos, a fundamentação era divina, mas entre os povos europeus houve uma racionalização maior em vista do afrouxamento das tradições familiares.

Já nos povos tribais americanos, não se chegou a criar sistemas punitivos diversos das vinganças familiares e tribais, não houve qualquer sistema reparatório ou de compensação e tudo era resolvido pelas guerras. O impulso de vingança era projetado para a vontade das divindades e assim ocorreu até a colonização.

Esse impulso conservador dos povos primitivos, que fazia manter todo o cipoal de crenças, é rigorosamente diverso do sistema místico europeu medieval. Desde antes da queda de Constantinopla, no século IV, o Cristianismo já se expandia em Roma e entre os povos europeus. Após o advento da Idade Média, com a desorganização dos Estados Nacionais, a Igreja Católica teve um papel decisivo no sentido de uma organização mínima entre os feudos. Toda a normativa penal era decorrente de normas sagradas, inibindo eventuais padrões normativos locais.

Em busca das revelações divinas, a filosofia medieval foi rica e refinada, trazendo para si uma longa tradição teológica e hermenêutica de textos sagrados. A inspiração divina era o sustentáculo das regras sociais, mas já havia uma densa criação intelectual para interpretar os textos sagrados, a Igreja representava um núcleo de poder organizado, ao contrário da total descentralização tribal que vigia na América. O sistema teocrático era invadido por uma forte carga de racionalização e lógica que permeou a Idade Média.

João Bernardino Gonzaga⁵⁷ leciona que, no sistema judicial puramente teocrático, crime e pecado se confundem e o criminoso deveria ser punido

⁵⁷ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

porque ofendeu a divindade. O aplicador da Lei seria uma espécie de “gestor de negócios de Deus”⁵⁸, ideia presente tanto nos povos selvagens, quanto nas civilizações antigas, cujo Direito Penal era extraído de textos sagrados, como é o caso da Índia bramânica, com as Leis de Manu; no antigo Egito, com os Livros dos Profetas; e na Judéia, com o Velho Testamento.

Com o fim da alta idade média no século X, o Papa Gregório IX, no ano de 1233 instituiu o Tribunal do Santo Ofício, inicialmente para investigar eventuais heresias dos cátaros. Este Tribunal era composto por religiosos e teólogos para julgarem lesões à doutrina da Igreja. Destarte, observa-se uma simbiose entre um forte componente teológico e outro forte componente racional pois, enquanto a legitimação era mística, o componente racional emerge do conteúdo hermenêutico de toda a tradição católica. No contexto da Igreja Católica, a Justiça divina não decorreria de sistemas puramente místicos, mas de reflexões e estudo das escrituras. Com isso, aquele impulso integralmente místico dos povos primitivos, que consistia basicamente em projetar seus próprios sentimentos nas divindades, foi substituído por um sentido de divino racionalizado, especialmente no campo da hermenêutica.

Buscava-se moldar o comportamento humano conforme seria a vontade de Deus, baseando-se em textos sagrados. Não se desconhece a plêiade de interesses políticos e mundanos que regiam parte da pauta religiosa, mas o fato é que a crença em padrões sobre-humanos de Justiça era compartilhada pela maior parte da população, incluindo senhores feudais e todo o corpo social da época. Desde o Império Romano, ou até antes, o sistema penal sempre foi instrumento dos interesses do Estado, quadro que não se alterou na Idade Média. A brutalidade era a tônica, cujo escopo era a submissão do indivíduo ao soberano.

Exemplo bem acabado da utilização do indivíduo aos interesses do soberano, eram as penas perpétuas nas galeras, que eram navios mercantes e militares cuja propulsão era a vela e o remo. A pena nas galeras obrigava o apenado a remar ali até a sua morte, trabalhando em favor dos interesses

⁵⁸ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

econômicos do soberano. Ademais, trabalhos em minas, confisco de bens e servidão consubstanciavam manifestas fontes de riquezas dos monarcas, tudo sob o argumento do *salvamento da alma* do condenado.

A morte não bastava, pois que o objetivo era o exemplo aos demais. Na França, a pena de morte era efetuada de diversas formas: *fogo, esquartejamento, roda, forca e decapitação*⁵⁹, sendo certo que a guilhotina só foi muito tempo depois instituída, como forma de morte indolor. A crueldade, cujos fins eram ligados aos interesses o monarca, eram fundamentados em filósofos católicos do porte de São Tomás de Aquino, para quem: “assim como o médico, é lícito amputar o membro infeccionado para salvar o corpo humano ameaçado, deve ser permitido ao príncipe eliminar o elemento nocivo ao organismo social”⁶⁰.

Leciona João Bernardino Gonzaga que a crueldade foi a tônica do sistema penal comum da Idade Média, e ressalta que a ideia de pena de prisão é um advento recente na história do Direito Penal, sendo certo que a prisão servia a fins processuais, enquanto a pena era de cunho mais brutal que a mera limitação da liberdade. Os estabelecimentos em que os acusados permaneciam eram verdadeiros *depósito de gente*, e até a alimentação deveria ser providenciada pela própria família, sem perder de vista que haviam religiosos que saíam esmolando pelas ruas, em busca de alimentos e remédios⁶¹ para esses presos. A primeira instituição com o propósito específico de aprisionar os acusados surgiu após o fim da idade média, no ano de 1559, em Amsterdã, denominada *Rasphuis*⁶², sendo seguida por poucos exemplos. A reforma prisional viria só no auge do iluminismo, articulado por John Howard entre 1775 e 1790⁶³.

As penas eram, muitas vezes, transpessoais, atingindo descendentes, qual é o exemplo das Ordenações Filipinas, no crime de lesa majestade (Livro V, tít. VI):

⁵⁹ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 43.

⁶⁰ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47.

⁶¹ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁶² CHIAVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão*. Tese (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

⁶³ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 38.

Les a Majestade quer dizer traição commettida contra a pessoa do Rei, ou seu Real Stado, que é tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharam, que o comparavam à lepra; porque assim como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem e aos que com elle conversam, polo que é apartado da comunicação da gente: assim o erro da traição condena o que a commette, e empece e infama os que de sua linha descendem, postoque não tenham culpa.

João Bernardino Gonzaga faz uma análise entre os sistemas punitivo comum e o Tribunal do Santo Ofício, no cotejo com os hábitos e cultura da época. Leciona que os castigos aplicados pela Justiça comum eram a pena privativa ou restritiva de locomoção, privativa ou restritiva de Direitos, patrimoniais e corporais⁶⁴. Ao contrário da Justiça Comum, a Igreja adotou a privação da liberdade como pena, recolhendo-se o condenado a uma cela para expiação da falta cometida⁶⁵. Conclui o autor que, a partir do século XIX, a Justiça laica, influenciada pela Igreja, assume a privação da liberdade como pena, ilustrando a relação estrita entre Direito Penal e religião. Essa relação possui benefícios recíprocos: esta fundamenta aquele, enquanto aquele se serve desta para manter sua hegemonia, sendo o princípio político que leva a unir o Direito Penal à religião⁶⁶.

Conforme se verá, a Escola Clássica terá influência marcante desta relação do Direito Penal com a religião, mas, na Idade Média, essa relação era muito mais visceral pois que a Justiça Canônica, após seu processo e sentença, encaminhava sua condenação para que fosse executada dentro do sistema judicial comum, como era o caso do crime de heresia, sancionado nas Ordenações Filipinas (Livro V, Título I):

O conhecimento do crime de heresia pertence principalmente aos Juizes Ecclesiasticos. E porque elles não podem fazer as execuções nos condenados no dito crime, por serem de sangue, quando condenarem alguns herejes, os devem remetter a Nós com as sentenças que contra elles derem, para os nossos Desembargadores as verem; aos quaes mandamos, que as cumpram, punindo os herejes condenados, como per Direito devem.

⁶⁴ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 37.

⁶⁵ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 38.

⁶⁶ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 81.

A necessidade psicológica⁶⁷ da coletividade em punir quem se comporta de forma desviante ainda era lastreada em um componente de fé. Diante da ausência de percepção dos próprios sentimentos, as punições eram imputadas à vontade divina, ainda que lastreadas parcialmente em textos bíblicos. Disso não se conclui que os interesses mundanos não eram ali representados.

Conforme as lições de Alexandre Herculano⁶⁸, o Tribunal do Santo Ofício serviu, de fato, a interesses políticos e econômicos, sendo a fundamentação religiosa apenas uma forma de legitimar os verdadeiros desígnios por trás das cortinas. O autor analisa que a punição aos hereges era rara entre a queda do Império Romano e fins do século XI, e as punições limitavam-se a castigos de ordem espiritual. Entretanto, no terceiro concílio de Latrão (1179), decretou-se sanções mais graves aos hereges, que consistiam nos povos cátaros, patarenos, publicanos, dentre outros. Seguindo essa escalada, considera que o ano de 1229 como verdadeira data do estabelecimento da Inquisição⁶⁹.

As penas de multas pecuniárias já eram indício de que os “interesses dos céus não se faziam esquecer absolutamente os da terra”⁷⁰. Ademais, a pulsão persecutória fez-se criar ilimitados sistemas de confissões e denúncias, consubstanciada no concílio de Lião (1245) que, por ordem de Inocêncio IV, criou-se um procedimento persecutório cuja tônica era a confissão e denúncia de heresias alheias, denominada *tempo do perdão*.

O *tempo do perdão*⁷¹ foi um sistema probatório em que as confissões e acusações de terceiros eram tidos como provas cabais e aptas a fundamentar uma condenação, em que as penas mais brutais eram excluídas, mas as penas pecuniárias permaneciam hígdas. Na hipótese de não confissão, as penas seriam brutais e não eram extintas nem com a morte, pois que os herdeiros

⁶⁷ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Fundamentos da Pena. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 8.

⁶⁸ HERCULANO, Alexandre. *História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal*. São Paulo: Centaur Editions, 2012.

⁶⁹ HERCULANO, Alexandre. *História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal*. São Paulo: Centaur Editions, 2012, p. 21.

⁷⁰ HERCULANO, Alexandre. *História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal*. São Paulo: Centaur Editions, 2012, p. 27.

⁷¹ HERCULANO, Alexandre. *História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal*. São Paulo: Centaur Editions, 2012, p. 38.

seriam citados para a defesa. As penitências não cumpridas durante a vida deveriam ser remidas pelos bens dos mortos.

Os “magistrados civis eram autorizados a mandar um agente seu para cada delegado da Inquisição”⁷², legitimando íntima relação entre a Justiça episcopal com a estatal. Ademais, a Justiça comum executava decisão da Justiça episcopal, mormente aquelas que exigiam emprego de força e agentes públicos. Os interesses econômicos, que eram razoavelmente maquiados na primeira fase da Inquisição, foram se tornando cada vez mais evidentes. No ano de 1492, publicou-se na Espanha uma Lei que todos os judeus deveriam sair daquelas terras, sob pena de morte⁷³. Sendo assim, as terras e patrimônio dos judeus que ali residiam foram vendidas por preços vis, em benefícios dos detentores do poder real daquele País.

Com isso, as motivações políticas são reveladas como muito mais relevantes para a manutenção deste sistema punitivo do que o interesse na salvação da alma do criminoso. Diversas propriedades, bens e riquezas foram retidas dos *hereges* em benefício da monarquia, não só da Espanha, motivo pelo qual a realidade da Inquisição se afasta, em muito, das lições de caridade e amor ao próximo proposta por Jesus Cristo.

Os excessos da Inquisição levaram ao seu fim, tanto quanto os abusos da imprópria relação entre Igreja e Estado foram combatidos durante o iluminismo, que será tratado no próximo capítulo. Com a separação entre Direito e religião, a fundamentação das penas em padrões religiosos pode nos parecer distante, fruto de *um outro mundo* e incompatíveis com o pensamento moderno. Ocorre que essa é uma falsa ideia, pois que muitas das crenças primitivas permanecem, ainda que repaginadas, refinadas e renomeadas. Ademais, a simbologia dos *totens* jaz em outras bases simbólicas, conforme veremos.

⁷² HERCULANO, Alexandre. *História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal*. São Paulo: Centaur Editions, 2012, p.40.

⁷³ HERCULANO, Alexandre. *História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal*. São Paulo: Centaur Editions, 2012.

Hans Kelsen leciona que “a veneração aos soberanos é exatamente a mesma da veneração a Deus”⁷⁴. Assim, finda a denominada “era antiga”, com a queda do Império Romano, a sociedade permaneceu projetando um poder absoluto em outrem, dessa vez não mais um *totem* ou um Deus, mas sim o líder religioso, monarca ou o senhor feudal. Neste sentido, Kelsen leciona que “la omnipotencia jurídica del Estado llega en ocasiones a considerarse erroneamente como fuerza natural, absolutamente irresistible”⁷⁵.

Os Estados absolutistas substituem os deuses dos panteões gregos e romanos e os *totens* tribais, para simbolizar uma força absoluta e ilimitada. A análise sociológica das religiões permite relacionar o mesmo impulso do ser humano primitivo, que buscava a segurança de uma ordem superior, nas fundamentações hobbesianas da necessidade de um monarca com poderes ilimitados para garantir a ordem social. Esta ordem de ideias é sistematizada por Hans Kelsen no seguinte sentido⁷⁶:

Si la la sociedad debe concebirse como mera ideología, em tal caso la religión constiuye tan solo una ideología social particular, originalmente idêntica a esa ideología social que puede designarse, em el sentido más lato de la palabra, como Estado... Este es um Hecho que hemos mencionado ya em outro contexto, según el cual son idênticas oraganización religiosa y oraganización jurídica, Iglesia y Estado.

A religião não é uma representação falsa acerca do mundo, decorrente de fantasias ou ilusões⁷⁷, mas sim uma forma específica de manifestação da sociedade, seus símbolos e valores, que fora substituída pelo Estado, outra manifestação da criatividade humana.

2.5. Relação entre a filosofia e a aplicação de penas na antiguidade e Idade Média

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Dios y estado*. In: *El otro Kelsen*. Óscar Correas (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 255.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Dios y estado*. In: *El otro Kelsen*. Óscar Correas (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 255.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Dios y estado*. In: *El otro Kelsen*. Óscar Correas (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 250.

⁷⁷ WEISS, Raquel. *Durkheim e as formas da vida religiosa*. Debates do NER, Porto Alegre, n. 22, p. 114, jul/dez. 2012.

A filosofia antiga, seguida pela medieval, pretendeu chegar às verdades absolutas das coisas. Em ambos os casos os pensadores se utilizavam de recursos místicos para tal desiderato. No caso da filosofia medieval, os textos sagrados Cristãos eram a base das investigações, ao contrário da filosofia antiga. Neste sentido, denomina-se essa fase filosófica como a “filosofia do ser”⁷⁸, pois que voltada à descoberta da essência das coisas, desaguando, em qualquer caso, nos aspectos divinos e religiosos.

Já o sistema punitivo medieval foi intensamente imiscuído com o sistema religioso. As penas eram imputadas às divindades e a fundamentação era mística. Assim, nota-se que havia uma pretensão de se obter uma *justiça verdadeira*, ou *justiça absoluta*. Ocorre que o sistema punitivo, pretensamente lastreado nas divindades, escondiam pretensões políticas da Igreja e do Estado. Foram interesses mundanos que deram forma ao sistema punitivo medieval, sendo certo que as penas serviram à centralização poder, prova disso, para além das denúncias alinhavadas por Alexandre Herculano, foi a supressão dos eficazes sistemas de conciliação germânicos, que foram sendo eliminados pelo poder central que emergia.

Não podemos dizer que o embasamento do sistema punitivo tinha algum lastro na corrente filosófica daquele tempo, mas que tanto o sistema punitivo, quanto o filosófico, deitavam raízes nos padrões religiosos da época, todos eles invadidos por pretensões mundanas dos detentores do poder, que instrumentalizaram os mitos religiosos em benefício próprio, hostilizando as lições básicas do cristianismo, de humildade e caridade.

Seja no sistema antigo, seja no medieval, tanto nas Américas quanto na Europa, a ideia de *verdade* ou *Justiça* eram conceitos que deveriam ser adquiridos dos deuses e cumpria ao ser humano desvendá-los. Os medievais utilizavam-se da hermenêutica dos textos bíblicos, Sócrates utilizava os seus

⁷⁸ AGUIAR, Odílio Alves. *Ser, consciência e linguagem: horizontes da filosofia*. Educação em debate, Fortaleza, ano 21, v. 2, nº 38, 1999.

daimons, enfim, a metodologia era variada, mas a pretensão era sempre uma descoberta mística.

Podemos observar que, eventualmente, o sistema punitivo era fundamentado filosoficamente, como a Inquisição o foi em relação à São Tomás de Aquino, mas o escopo final era obter a vontade da divindade. Isso, conforme já foi dito, tendo em seu subterrâneo pretensões mundanas por poder e bens, adaptando os textos sagrados aos sabores dos interesses de ocasião.

Neste mesmo sentido, Oswaldo Henrique Duek Marques leciona que “os sacrifícios decorrentes da repressão dos impulsos são, em regra, determinados por uma minoria – detentora do poder - que determina de forma coercitiva tais repressões”⁷⁹. Desde a vingança de sangue, até a Inquisição, o impulso humano de poder ou vingança, bem como sua repressão, foi imputado aos deuses, gerando uma grande economia psíquica no aplicador da Lei, que escapava da responsabilidade pela sua decisão. Ao mesmo tempo em que imputar decisões política a judicias à vontade de deuses inibia qualquer sorte de contraditório, evitava a autorresponsabilização e consequente ônus psíquico pela decisão tomada. Paralelamente, essa inibição da possibilidade de análise crítica dava azo à instrumentalização das “ordens divinas” em favor do mensageiro dos “deuses”, conforme denunciado por Alexandre Herculano.

Tanto a manifestação primitiva de ódio, que gerava guerras tribais, quanto as pretensões imperiais de um Estado centralizado, eram justificadas pela vontade das divindades, conforme bem esclarecem Hans Kelsen e Émile Durkheim, em obras já citadas. Sigmund Freud considera que o homem busca através da religião a satisfação de seus desejos, definindo a crença como ilusão religiosa, nos seguintes termos⁸⁰:

Portanto, chamamos uma crença de ilusão quando se destaca em sua motivação o cumprimento de desejo, ao mesmo tempo em que não levamos em conta seu vínculo com a realidade, exatamente do mesmo modo que a própria ilusão renuncia a suas comprovações.

⁷⁹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Contribuições para a compreensão do nazismo, a psicanálise de Erick Fromm*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 102.

⁸⁰ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&M, 2010, p. 84.

Se Freud analisava o campo do inconsciente humano e as projeções que o ser humano lança ao objeto religioso, houve quem, corrompendo a proposta religiosa, simplesmente adaptou a fé aos seus interesses pessoais, o que foi, gradualmente, fazendo esse sistema perder sua legitimidade e ser substituído por outro mais *iluminado*, conforme veremos.

3. O FUNDAMENTO FILOSÓFICO DAS PENAS NA MODERNIDADE

3.1. A filosofia moderna

A filosofia moderna esta compreendida entre o século XV e o século XIX, filha da renascença e tributária dos estudos de René Descartes (1596-1650), especialmente em sua obra “Discurso sobre o Método”⁸¹, em que sistematiza o método baseados na razão. Trataremos conjuntamente a filosofia renascentista e a filosofia moderna.

Se os povos antigos se indagavam sobre o que seria “a verdade”, os modernos se indagavam sobre como chegar ao conhecimento “verdadeiro”, e sob qual método poderíamos atingir tais respostas. As antigas crenças, que eram herdadas de geração em geração, passaram a ser objeto de ceticismo, e o valor das tradições deixaram de ser suficientes para a sua manutenção. A consciência humana passou a exigir argumentos convincentes a respeito do mundo que o cerca. O ceticismo sobre as crenças antigas, e exigência de métodos racionais para a elaboração de respostas, deu um grande impulso às ciências exatas e demais campos do conhecimento humano, que foram iluminados pelas obras de Galileu Galilei, Isaac Newton, Rene Descartes, dentre outros.

Os grandes pensadores se esmeravam em demonstrar as razões de suas conclusões e a fundamentação lógica de sua obra, afastando-se, paulatinamente, do misticismo que campeava. Entretanto, a religião ainda tinha grande impacto, mesmo entre os cientistas. Neste sentido, Descartes trabalhou, com muito esmero, numa refinada distinção entre corpo e alma⁸². Se de um lado Descartes foi um grande mecanicista e estudiosos das ciências exatas, jamais deixou de ser um católico convicto⁸³, assim, a separação dogmática entre corpo

⁸¹ DESCARTES René. *Discurso do Método*. 4. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2004.

⁸² SILVA, Franklin Leopoldo. *Descartes: a metafísica da modernidade*. São Paulo: Moderna, 1993.

⁸³ DESCARTES, René. *Regras para a orientação do espírito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

e alma permitiu a separação metodológica entre ciência e religião, e entre filosofia e teologia.

Ao contrário de Descartes, Aristóteles, que inspirou toda a escolástica no período medieval, considerava corpo e alma indissociáveis⁸⁴, vinculando inexoravelmente o estudo da filosofia e da teologia em um único sistema. Descartes abre as portas para uma distinção metodológica entre as questões da alma e do corpo, conferindo autonomia metodológica às ciências. O elemento que marca a filosofia moderna é a epistemologia, ramo filosófico que se debruça sobre o método e limites do conhecimento humano, e com isso o caminho para se chegar às conclusões se torna um ramo autônomo da filosofia. Nesse sentido, diversas escolas rivalizaram sobre qual seria o melhor método.

Os racionalistas⁸⁵ defendiam que o conhecimento humano independeria de experiências empíricas, utilizando-se de deduções e intuições. Classificam como conhecimento *a priori* aqueles que são inatos e que suplantam a experiência no mundo, enquanto o conhecimento *a posteriori* seria posterior à experiência. São filósofos desta linha René Descartes, Baruch Spinoza e Immanuel Kant, todos eles filósofos de cariz platônico.

Os empiristas⁸⁶ argumentavam que o conhecimento só é elaborado por meio de experiências sensoriais. Este ramo da filosofia valoriza as evidências materiais, os testes e observações. São exemplos John Locke, George Berkeley e David Hume.

Os idealistas⁸⁷ defendiam que a realidade é fruto da mente humana e os limites da realidade seriam os limites da razão e da percepção humana. Arthur Schopenhauer e Hegel são os principais filósofos desta escola.

⁸⁴ LIMA, Orion Ferreira. *Uma discussão do problema mente-corpo em Descartes e Espinosa, a partir da neurofilosofia de Antonio Damásio*. Tese (mestrado em Filosofia) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências, 2007.

⁸⁵ MOSER, Paul. K.; MULDER, Dwayne. H.; TROUT, J. D. *A teoria do conhecimento: uma introdução temática*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

⁸⁶ MOSER, Paul. K.; MULDER, Dwayne. H.; TROUT, J. D. *A teoria do conhecimento: uma introdução temática*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

⁸⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Como podemos observar, há uma diferença fundamental entre a metodologia socrática e a metodologia da filosofia moderna. Conforme já expusemos, Sócrates argumentava que recebia informações de divindades - *daimons* –, como *verdades absolutas*, em estado puro, enquanto os modernos se preocupam em elaborar métodos para se buscar as respostas. Sócrates evitou o debate acerca dos limites da razão humana e sobre qual a metodologia mais eficaz para se adquirir o conhecimento, pois que o *conhecimento puro* seria extra-humano, ainda que tenha utilizado a maiêutica como método discursivo, conforme já explanado no capítulo anterior.

Os filósofos antigos não deixaram de debater sobre as formas e limites de aquisição de conhecimento, entretanto, os modernos se afastam das relações místicas e espirituais, para tentarem elaborar uma metodologia própria. Esse processo de desmistificação foi denominado por Max Weber de “desencantamento do mundo”. Essa expressão é utilizada na primeira fase de sua obra⁸⁸, especialmente na obra “A ética protestante e o espírito do capitalismo”⁸⁹ de 1920.

Max Weber tenta explicitar o lento e gradual processo em que o indivíduo se despe de tradições e crenças místicas herdadas e as substituiu por uma razão instrumental. Não que tais crenças fossem desprovidas de razão, mas o componente mágico foi sendo paulatinamente erodido e, em seu lugar, surge outra forma de racionalização, mas adaptada às grandes alterações sociais que ocorreram com o fim da idade média, como a explosão populacional dos centros urbanos e o início da construção do capitalismo. Weber elabora uma importante classificação quanto aos tipos de racionalidade: formal, substantiva, finalística e quanto aos valores⁹⁰.

A racionalidade formal está relacionada à metodologia empregada no sistema jurídico e econômico das sociedades modernas, com seus aparelhos burocráticos e regras bem delimitadas. A racionalidade substantiva se avizinha

⁸⁸ WEBER, Max. *Sobre algunas categorías de la sociología comprensiva*, in: Ensayos sobre metodología sociológica. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1982.

⁸⁹ WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁹⁰ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: EdUnB, 1991.

da formal, com a diferença de não se voltar a uma finalidade específica, ligando-se à disposição de valores compartilhados pela sociedade. A racionalidade finalística se caracteriza por um cálculo entre os meios e as pretensões, enquanto a valorativa se liga aos sentimentos.

Enquanto as instituições do mundo antigo se baseavam na tradição, no mundo moderno essas estruturas tomaram uma forma burocrática e hierarquizada. Daí o referido “desencantamento do mundo”, em que os antigos costumes foram substituídos por processos burocráticos, metodológicos e impessoais, com uma forte pretensão de eficácia, muito ligada ao novo sistema econômico que se formava. O método dominava não só as ciências, como também todo o aparelho estatal.

Essa racionalização instrumental integra uma profunda alteração da estrutura social, incluindo a separação entre Estado e Igreja e entre teologia e filosofia. Os antigos métodos, em que a metafísica era muito ligada ao mundo místico, foi sendo substituída por um pensamento instrumental e fortemente vinculado ao sistema econômico vigente.

Curioso notar que esse processo descrito por Max Weber, também é descrito por Gabriel Garcia Marques, no campo da literatura. Evidente que sua abordagem não é sociológica e sua pretensão é puramente literária, mas quem teve oportunidade de ler “Cem anos de solidão” notará que, nas sete gerações da família Buendia, é notável a evolução de uma sociedade arcaica e mágica para um sistema moderno e “desencantado”. O realismo fantástico do autor é manifestado com mais intensidade nas gerações antigas, e o componente místico vai sendo substituído por raciocínios desencantados, que se manifestam nas guerras e na apatia dos descendentes da família. No fim, a magia e o fantástico das gerações iniciais, com seus *tapetes voadores* e *fantasmas*, vai sendo substituída por um *outro mundo*.

No campo da filosofia o quadro foi o mesmo, toda a mística antiga e medieval foi dando espaço a outros padrões de raciocínio. Da Inglaterra colhe-se alguns dos principais filósofos “desencantados”. David Hume que, ao lado

de John Locke e George Berkeley, formam a famosa tríade do empirismo britânico, foi o ponto mais alto da racionalidade empírica.

Conforme mencionamos, Rene Descartes foi o autor que iniciou o pensamento filosófico moderno. Isso porque tentou criar uma metodologia própria para o estudo das questões materiais, afastando os parâmetros utilizados nos temas espirituais, mas David Hume foi além.

A separação entre corpo e alma de Descartes, que permitiu a separação entre filosofia e teologia, foi levada às últimas consequências em Hume. Este autor pretendeu aplicar a metodologia experimental para todos os fenômenos, inclusive os mentais, no que se opôs a Descartes, pois se afastou de qualquer elemento imaterial em suas pesquisas. Com isso defendeu a inexistência de qualquer fenômeno fora da experiência, desenvolvendo uma teoria do conhecimento tendo como base apenas dados demonstráveis empiricamente, exprimindo-a em sua principal obra: “Investigação sobre o entendimento humano” de 1748⁹¹.

Neste sentido, defendia que todo conhecimento é decorrente da experiência sensível, na qual divide em dois aspectos: impressões e ideias. As impressões seriam fruto de um dos cinco sentidos humanos (paladar, olfato, audição, tato e visão), enquanto as ideias seriam representações, criadas pela mente humana, para interpretar as impressões.

Ademais, as ideias se subdividiriam em: por semelhança (como um quadro que nos permite supor a paisagem original), por contiguidade (como ver um lago nos permite supor outros lagos semelhantes) e por causalidade (com base a relação de causa e efeito, que aprendemos em situações da experiência comum). Nesta ordem de ideias, Hume defende a tese de que tudo que conhecemos, e tudo que pensamos, decorrem das experiências vividas que, por semelhança, contiguidade ou causalidade, aplicamos para traçarmos uma linha de raciocínio. As experiências do passado são utilizadas para a elaboração do pensamento sobre os fatos do presente e do futuro.

⁹¹ HUME, David. *Investigação acerca do Entendimento Humano*. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

Essa nova delimitação do estudo filosófico representou um grande salto na distinção entre filosofia e teologia, o que, no aspecto político, estimularia a distinção entre Estado e Igreja. Não é de se surpreender que o pensamento de Hume tenha sido associado ao ateísmo e incluída no *index librorum prohibitorum*.

Outra importante distinção traçada por Hume⁹², e cara ao Direito, foi a relação entre *ser* e *dever-ser*. Essa distinção também decorre de sua tese empirista. Ensina o autor que não se pode deduzir o que *deveria ser* pelo que *é*, por serem duas formas de raciocínio distintas. Enquanto o *ser* emerge de um raciocínio descritivo e puramente factual, o *dever-ser* decorre de um raciocínio prescritivo. Note-se que, para quem supõe existirem *verdade absolutas*, *ser* e *dever-ser* se confundem pois, como em Parmênides⁹³, algo *é* ou *não é*.

Já em Santo Agostinho, que elaborou uma distinção entre a *cidade de Deus* e a dos homens, haveria espaço para uma tímida distinção entre *ser* e *dever-ser*, a primeira permearia o estado divino de perfeição e o segundo as prescrições humanas, mas foi com o pensamento de Hume que esta distinção tomou traços claros e definição própria. Segundo David Hume em “Tratado da Natureza Humana”⁹⁴:

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes.

O pensamento de David Hume foi a inspiração para o ponto máximo da filosofia da consciência: Immanuel Kant.

Immanuel Kant foi o filósofo que atingiu o ponto máximo da filosofia moderna e seu impacto só é comparável ao de Sócrates. Seu trabalho deu azo

⁹² HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Trad.: Débora Danowski. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

⁹³ CAVALCANTE DE SOUZA, J. *Os pré-socráticos*. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1978.

⁹⁴ HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 509.

ao que os demais estudiosos denominaram “revolução Copérnica” tamanha a relevância de suas conclusões. Após quase uma década de reflexões, esse autor publica sua obra prima: “Crítica da Razão Pura”. Nesta obra demonstra que, malgrado não podermos saber exatamente como são as coisas *em si*, uma vez que as percepções são limitadas pela potencialidade dos sentidos humanos, possuímos conhecimentos anteriores a qualquer experiência empírica, contrapondo-se à David Hume.

O autor traçou a distinção entre juízos analíticos e sintéticos. Os juízos analíticos são aqueles que extrai algo ínsito à coisa. Por exemplo, ao dizer que uma bola de basquete é redonda, o termo “redonda” está ínsito na ideia de bola, não há conhecimento novo nisso, é dizer, o predicado está contido no sujeito. Por outro lado, os juízos sintéticos possuem um predicado novo, como por exemplo dizer que certa bola de basquete é azul. Veja-se⁹⁵:

Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo que está contido (implicitamente) nesse conceito A, ou B está totalmente fora do conceito A, embora em ligação com ele. No primeiro caso chamo analítico ao juízo, no segundo, sintético.

Os juízos analíticos são sempre apriorísticos, pois que independem da experiência, mas podem ser comprovados empiricamente, enquanto os juízos sintéticos são *a posteriori*, pois exigem a experiência concreta. Neste sentido⁹⁶:

Portanto, os juízos (os afirmativos) são analíticos, quando a ligação do sujeito com o predicado é pensada por identidade; aqueles, porém, em que essa ligação é pensada sem identidade, deverão chamar-se juízos sintéticos.

Nada disso difere muito do que David Hume defendeu. Mas Kant vai além e identifica a existência de juízos sintéticos *a priori* e isso muda toda a filosofia moderna. De forma muito refinada, Kant argumenta que há conhecimentos anteriores à experiência, retomando, em outros moldes, a antiga filosofia platônica, conciliando-a com o empirismo de David Hume.

Os juízos sintéticos *a priori* representaram uma revolução no campo da filosofia. A intuição, como representação de um conhecimento, é anterior a qualquer experiência, e Kant defende a existência de intuições, como é o caso

⁹⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 42.

⁹⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

do tempo e do espaço. A percepção de tempo e espaço antecede qualquer experiência e são conhecimentos que tornam toda a experiência sensível possível. Com isso se conclui que o ser humano percebe o mundo através de padrões cognitivos determinados e anteriores à experiência.

A mente humana organiza todos os elementos extraídos de sua experiência e também elementos extraídos de sua intuição, como conhecimentos novos e anteriores à experiência, para permitir a construção do raciocínio. Juízos sintéticos *a priori* não são novidades na matemática e na geometria, por exemplo, todos sabemos que duas linhas paralelas jamais se encontram, cuja demonstração é impossível pois que anterior à experiência, mas este tipo de ideia não era descrita pela filosofia.

Em Kant, não é o *objeto* o centro do conhecimento, mas sim o *sujeito* cognoscente, daí a denominação *filosofia da consciência*, pois que o objeto só é conhecido ante a existência de um sujeito. As *verdades absolutas* da filosofia antiga passam a ser limitadas pela compreensão do sujeito e seus padrões cognitivos. Jürgem Habermas define bem a filosofia Kantiana da seguinte maneira⁹⁷:

Com Kant, a tarefa prescutora das possibilidades do conhecimento delimitou o alcance da ciência – da crítica – fundando uma teoria do conhecimento imune às questões da compreensão do ser inscritas no indizível, indecifrável e ilimitado mundo metafísico. Desta forma a filosofia se presume um conhecimento antes do conhecimento, abrindo entre si e as ciências um domínio próprio do qual se vale para passar a exercer funções de dominação.

Na filosofia, a comprovação da existência de juízos sintéticos *a priori* permitiu um novo campo de pesquisa, esquecido desde a superação da filosofia socrática, mas agora com os olhos voltados ao sujeito do conhecimento e não mais ao objeto do conhecimento.

Voltando os olhos para o sujeito do conhecimento, toda a carga que antes era entregue aos deuses e divindades é redirecionada à *práxis* humana. Se antes o objeto do conhecimento era pesquisado com o auxílio de divindades, agora ele é pesquisado por meio da análise do sujeito do conhecimento, é dizer,

⁹⁷ CHUERI, Vera Karan de. *Filosofia do Direito e Modernidade*. São Paulo: Ed. JM, 1995, p. 15-16.

o próprio homem. Da mesma forma, a filosofia empirista é superada no ponto em que se limitava à análise do objeto do conhecimento, sem considerar o problema do sujeito cognoscente em sua inteireza, sendo certo que desconsiderava a existência de juízos sintéticos *a priori*.

A moral deixa de ser externa ao ser humano e passa a ser estudada sob o prisma do sujeito do conhecimento. Com isso a metafísica volta à ordem do dia, mas desta vez sob a ótica do sujeito, e não ontologicamente, como na filosofia antiga. Neste sentido ensina Miguel Reale⁹⁸:

É sabido que uma das contribuições fundamentais e decisivas de Kant consiste no reconhecimento da função ativa e constitutiva do espírito, enquanto dotado da faculdade de síntese ordenadora dos dados sensíveis, para a determinação da experiência e a constituição fenomênica dos objetos, pondo em correlação necessária a 'experiência possível' com 'as condições lógicas de possibilidade' inerentes ao sujeito cognoscente consideradas de maneira universal, isto é, não como individualidade empírica, mas como 'consciência em geral'.

A crença na capacidade da razão do indivíduo permitiu a todos os filósofos modernos, especialmente Kant, trilharem, dentro de suas próprias consciências, caminhos hipotéticos para se atingir verdade absolutas. Otimista em relação à sua própria capacidade individual de reflexão, Kant criou uma fórmula para auferir se uma assertiva pode ser um princípio universalmente aplicável, ou não, elaborando a seguinte regra: “Age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”⁹⁹. Este tipo de princípio universal foi denominado imperativo categórico.

Sem entrar no refinado caminho que Kant trilhou para chegar às suas conclusões, podemos notar que há apenas uma consciência atuando, a do próprio autor. Como um sujeito solipsista, Kant se considera apto a desvendar questões filosóficas apenas por meio de sua reflexão pessoal. Nesta ordem de ideias, acreditava-se que, através da consciência individual, poder-se-ia atingir algum grau de verdade. O sujeito solipsista¹⁰⁰ (Selbstsüchtiger), ensimesmado

⁹⁸ REALE, Miguel. *Meditações Sobre a Experiência Ética*. Revista Brasileira de Filosofia, vol. XVII, faz. 68, out-dez/67, p. 382.

⁹⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 129.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

em sua própria consciência, criava, refletia, refutada ou acatava as ideias, por meio única e exclusivamente de sua razão particular, a que pretendia força universal.

O problema do sujeito solipsista é lapidaramente descrito por Edgar Allan Poe, quando analisa sua própria obra literária. O autor de “O corvo” confessou que ele, e qualquer bom escritor, sempre começa a obra pelo final e, em seguida, cria toda a narrativa que justifica a história. Vejamos em suas palavras¹⁰¹:

Charles Dickens, numa nota que está aqui na minha frente, aludindo a uma análise que fiz os mecanismos de “Barnaby Rudge” diz: “Por falar nisso, você sabia que Goldwin escreveu o seu “Caleb Williams de trás para frente? Primeiro ele envolveu o seu herói numa teia de dificuldades, formando o segundo volume, e então, para o primeiro, imaginou uma maneira de dar conta do que tinha feito.

... É bastante óbvio que todo enredo, que mereça esse nome, deve ser elaborado até o fim antes que o autor escreva uma só linha. Só tendo em vista, constantemente, o final da história é que podemos dar a um enredo seu indispensável ar de consequência, ou causa, fazendo com que os incidentes, e especialmente o tom, apontem, o tempo todo, para o desenvolvimento da intenção.

O fato de o escritor saber o final do livro, enquanto o escreve, revela o problema de qualquer linha de raciocínio solipsista. A bagagem cultural e histórica de cada um vincula sua visão de mundo, e já temos respostas antes mesmo das perguntas. Os argumentos surgem após as respostas apenas para justificá-los. Karl Engisch já denunciava o problema “de se escolher, caso a caso, qual interpretação que se conduza ao resultado mais satisfatório”¹⁰².

Há o perigo da decisão já estar firme antes mesmo do processo, seja consciente, seja inconscientemente. A crença de Kant, de que sua razão individual poderia desvendar verdades universais, esbarra no problema da consciência humana, que Sigmund Freud descobriu, anos depois, ser regida por instâncias ocultas. Historicamente sempre houve a ideia de que existem influências, fora do controle da razão humana, aptas a alterar os padrões comportamentais e cognitivos de uma pessoa. Como exemplo podemos citar a crença das tentações diabólicas, influência dos deuses, e outras formas místicas que se supunham aptas a vincular o comportamento de uma pessoa. Desde

¹⁰¹ POE, Edgar Allan. *A filosofia da composição*. Rio de Janeiro: Editora 7 Letras, p. 17-18.

¹⁰² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 95.

sempre se acreditou que a consciência humana não era a rainha da razão, e que outros fatores poderiam alterar o pensamento.

No século XVIII, Friedrich Schelling¹⁰³ já utilizava o termo inconsciente, em sua obra “Sistema de idealismo transcendental”. Em 1880 Edmond Colsenet defendeu uma tese sobre o inconsciente na Universidade Sorbonne: “Estudos sobre a vida inconsciente”, em que parte dos estudos de Edouard Von Hartmann, especialmente sua obra: “a filosofia do inconsciente” de 1877, mas foi com Sigmund Freud que este conceito ganhou luzes.

Há atos psíquicos e comportamentos que a análise da consciência não é apta a esclarecer, como é o caso de atos falhos, lembranças encobertas e certos sintomas psíquicos internalizados em instâncias mentais profundas. Todos estes fenômenos, alheios aos limites da consciência, são como instâncias parcialmente ocultas dentro do sujeito. Esta instância é regida por regras próprias e não está limitada pelos parâmetros de tempo e espaço a que circunscreve a consciência. Neste ambiente se encontram as chamadas pulsões de vida e de morte, o impulso sexual, o impulso destrutivo e todos os desejos que escondemos de nós mesmos. Neste sentido, Freud e Breuer, em trabalho conjunto, pontificam¹⁰⁴:

O campo da atividade psíquica representacional não coincide, pois, neles com o da consciência potencial; este é mais limitado que aquele. A atividade psíquica representacional se decompõe em consciente e inconsciente, e as representações, em suscetíveis e insuscetíveis de consciência. Não podemos, então, falar de uma cisão da consciência, mas sim de uma cisão da psique.

A crença na confiabilidade da razão humana foi sendo erodida, seja pela irracionalidade que se verificou pelas duas guerras mundiais, seja pela própria percepção da ciência, que identificou instâncias psíquicas diversas da consciência. Com isso, a promissora filosofia da consciência perde seu folego na primeira metade do século XX, sendo certo que o inconsciente trouxe luz aos reais impulsos que dirigem a razão humana. Outro grande psicanalista, Lacan, pontificou que o inconsciente emerge ao consciente por meio da linguagem. E é

¹⁰³ VIEIRA, Leonardo Alves. *Schelling*. São Paulo: Jorge Zahar Editora, 2007.

¹⁰⁴ FREUD, Sigmund e Breuer J. *Estudios sobre la histeria*, in: Sigmund Freud Obras completas. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1998.

com a linguagem que a filosofia encontrou novos caminhos, conforme se verá no próximo capítulo.

3.2. As penas na Idade Moderna

3.2.1. O renascimento

Finda a Idade Média, o renascimento (século XIV-XVI) trouxe avanços significativos em várias áreas do conhecimento. Entretanto, como a evolução não ocorre por saltos, inúmeros padrões e chaves de interpretação medievais se fizeram sentir, de forma bastante significativa, nesta nova fase da experiência humana.

Se nas ciências em geral o pensamento de Rene Descartes (1596 -1650) era a tônica, no Direito, a base deísta foi dando espaço para um jusnaturalismo iluminista. Essa transição foi muito bem resumida em uma frase de Hugo Grócio (1583-1645): “etiamsi daremos non esse Deum”, é dizer, “o compromisso vale mesmo na hipótese de Deus não existir”¹⁰⁵. Esta pequena máxima simboliza uma necessidade de abandonar a fundamentação do Direito pela religião. E assim se seguiu.

Conforme já explanado, Descartes é considerado o primeiro pensador moderno. Sua metodologia exigia a observação de indícios concretos e análise de padrões racionais. Não obstante, o Direito ainda se ancorou num especulativo Direito Natural por algum tempo. A ideia do jusnaturalismo ainda é filha de uma base metafísica, é dizer, supõe uma ordem normativa ideal, indemonstrável, cuja origem não se tem notícia e está inscrita na consciência humana. O modelo renascentista ainda era tributário de “elementos teológicos que, implícita ou explicitamente, apareciam nesse discurso ‘secularizado’ de construção lógico-sistemática do pensamento jurídico”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 37.

¹⁰⁶ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gamberlini e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 143.

Esse jusnaturalismo iluminista pretendia afastar a base deísta para uma fundamentação idealista. A rigor, ambas não diferem em essência, apenas há a substituição da religião por uma suposta racionalidade idealista, que a filosofia da linguagem desvendará como semelhante, conforme será exposto no próximo capítulo. Alguns séculos mais tarde, as teses contratualistas passaram a fundamentar o Estado e o Direito, com o pensamento de Jean Jacques Rousseau (1772-1778). Da mesma forma, o contratualismo se utiliza de um instrumental metafísico, consubstanciado num contrato fictício, cuja origem está fora do tempo e do espaço. O jusnaturalismo criou uma ordem fictícia das coisas, fora do tempo e do espaço, enquanto os contratualistas resolveram criar um contrato fictício, também fora do tempo e do espaço.

Podemos observar que o afastamento da base religiosa cedeu lugar a construções abstratas, frutos da criatividade humana. Tanto o Direito Natural, quanto o contrato social inexistem no mundo fático e exercem um papel simbólico para fundamentar o Estado e a ordenação social. Curioso notar que, séculos depois, o principal positivista, Hans Kelsen, continuou se valendo de um conceito abstrato (norma hipotético fundamental) para fundamentar sua ordem hierárquica de normas.

O Direito Penal foi a reboque do sistema jurídico geral, com sua autonomia bastante reduzida, tanto que Hobbes e Pufendorf o incluíam como apenas “uma parte das leis positivas unitariamente consideradas”¹⁰⁷. Foi apenas com o Marquês de Beccaria que o Direito Penal tomaria a forma de um ramo autônomo, com princípios próprios.

3.2.2. O Marquês de Beccaria: primórdios da Escola Clássica

O movimento iluminista que tomou a consciência e espírito da Europa no século XVII se irradiou para diversos campos do conhecimento, incluindo o

¹⁰⁷ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo, *A Teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros: A construção do direito penal contemporâneo na obra de P.J.A.* Tese (Doutorado em Direito) - USP, 2008, p. 138.

Direito Penal. Com a crítica ao absolutismo, que já não era admitido na Idade Moderna, o Direito Penal teve de ser repensado, pois que servia de instrumento do Estado absolutista medieval. Se a punição era justificada por ordens divinas, sistema esse que transpassou a época antiga e adentrou na era medieval, simbolizado pelo Tribunal do Santo Ofício, a era moderna separa a religião do Direito, motivo pelo qual era necessário engendrar uma nova fundamentação.

Com os ventos das revoluções liberais do século XVII, a consciência humana passou a repudiar as penas cruéis da era absolutista. A brutalidade e violência possuíam uma razão manifesta: o Estado absolutista era tributário de um cipoal normativo e uma força bélica apta a manter cada um dos estratos sociais cumprindo a sua função. Qualquer comportamento desviado representava um risco para o monarca, que era o próprio Estado encarnado.

Com o arrefecimento do Estado absolutista, clamou-se por formas humanas, justas e proporcionais de punir os criminosos, e foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que tais pleitos encontrar sua primeira base simbólica de existência. Nesse sentido leciona Oswaldo Henrique Duek Marques¹⁰⁸ que “com o fim do absolutismo, as sanções, por via de consequência, perderam a função de reafirmar o poder do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade”.

Como o Estado absolutista estava *hors du temps*, toda aquela brutalidade e força exercida contra os súditos perdeu sua razão de ser. Ademais, as restrições ao poder dos governantes, antes limitadas apenas por Deus, estava expressa pelo novo sistema constitucional, ainda inscípiente. Mas não foi só quanto à intensidade da punição que o pensamento da era moderna se insurgiu, a fundamentação também foi objeto de crítica, uma vez afastada a fundamentação mística.

O caldo cultural que precipitou as mudanças políticas e sociais cujos símbolos maiores são a revolução Francesa de 1789-1799, e a Revolução Americana de 1776, foi lastreada, para além das revoltas sociais, no pensamento

¹⁰⁸ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 103.

de alguns autores, um especialmente caro ao Direito Penal : Cesare Bonessana, o Marquês de Baccaria.

Marquês de Beccaria foi um economista¹⁰⁹, cujo pensamento representou o divisor de águas para o Direito Penal, pois foi a primeira expressão firme de fundametação racional da pena. Sua obra magna, *Dei delitti e delle pene*, de 1764, um pequeno livro em linguagem coloquial, traça, sem contestação, os parâmetros e as linhas gerais da penas no Estado moderno sendo, também, reconhecido como o primeiro abolicionista da pena de morte, ainda que ele a admitisse em casos excepcionais¹¹⁰, como deixou expresso na obra citada e em “Voto sobre a pena de morte”¹¹¹.

Palmilhando um critério utilitarista, Cesare Bonesana argumenta que a pena de morte seria inútil para a prevenção geral pois que inócua para quem tem o propósito de praticar crimes¹¹², este pensamento veio ao encontro das pretensões liberais que nasciam. Nesta ordem de ideias, Oswaldo Henrique Duek Marques assevera que¹¹³:

Na visão de Foucault, o acolhimento do abrandamento das sanções penais no século XVIII não é causado pela alteração da sensibilidade das pessoas, mas, sim, em virtude dos interesses que irão reger a nova prática governamental do liberalismo, pelas duas vias mencionadas de delimitação do liberalismo – direitos naturais e utilidade (fatos concretos) – cujos reflexos procuraremos analisar na obra de Beccaria, Dos Delitos e das Penas (1764), que marcou o início da corrente clássica no âmbito penal.

O carácter utilitarista se manifesta nos interesses liberais da burguesia que emergia, e a privação de liberdade poderia prevenir mais eficazmente outros delitos¹¹⁴, pelo fato do prolongamento no tempo da punição prolongar a

¹⁰⁹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Beccaria e Freud: reflexões sobre o sistema punitivo a partir do olhar de Foucault*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, n. 43, p. 69-79, Abril-Junho/2016, p. 73.

¹¹⁰ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Reflexos penais do liberalismo em Beccaria: uma leitura a partir de Foucault*. APMP Revista, São Paulo, ano XIV, n. 54, janeiro a março/2011.

¹¹¹ BONESANA, Cesare. *Voto sobre a pena de morte*, In: *Questões criminais*. Bauru: Edipro, 2006.

¹¹² DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Reflexos Penais do liberalismo em Beccaria: uma leitura a partir de Foucault*. APMP Revista, São Paulo, ano XIV, n. 54, janeiro a março/ 2011.

¹¹³ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Beccaria e Freud: reflexões sobre o sistema punitivo a partir do olhar de Foucault*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, nº 43, p. 69-79, Abril-Junho/2016, p. 73.

¹¹⁴ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Reflexos Penais do liberalismo em Beccaria: uma leitura a partir de Foucault*. APMP Revista, São Paulo ano XIV, n. 54, janeiro a março/ 2011.

mensagem. Para arrematar, a brutalidade da pena de morte seria uma incoerência em relação a um Estado que pune o homicídio. Apenas em duas situações seria justa a pena de morte¹¹⁵:

...o primeiro, quando, ainda que privado da liberdade, ele conserva poder e relações tais que podem afetar a segurança nacional; o segundo, quando sua existência pode produzir uma revolução perigosa para a forma de governo estabelecida. Assim, a morte de algum cidadão se torna necessária quando a nação recupera ou perde sua liberdade, ou, em tempos de anarquia, quando as próprias desordens tomam o lugar das Leis.

Para além da crítica à expansão da pena de morte, Beccaria fundamenta as punições não mais na ordem divina, mas sim na prevenção geral¹¹⁶ e segurança. A medida da pena seria, então, a necessidade. É bastante evidente o pensamento utilitarista que o informava, linha de raciocínio que era usual no campo da economia, ainda que a linha filosófica adotada fosse, expressamente, o contratualismo. Conclui que a pena deveria *ser sempre pública, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e ditada pelas Leis*¹¹⁷:

A pena deve ser pública, paradigma que vige até hoje, e não era uma novidade na época. As punições devem ser de conhecimento geral da sociedade, pois seria a divulgação da pena que inibiria os impulsos delituosos das demais pessoas. A ideia de necessidade é um ponto central do pensamento liberal, expresso no artigo 8º da Declaração de 1789 e princípio que informa o Direito Penal moderno. Veja-se:

Artigo 8º- A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Dentre as penas legalmente cominadas, deve-se aplicar na menor quantidade possível, princípio esse também de cariz utilitário, que segue a máxima “o máximo de felicidade, com o mínimo de sofrimento”, típico do pensamento utilitarista de John Stuart Mill.

¹¹⁵ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 109.

¹¹⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p.110.

¹¹⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 139.

O pensamento de Beccaria ganhou o mundo e gerou frutos, especialmente na França. Foi com Voltaire, na obra “Comentários sobre o Livro *Dos delitos e das penas*”, 1766, que Beccaria se tornou popular na França. Jean Paul Marat (1743/1793), um dos principais atores da Revolução Francesa, também teve em Beccaria sua inspiração, sendo certo que defendia expressamente a prevenção geral negativa¹¹⁸, sem perder de vista que, antes de punir, cumpria que o Estado oferecesse condições educacionais mínimas às pessoas¹¹⁹.

Franco Venturi¹²⁰, citado por Oswaldo Henrique Duek¹²¹, sustenta a tese de que foi Beccaria quem desvinculou a ideia de pecado da ideia de crime. Essa desvinculação é cara aos iluministas e, no campo penal, aguardou a tinta de Beccaria para vir a lume. Por todos, é de Roberto Lyra a melhor síntese da herança que Cesare Bonesana legou¹²²:

Beccaria pugnou por um Direito penal leigo, preventivo, com bases e limites, pela prévia legalidade de crime e pena, pela publicidade, regularidade, rapidez e lealdade do processo e do julgamento, (...), proporcionalidade entre crime e pena..., pela aplicação da pena somente em casos de necessidade, impondo-se sempre a menor, segundo as circunstâncias.

Nesta mesma época¹²³, um penalista mexicano, influenciado pela obra de Beccaria, refinou o pensamento iluminista europeu, lançando as bases de diversos princípios que informam o Direito Penal até os dias de hoje. Manuel de Lardizábal e Uribe (1744-1820), nomeado pelo Rei Carlos III da Espanha para reformar o sistema Penal daquele País, engendrou alguns dos mais caros princípios penais hodiernos.

Paradoxalmente, Manuel de Lardizábal e Uribe foi hostilizado pelos iluministas da época, eis que ferrenho defensor da monarquia e dos dogmas

¹¹⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 117.

¹¹⁹ MARAT, Jean Paul. *Plan de Legislación Criminal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 59.

¹²⁰ VENTURI, Franco. *Utopia e reforma no iluminismo*. Trad. Modesto Florenzano. Bauru: Edusc, 2003, p. 189-90.

¹²¹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 111.

¹²² LYRA, Roberto. *Novo direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1946. v. 2, t. 1, p. 46.

¹²³ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p.119.

Cristãos. Não obstante, seu pensamento é tido como precursor da ideia de proporcionalidade das penas¹²⁴, responsabilização penal apenas diante da presença de dolo ou culpa¹²⁵, além de ter sido um pioneiro na análise de como o cárcere degrada ainda mais o criminoso, pois que observou os apenados saindo piores dos presídios do que quanto neles adentraram.

Se as lições de Beccaria influenciaram toda a Europa latina, sua influência não se fez menor na Inglaterra. A distinção entre os deveres jurídicos e os religiosos foi levado à Inglaterra por Sir Willian Blackstone¹²⁶, que também distinguiu a Lei Penal das demais Leis.

Também na Inglaterra, Jeremy Bentham (1748-1832) se destacou como pensador da escola utilitarista, seu forte antagonismo ao jusnaturalismo deísta fê-lo ser hostilizado pelos conservadores de seu país, mas sua contribuição à ciência penal é maiúscula. Enquanto utilitarista, foi mais enfático, até mesmo em comparação à Beccaria, na separação entre Direito e religião, revelando algo que muitos sabiam, mas poucos ousavam denunciar: “a pretensão em que o homem faz as vezes de Deus”¹²⁷. Revelou a utilização da fé como instrumento de poder, na medida em que o Clero se arvorou deste poder, à revelia do proveito de toda sociedade¹²⁸. Objeto das críticas de Michael Foucault¹²⁹ quanto ao sistema panóptico, a contribuição de Bentham para a estruturação do moderno Direito Penal é indene de dúvidas. Na obra “Teoria da Penas Legais”¹³⁰, este autor traça alguns parâmetros que informam a aplicação das penas e ecoam até os dias atuais.

¹²⁴ ORTIZ, Serafín Ortiz. *El primer penalista de habla hispana: Don Manuel Lardizábal Y Uribe*. Publicación Electrónica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, ano 2013, n. 9, p. 89-94.

¹²⁵ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p.119.

¹²⁶ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros: A construção do direito penal contemporâneo na obra de P.J.A.* Tese (Doutorado em Direito) USP – 2008, pp. 103.

¹²⁷ BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002, p. 242.

¹²⁸ BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002, p. 243.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

¹³⁰ BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002.

Em brevíssima síntese, compilamos deste autor as qualidades que devem ter as penas¹³¹: *Certeza, divisibilidade, comensurabilidade, analogia, ser exemplar, economia, reparabilidade, inibir a vontade de fazer o mal, tendência ao melhoramento moral, gerar algum proveito, simplicidade e publicidade.*

A divisibilidade e comensurabilidade se ligam à dosimetria, com o fito de se adaptar a reprimenda ao fato concreto.

Ser exemplar, econômica, tirar algum proveito e inibir a vontade de praticar outros delitos, é a tinta do utilitarismo, de que decorre as teorias da prevenção da pena. As penas devem ser, então, as menores possíveis para gerar a inibição da prática de crimes, medindo a pena em função das características do crime.

Reparabilidade é o argumento que inibiria a pena de morte, pois que, afastada a fundamentação mística, o aplicador da Lei é passível de erro. Assim, contrapondo-se a ideia absolutista que *the king can do no wrong*, Bentham reconhecia que o sistema judicial poderá falhar, motivo pelo qual as penas deveriam poder ser revistas.

Por fim, quanto a analogia cumpre que nos alonguemos um pouco mais. Defende este autor, que as penas deveriam variar conforme o delito. Bentham faz um longo esforço na tentativa de encontrar uma lógica entre o ato delituoso e o ato de punir, pois que “para estabelecer a analogia entre o castigo e o crime, é preciso que a haja neste, alguma circunstância notável que se possa transferir para o castigo”¹³².

Disso se extrai uma proposta pragmática de proporcionalidade, não só entre os diversos crimes e suas penas, mas também entre o fato criminoso e a punição. Neste sentido¹³³: “A pena deve ser análoga ao delito. Se a pena tem uma semelhança característica com o crime, imprime-se mais profundamente na

¹³¹ BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002, p. 34.

¹³² BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002, p. 43.

¹³³ BENTHAM, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. São Paulo: Edijur, 2002, p. 35-36.

memória, entranha-se na impugnação com mais viveza”. Ressalte-se que Bentham, expressamente, se afasta da Lei do Talião, tentando imprimir notas civilizadas para essa sua analogia, em um grande esforço argumentativo, que não foi acatado pelas legislações em geral.

Podemos observar que, nos dias atuais, há uma preocupação quanto proporcionalidade externa à relação crime/pena. É dizer, tenciona-se que crimes mais graves tenham penas maiores do que os crimes menos graves, numa relação de proporção de um crime em relação a outro crime. Essa distinção entre o que aqui denominamos proporcionalidade interna e externa, é classificada como proporcionalidade ordinal e cardinal por Andrew Von Hirsch¹³⁴. Proporcionalidade cardinal se liga à relação entre o crime e a pena, enquanto proporcionalidade ordinal se refere à relação com o sistema inteiro, é dizer, a relação das penas e dos crimes entre si, essa última é o que chamamos de proporcionalidade externa.

Patrícia Vanzolini¹³⁵ afirma que a proporcionalidade interna (cardinal), apresenta maior dificuldade conceitual, exatamente por não ser relacional, isso, em outras palavras, decorre da inexistência de relação entre a natureza da sanção e a natureza dos crimes. Não se converte vida em tempo de privação de liberdade, como o caso do homicídio. A autora reflete que:

Para tanto, o autor desenvolve os conceitos de proporcionalidade ordinal (aquela que permitirá equilibrar os crimes dentro da uma escala pré-determinada, guardando as relações de congruência, incongruência e espaçamento entre eles) e cardinal (que permite estabelecer os limites da própria escala – conceito que, justamente por não ser relacional, apresenta a maior dificuldade conceitual) que devem guiar os legisladores e juízes como forma de atingir aquele objetivo¹³⁶.

Diante dessa dificuldade, a proporcionalidade interna, entre o crime e sua pena, não é objeto de análise. É dizer, em si mesmo, não há relação de proporcionalidade entre um crime de homicídio e a pena de reclusão de 6 a 20 anos, nos termos do artigo 121 do Código Penal. Não há um critério que relacione a quantidade de reclusão com a gravidade do crime, isso porque são

¹³⁴ HIRSH, Andrew Von. *Censurar y Castigar*. Madrid: Trotta, 1998.

¹³⁵ VANZOLINI FIGUEIREDO, Maria Patrícia. *Nêmesis: o papel da vingança no Direito Penal*. Tese (Doutorado em Direito), PUC-SP, 2014.

¹³⁶ VANZOLINI FIGUEIREDO, Maria Patrícia. *Nêmesis: o papel da vingança no Direito Penal*. Tese (Doutorado em Direito), PUC-SP, 2014, p. 91.

de naturezas diversas, de um lado há a vida e de outro há a privação da liberdade.

Até então o único critério teórico entre o fato e sua punição era, ainda, a lei de Talião, em que a natureza do fato é equivalente à natureza da resposta punitiva. Superada a Lei de Talião, não havia, como atualmente ainda não há, qualquer relação quanto à natureza do crime e sua sanção. O objeto material de um furto, de um roubo ou de um homicídio são rigorosamente diversos entre si, entretanto, a natureza da sanção é similar: privação à liberdade e pena pecuniária.

Bentham propôs uma distinção não só quantitativa, como qualitativa em relação às penas, pretendendo alguma lógica interna entre o crime e a sua pena. Tanto quanto o Marquês de Beccaria, defendia a menor quantidade de sofrimento na aplicação da pena, apto a surtir um efeito social positivo, afastando, assim, o sentimento de vingança na aplicação das penas estatais.

A forte preocupação em demonstrar alguma lógica entre a pena e o crime tinha como escopo a aceitabilidade pela sociedade. Se antes o argumento da base divina do Estado era suficiente para a aceitação das punições, a *conscience du temps* exigia argumentos de cunho racional para a aceitação social. Não há dúvidas de que a tentativa de Bentham em criar alguma relação entre pena e conduta foi um fracasso, pois que jamais foi aplicada, entretanto, um festejado penalista norte-americano tem tentado alinhar essa relação, mas seguindo outro caminho.

Paul H. Robinson¹³⁷, em tradução de Manuel Cândio Meliá, o que demonstra que seu pensamento já adentrou na dogmática espanhola, faz uma profunda análise a respeito da utilidade das penas e sua quantificação. Esse autor se utiliza de um forte instrumental empírico, e diversas pesquisas de campo, para concluir que o principal motivo das pessoas obedecerem às normas

¹³⁷ ROBINSON. Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal – A quién debe sancionarse y em qué medida*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

legais não se relaciona ao medo da pena, mas sim à legitimação do sistema jurídico, em razão de seu procedimento¹³⁸.

Neste sentido, há uma opinião intuitiva das pessoas acerca da quantidade das penas, motivo pelo qual o autor se baseia em pesquisas de campo, investigando a opinião das pessoas¹³⁹ quanto à quantidade de pena a ser aplicada em cada delito. Curiosamente, não há muita variação quanto à quantificação das penas em relação aos delitos, na opinião geral das pessoas¹⁴⁰. Seguindo o autor, em homenagem à legitimação do sistema penal e ao princípio democrático, os Códigos deveriam se fitar na vontade da sociedade para cominar as sanções em abstrato. É uma proposta que se insere no contexto das teses procedimentalistas¹⁴¹ que, concorde-se ou discorde-se, é um critério para a fixação das penas abstratamente cominadas.

Na esteira das lições de Beccaria, toda uma geração de juristas, especialmente na Itália e Alemanha, passou a estudar o fenômeno do crime de forma sistematizada, dando azo à primeira manifestação dogmática do Direito Penal moderno: a escola clássica que, malgrado a heterogeneidade de seus autores, possui traços bem delimitados e embasamento filosófico identificável, conforme se verá.

3.2.3. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach: a Escola Clássica Alemã

Se o iluminismo trouxe à humanidade a limitação do poder soberano e inaugurou o Estado moderno, foi com Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775 – 1833) que o Direito Penal moderno teve suas linhas atuais bem definidas. Eugênio Raul Zaffaroni aponta Feuerbach como uma ponte que

¹³⁸ ROBINSON. Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal – A quién debe sancionarse y em qué medida*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 17.

¹³⁹ ROBINSON. Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal – A quién debe sancionarse y em qué medida*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 17.

¹⁴⁰ ROBINSON. Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal – A quién debe sancionarse y em qué medida*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 17.

¹⁴¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

ligou dois pensamentos: “o iluminismo que marcou uma época filosófico-política do Direito Penal e uma outra etapa positivista e científica”¹⁴².

Depois dele, uma plêiade de juristas germânicos seguiu suas pegadas no contexto do classicismo, como é o caso de Wach, Oetker, Finger e Allfeld¹⁴³. Ao contrário do classicismo italiano, na versão germânica as tradições teológicas foram significativamente menores, ainda que a ideia de retribuição fosse forte, mas com lastro puramente filosófico. Algumas distinções que hoje vigem, sem resistência, foram construções que este autor defendeu, com grande dificuldade em sua época, dentre elas a distinção entre Direito e moral, o conceito de prevenção geral negativa, a distinção entre o ilícito penal e o ilícito em geral e uma tentativa de conciliar a ideia de prevenção e retribuição, como fundamento da pena.

A ideia de retribuição, superada a fundamentação teológica, é tributária dos estudos de Kant, especialmente ancorado no conceito de *imperativo categórico*. Por outro lado, foram os utilitaristas que engendraram alguns fins mais pragmáticos à pena, elaborando, ainda que de forma embrionária, os conceitos de prevenção geral das penas. Não podemos perder de vista que o lastro filosófico do conceito de retribuição e o do conceito de prevenção são antitéticos, um idealista e outro utilitarista.

Sabe-se que a ideia de retribuição permeou toda a idade antiga e a era medieval, consubstanciada nas teses teológicas das penas, ainda que Kant a fundamente com uma densa carga filosófica. É bastante seguro que o pensamento de Feuerbach deita raízes nas lições de Kant, como aliás toda a modernidade é tributária, entretanto, este autor trilhou o perigoso caminho de tentar compatibilizar o retributivismo kantiano, com as teses utilitaristas, refinando-as, para delimitar o que hoje se conhece como prevenção geral negativa.

Duas correntes filosóficas antagônicas são utilizadas para fundamentar as penas, criando um certo sincretismo, que é pouco notado nos dias atuais. De um

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁴³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 110.

lado há uma larga história da civilização que considerava a pena como retribuição, filha não tão distante da vingança, e de outro lado há uma tentativa de se vislumbrar alguma utilidade prática para as penas. Esse sincretismo não foi uma novidade de Feuerbach, sendo certo que já era observado no Marquês de Beccaria. Entretanto, especialmente pelo fato de Beccaria ser um economista, sem formação jurídica, foi com Feuerbach que tal construção teórica tomou corpo.

Há um certo constrangimento em crer que as penas são, ainda hoje, fundamentadas meramente na retribuição, assim, *c'est bon pour les oreilles*, acreditar nas funções preventivas das penas, cuja plusibilidade empírica é contestável. Por tudo isso, é compreensível que as legislações modernas incluam a prevenção e a retribuição como fundamentos da pena, gerando um “utilitarismo com justiça” ou, trocando a ordem, uma “justiça com utilidade”. Nesse sentido, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, desvendando essa inconsistência teórica, denuncia¹⁴⁴:

É o que Cattaneo (1984:188) chama de “utilitarismo mascarado pela justiça”, assim descrito por Naucke: “a tentativa de Feuerbach de ligar, no âmbito da pena, utilidade e justiça, abriu – contra as concepções kantianas ou kantianistas – a carreira do utilitarismo travestido de justiça no âmbito das penas” (apud Cattaneo, cit). Para o bem ou para o mal. Este sincretismo marcou o desenvolvimento do direito penal contemporâneo...

Ao largo dessa confusão filosófica, foi com Feuerbach que nasceu o Direito Penal moderno. Dentre seus méritos se destacam: separação entre os ilícitos em geral e os ilícitos no campo penal, a teoria da prevenção geral negativa, a separação rigorosa entre Direito e moral, além da separação dogmática entre Direito Penal e Processo Penal como ramos autônomos.

A separação entre Direito e moral, repudiada pelos jusnaturalista da época, teve em Feuerbach seu sincero defensor. Com lastro no pensamento de Kant, especialmente em *Metafísica dos Costumes* (1985), o autor emprega um critério objetivo para fazer essa distinção: obrigações meramente internas estão no campo da moral, enquanto aquelas externamente tuteladas estão no campo

¹⁴⁴ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros: A construção do direito penal contemporâneo na obra de P.J.A.* Tese (Doutorado em Direito), USP – 2008, p. 148.

do Direito. Rafael Mafei Rabelo Queiroz, citando o próprio Feuerbach, em tradução livre, externa que¹⁴⁵:

É impossível que uma ação seja antijurídica sem chocar com o direito externo, pois só o é uma ação (exterior) que lesiona um direito, ou o põe em perigo. A mera intenção antijurídica não proporciona a uma ação nenhuma característica de ilicitude... (Lehnbuch, 42, nota c).

Essa distinção foi um grande avanço no campo do Direito Penal, pois que as atitudes meramente internas, é dizer, na esfera psíquica, estão fora do âmbito de abrangência do Direito Penal. Com isso, qualquer resquício da ideia de pecado é expurgado do Direito Penal, pelo menos no que se refere à dogmática.

Curioso notar que foi seu filho, Ludwig Feuerbach¹⁴⁶, quem levou esse afastamento de toda fundamentação teológica mais adiante. Esse autor defende que toda a consciência que o homem tem de Deus não é, senão, a consciência que o homem tem de si mesmo. Isso porque Deus está além da experiência humana, motivo pelo qual qualquer suposição neste sentido é uma projeção da própria consciência humana.

O homem não é ideal, mas sim real e inserido em um contexto concreto e empiricamente identificável. A relação do homem com Deus, para Ludwig Feuerbach seria, portanto, falsa, pois esconderia, em verdade, a relação do homem com ele próprio. Os princípios divinos seriam princípios humanos a que o homem imputou a Deus, e a milenar tradição das penas divinas e sanções lastreadas em parâmetros místicos são desvendadas como punições e sanções puramente humanas, a que o homem imputou às divindades. Fundamentar o ônus de uma condenação nas divindades representa uma economia psíquica imensa ao julgador e simplifica a carga argumentativa que o *representante da divindade* necessitaria para que os demais integrantes de sua sociedade o obedecessem.

Feuerbach parte da distinção de Kant entre Direito e moral, sendo esta a obediência a um padrão interno de conduta, enquanto aquela seria a obediência

¹⁴⁵ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros: A construção do direito penal contemporâneo na obra de P.J.A.* Tese (Doutorado em Direito), USP – 2008, p. 199.

¹⁴⁶ FEUERBACH, Ludwig. *A essência do cristianismo*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

a um padrão exterior de conduta. Com isso, a lei moral só pode existir onde existir a autonomia da vontade. Caso toda a conduta humana estivesse regada e delimita externamente, como em Estados totalitários, não haveria espaço para a criação da lei moral. Neste sentido, a racionalização que nos impõe alguma lei moral é tributária da autonomia do indivíduo. Essa autonomia seria garantida pela lei natural, que preservaria a liberdade do indivíduo.

A relação entre moral e Direito tomou, ainda, outra roupagem na atualidade, especialmente na corrente que têm se denominado pós-positivismo. Robert Alexy, John Rawls e outros juristas têm tentado reconciliar o conceito do *justo* (análise jurídica) do *bom* (análise moral), utilizando os princípios como portas de entrada dos valores.

No campo do Direito Penal, Feuerbach se afasta de qualquer idealização ou abstração, para tratar o estudo em campo autônomo e diverso do estudo da moral. Por isso é considerado como o fundador da Ciência do Direito Penal, cuja contribuição mais reconhecida é a delimitação do princípio da legalidade, como um direito do indivíduo contra o Estado. Especialmente em sua obra “Anti-Hobbes” (1797), Feuerbach consegue erigir uma dogmática frontalmente limitadora do poder Estatal, pois que restringiria a possibilidade de penalização de condutas pelo monarca, é dizer, não é qualquer conduta que está apta a ser tutelada pelo Direito Penal, pois este não se confunde com a generalidade dos ilícitos e muito menos com a moral.

Sob os ecos Revolução Francesa, cumpriu a Feuerbach o papel de criar a moderna dogmática penal, engendrando um objeto delimitado, com uma metodologia própria, “construído sobretudo pelo aspecto formal da legalidade, mas também um pouco pela via substantiva da lesão relevante a direitos externos”¹⁴⁷. A relação necessária entre Lei, crime e pena, gestaram três dos brocardos que sustentam a moderna dogmática penal: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sone poena legali*.

¹⁴⁷ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo *A Teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros: A construção do direito penal contemporâneo na obra de P.J.A.* Tese (Doutorado em Direito), USP, 2008, p. 203.

Quanto à prevenção geral negativa, originalmente denominada como “teoria da coação psicológica” (*psychologischer Zwang*) parte-se da ideia de que o ser humano busca coisas que lhe concede prazer e evita o que gera sofrimento. O crime seria cometido pela busca irrefletida de algum prazer, em malefício do Direito alheio. Assim, a dor da pena inibiria a pulsão pelo delito, como um contra estímulo psicológico.

Juarez Tavares¹⁴⁸ considera que foi Feuerbach quem inspirou a criação da concepção normativa de culpabilidade. Afirma que dividiu o delito em duas partes, uma objetiva e outra subjetiva, esta última seria o que hoje se denomina culpabilidade, consubstanciada no desejo antijurídico do agente, que permite sua punibilidade.

Se Feuerbach se contrapôs ao absolutismo hobbesiano, quanto às penas suas ideias convergiam. Nesse sentido, Hobbes afirmava que, ao deixar de punir um criminoso, o soberano seria enfraquecido pelo súdito que descumpriu sua determinação. A tese é compatível com um Estado que se propõe absoluto e um monarca com poderes quase ilimitados, compreensível no contexto de uma política criminal voltada à centralização do poder. Ocorre que, mesmo um iluminista como Feuerbach, seguiu essa mesma linha de raciocínio, fundamentando-se na ideia de coação psicológica e também deitando raízes nas lições kantianas do imperativo categórico, ou seja, a aplicação da pena deveria ser inescusável, pois em suas palavras, “o objetivo da pena na lei é a intimidação de todos, como possíveis protagonistas de lesões jurídicas (lehrbuch, 16)”¹⁴⁹. Assim, a pena deveria ser aplicada em qualquer hipótese, sem qualquer espaço para verificar sua utilidade prática.

3.2.4. A Escola Clássica Italiana

¹⁴⁸ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito (variações e tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 13.

¹⁴⁹ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros: A construção do direito penal contemporâneo na obra de P.J.A.* Tese (Doutorado em Direito), USP, 2008 p. 212.

Não existiu realmente uma Escola Clássica¹⁵⁰, sendo este nome imputado pelos juristas da Escola Positiva, para denominar seus antecessores. Os autores da dita Escola Clássica possuem lastro filosófico distintos, indo desde o pensamento revolucionário francês, idealista alemão, aristotélico-tomista, iluminista e kantiano¹⁵¹. Se Beccaria e Feuerbach, principais nome desta primeira fase do Direito Penal moderno, não possuíam inspiração religiosa, diversos outros autores desta fase possuíam chaves de interpretações marcadamente teológicas, especialmente na questão do livre arbítrio, em que se baseou a responsabilidade penal¹⁵².

O jusnaturalismo de Hugo Grócio foi a base para a concepção de crime dos principais autores italianos, como Carrara, Rossi e Carmignani¹⁵³. Na verdade, os italianos tinham uma influência teológica marcante e o jusnaturalismo pareceu repaginar toda a concepção teológica-metafísica de sua época. De qualquer forma, as bases eram variadas, como em Romagnosi (1761-1835), que foi defensor da ideia de pena como defesa. Aníbal Bruno¹⁵⁴ leciona que:

A posição filosófica de Romagnosi é jusnaturalista – preso à concepção de um Direito independente de convenções humanas. Contesta a idéia de um contrato social, a qual chama de “ficção postiça e heterogênea”. Mas a sua concepção jusnaturalista fica sem influência alguma na sua doutrina. Desde o seu conceito inicial do Direito punitivo como Direito de defesa e nada mais do que Direito de defesa, que se fez presente na sua obra um sentido realista, que ele bebera talvez dos sensualistas e utilitaristas ingleses. Direito de defesa, mas não defesa individual, mas de defesa social.

Essa passagem de Aníbal Bruno é reveladora. Defende o grande penalista que o jusnaturalismo de Romagnosi era fraco e haveria um cariz utilitarista, que o autor supõe ser decorrência da influência dos filósofos Ingleses.

¹⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 41.

¹⁵¹ ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 300.

¹⁵² GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonard, 1982. v. 1, t. 1, p. 95.

¹⁵³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 216.

¹⁵⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 100.

Ademais, o dito “realismo” seria influência dos “sensualistas Ingleses”. Com o termo “sensualistas”, Aníbal Bruno se refere aos empiristas Ingleses, especialmente Hume, que já foi tratado nesta obra, e defendia que todo o conhecimento decorre das sensações, é dizer, das experiências empíricas.

Carmignani (1768-1847) se esmerou em distinguir o Direito Natural do Direito Político. Não chega a ser uma novidade, pois que Santo Agostinho, de forma diversa, já distinguia as Leis de Deus e a Leis dos homens, quando descreve a cidade de Deus, conforme já expusemos. Esse autor não se ancora expressamente em Santo Agostinho, mas essa foi a tônica do iluminismo: alterar a semântica da metafísica, de teológica para idealista. A nota peculiar é que Carmignani já defendia a finalidade preventiva da pena¹⁵⁵, mesmo distante das tradições utilitárias Inglesas. Essa distinção entre Direito e moral fê-lo fundamentar o Direito em base contratualista¹⁵⁶. Filangieri (1752-1788) também teve por característica a defesa de uma finalidade preventiva da pena¹⁵⁷, ainda que fosse um jusnaturalista.

Pelegrino Rossi (1768-1847), por sua vez, retoma o amálgama entre Direito e moral, confundindo aspectos teológicos, sociais e morais, forte na ideia de retribuição. Como leciona Aníbal Bruno¹⁵⁸, “o utilitarismo que marcava os primeiros passos do classicismo italiano é substituído por um moralismo metafísico”. Essa severa distinção entre Rossi e os demais penalistas italianos pode ser explicada pelo fato deste autor ter, de fato, seguido sua vida e carreira na França, onde se naturalizou. Leciona Aníbal Bruno¹⁵⁹ que Rossi foi fortemente influenciado por Victor Cousin (1792-1867), um filósofo francês fundador da Escola Eclética, que deu azo a esta fusão entre Direito e moral.

O ponto máximo da Escola Clássica pode ser imputado a Francesco Carrara (1805-1888), que sistematizou toda a bagagem dogmática dos classicistas que o antecederam, dando a sua forma definitiva. A base jusnaturalista se fez presente sob a tese de que “a ordem, na sociedade civil,

¹⁵⁵ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1219.

¹⁵⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 100.

¹⁵⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 97.

¹⁵⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 96.

¹⁵⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 99.

resulta de uma lei formulada por Deus através da pura razão e à qual obedece o homem no seu comportamento externo”¹⁶⁰.

Quanto aos fins da pena, Carrara se afasta de toda a tradição teológica expiatória¹⁶¹, argumentando que o fim primário das penas é o “restabelecimento da ordem externa da sociedade”¹⁶². Neste aspecto Carrara estava bem à frente de seu tempo, pois que a Escola Positiva, que viria a seguir, se esmerou em tentar provar que a pena poderia corrigir o criminoso, reeducando-o, fato que até os dias atuais jamais conseguiu ser empiricamente demonstrado. Carrara não pretendia a reeducação de ninguém, mesmo porque acreditava no livre arbítrio, a ele bastava que os cidadãos confiassem na segurança que o Estado proporciona, evitando-se a desordem. O crime seria a negação da norma, enquanto a pena seria a negação dessa negação. Muitos anos depois essa ideia foi refinada com as modernas teorias sistêmicas.

O contratualismo também foi a base teórica para muitos outros juristas clássicos, como Beccaria, ainda que este tivesse maiores vinculações com o utilitarismo do que com o contratualismo. Em qualquer dos casos, seja o jusnaturalismo, seja o contratualismo, o ser humano criava uma ordem fictícia de coisas: ora uma Lei natural, ora um contrato fictício, para sustentar o arcabouço penal.

O caráter retributivo foi a tônica na Europa continental, sob influência dos autores Italianos, malgrado o próprio Beccaria discorrer longamente acerca da utilidade das penas. Na Inglaterra o utilitarismo já era profundamente debatido conforme expusemos no tópico anterior. Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini¹⁶³ concluem que as teorias retributivas podem ter quatro fundamentos: vingança, expiação, imperativo de justiça ou retribuição jurídica.

¹⁶⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 102.

¹⁶¹ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 220.

¹⁶² CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral, Volume I*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 591.

¹⁶³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A vingança é o sentimento humano, ainda presente, mas que vigia sem concorrência nas sociedades primitivas. Ela é caracterizada pela ausência de proporção e desencadeando guerras tribais incessantes. A expiação busca sua fundamentação nos sistemas religiosos europeus, especialmente as religiões mosaicas, cujo significado é o “arrependimento por parte do condenado, que purgando sua culpa a partir do castigo se purifica e, assim, consegue reconciliar-se consigo mesmo e com a sociedade”¹⁶⁴.

Essa ideia de expiação ainda vige no imaginário coletivo, em que se supõe que o castigo livra o condenado do mal que ele causou, isso por meio da *penitência*, cumprida em uma *penitenciária*. Aqui há um embrião das modernas teorias de prevenção especial. A ideia de expiação também cria uma proporção imaginária entre o crime e a pena. Dizemos imaginária, pois que não há relação lógica entre a sanção e o crime, conforme já tivemos a oportunidade de tratar.

A modernidade criou, com a pena do maior dos filósofos da consciência, o conceito de *imperativo de justiça*, em que Kant elabora padrões metafísicos para justificar a punição implacável, enquanto seu aluno, Hegel, cria a ideia de *retribuição jurídica*, em que a sanção é a negação à negação do Direito. Ademais, Kant era frontal antagonista do utilitarismo, pois que este *instrumentalizaria* o homem, que jamais deveria ser um *meio* para algo, mas sim o *fim* último de todas as coisas, numa visão antropocêntrica do mundo. Com isso, o retributivismo moderno não possuía lastro em textos sagrados, mas sim na obra de Immanuel Kant, enquanto os Italianos também se fundamentavam em São Tomás de Aquino, que comparava “a alma a uma balança que, tendo nos pratos os motivos de nossas ações” ¹⁶⁵, mas a moderna linguística revela que são formas refinadas de mudar a sintaxe para manter a semântica.

Hegel (1770-1831), seguidor de Kant, também defendia o retributivismo, mas enquanto Kant defendia uma retribuição ética, no contexto de sua metafísica, Hegel defendia uma retribuição jurídica, pois que a pena não seria algo estranho ao crime, mas uma decorrência deste. É de Hans Kelsen a

¹⁶⁴ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 754.

¹⁶⁵ SODRÉ, Muniz. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1938, p. 69.

acusação de que Hegel apenas repaginou a fundamentação religiosa das penas, sendo o imperativo categórico apenas a versão moderna o Estado teocrático. Fê-la nos seguintes termos: “Não causa surpresa que o principal seguidor de Kant tenha teorizado um Estado cujas características se assemelham às aquelas propostas pelas religiões em relação à Deus”¹⁶⁶.

O imperativo categórico, tiradas as devidas proporções, possui semelhanças notáveis em relação às ordens divinas, ainda que Kant tenha fundamentando sua teoria com um refinamento e rigorismo lógico, típico da filosofia moderna. Repisamos que Durkheim já havia notado que as religiões, nos povos primitivos são expressões desse próprio povo, e seu escopo era assegurar o equilíbrio de determinado grupamento social.

É nesta senda que a metafísica moderna, *mudou tudo para não mudar nada*, como no romance de Tomasi di Lampedusa (1896-1957), “Il gattopardo”, em que a velha família aristocrática tudo muda para nada mudar, mantendo o seu *status quo*. As velhas crenças nos deuses e *totens* foram substituídas por contratos fictícios (contratualismo) e leis naturais fora do tempo e do espaço (jusnaturalismo). As antigas construções de nossa imaginação foram substituídas por novas.

Nas religiões mais primitivas, identifica-se a figura do *totem*, um símbolo sagrado que é a representação material de todo o cipoal de crenças e normas daquela sociedade. Durkheim¹⁶⁷ explica que esse *totem* geralmente é a figura de um animal, entretanto, não é o animal em si que é sacralizado, mas sim próprio *totem*. Essa, então, é uma espécie de representação coletiva daquela ordem normativa e, em última análise, o *totem* representa o próprio clã, em outras palavras: “Portanto, o deus do clã, o princípio totêmico, só pode ser o próprio clã, mas hipostasiado e representado às imaginações sob aparências sensíveis do vegetal ou animal que serve de *totem*”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Kelsen, Hans. *Dios y estado*. In: El otro Kelsen. Óscar Correia (org.). trad.: Jean Hennequin. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 252.

¹⁶⁷ Durkheim, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 210.

¹⁶⁸ Durkheim, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 210.

A religião não é uma representação falsa acerca do mundo, decorrente de fantasias ou ilusões¹⁶⁹, mas sim uma forma específica de manifestação da sociedade, seus símbolos e valores. Em Kant, conforme denuncia Hans Kelsen, o misticismo religioso fora substituído pelo conceito metafísico de imperativo categórico, gerando o mesmo resultado: a pena deveria ser aplicada sem a necessidade de qualquer razão instrumental. Assim, a fundamentação das penas deitaria raízes na retribuição, que deveria ser proporcional ao crime, sem perder de vista que, mesmo na Escola Clássica, o caráter preventivo da pena já fosse descortinado, especialmente por Beccaria e Feuerbach.

Entretanto, os ecos da fundamentação religiosa já tinham a concorrência do forte racionalismo que permeava toda a escola clássica, sendo certo que um sistema dogmático era erigido sob uma metodologia lógico-abstrata¹⁷⁰. A lógica era filha de sua época, carregada pelo otimismo iluminista, enquanto o aspecto abstrato decorria da metafísica moderna, que paulatinamente se desgarrava da religião. Essa metafísica, que se pretendia emancipada da religião, é bem ilustrada pelo conceito de livre arbítrio, trabalhado pelos autores italianos desta escola.

Se a pedra angular do sistema punitivo medieval era o conceito teológico de livre arbítrio, a Escola Clássica herdou esse mesmo conceito, mas tentou fundamentá-lo fora da teologia, engendrando uma teoria da *culpabilidade moral*¹⁷¹. Supunham que a consciência do ser humano daria azo à liberdade de ação, mas não sabiam que a consciência humana é um pequeno barco que navega na tempestade do inconsciente, conforme demonstrou a psicanálise séculos depois. Todos os equívocos do iluminismo foram observados na Escola Clássica, especialmente quanto à liberdade.

Outro elemento que externa esse caráter metafísico é uma tomada de posição quanto ao fenômeno criminoso. Se a Escola Positiva, conforme se verá, estudava o fato em si e o criminoso, os clássicos engendraram uma tipologia

¹⁶⁹ WEISS, Raquel. *Durkheim e as formas da vida religiosa*. Debates do NER, Porto Alegre, ano 13, n. 22 p. 114, jul/dez. 2012.

¹⁷⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 214.

¹⁷¹ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 214.

abstrata de crime, é dizer, o crime era um “ente jurídico”. Carrara chegava ao ponto de argumentar que o Direito violado pelo crime “era congênito à humanidade desde a sua criação para que ele pudesse cumprir seus deveres na vida terrena (Programma di diritto criminale, p. 69)”¹⁷².

Essa ideia abstrata de liberdade escamoteava o ser humano real e historicamente inserido, mas é bem compatível com essa fase da metafísica, quase religiosa e quase moderna.

3.2.5. Escola Positiva: o positivismo no Direito

Se nos diversos ramos da ciência e da filosofia o positivismo de Augusto Comte (1798-1857), e as incríveis descobertas de Charles Darwin (1809-1882) e Alfred Wallace (1823-1913), lançavam um imenso otimismo quanto aos rumos da ciência, no Direito Penal não foi diferente.

Ao contrário das ciências humanas, repletas de suas fantasias teológicas e metafísicas, nas ciências exatas e biológicas a observação e descrição objetiva levou a humanidade a um salto tecnológico, mudando radicalmente as estruturas econômicas e sociais vigentes. A pena ainda tinha fundamentação fantasiosa, seja pelos juspositivistas, seja pelos contratualistas e, “mesmo nos penalistas da época, que se haviam formado no classicismo, foi-se gerando a convicção da imprestabilidade do regime punitivo então vigente”¹⁷³.

Não é de se surpreender que foi um médico o primeiro lumiar da Escola Positiva do Direito Penal. Cesare Lombroso (1835-1909), através de pesquisa empírica, defendeu que o fenômeno criminal decorreria de caracteres biológicos e ambientais. Defendeu as, hoje já desacreditadas, teorias da frenologia, de

¹⁷² JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 215.

¹⁷³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 111.

Franz Joseph Gall (1758-1828), e engendrou classificações quanto ao *homem criminoso*.

Homem de seu tempo, vislumbrou impulsos antissociais internos, mesmo antes da ciência descobrir a genética. Afastou os resquícios da religião, que ainda jazia no seio do Direito Penal, e voltou os olhos ao indivíduo, tentando explicar as razões pelas quais o crime emerge. Ao fim da sua vida, ao lado de Enrico Ferri (1856-1929), adotou as teorias socialistas, e incluiu em seu pensamento a questão das classes sociais no fenômeno do crime¹⁷⁴.

Ao lado de Raffaele Garofalo (1851-1934) e Enrico Ferri, Cesare Lombroso foi o principal pensador da Escola Positiva. O primeiro no campo da antropologia e psicologia, o segundo da sociologia e o último da biologia e sociologia, contribuindo, dentro da ciência penal, com saberes de outros campos da ciência. No contexto da Escola Positiva, a reboque da biologia e sociologia que inspirava esses autores, se vislumbrou formas de corrigir os criminosos e a sociedade, e maneiras de socializar o indivíduo que se comportava de forma diversa do que era aceito. Nesse contexto nascem as teorias da prevenção geral e especial, posteriormente refinadas pelos juristas contemporâneos, conforme exporemos mais à frente.

Lombroso tangenciou todo o debate acerca da base filosófica que sustentaria o Direito Penal para, pela primeira vez, olhar para o criminoso concreto e historicamente inserido. Mesmo antes do advento da genética já vislumbrou impulsos internos que poderiam determinar a ação do indivíduo e, no final de sua vida, aderiu a concepções sociológicas do crime. No campo da filosofia, o início do século XX representou a exaustão do debate metafísico, conforme se verá no capítulo próprio, e o grande mérito da Escola Positiva foi escapar do debate, quase fantasmagórico, que permeava a metafísica moderna, para tentar oferecer respostas com base empírica.

Enrico Ferri, seguidor de Lombroso, foi responsável pela criação da criminologia e sociologia criminal, afirmando três ordens de fatores para o crime:

¹⁷⁴ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 18.

antropológicos, físicos e sociais¹⁷⁵. Contestando o livre arbítrio como fundamento da imputabilidade, alinhavou uma teoria da responsabilidade social, argumentando que a pessoa é responsável por seus atos por viver em sociedade. Com ele surge a ideia de “substitutivos penais, isto é, certas medidas tendentes a modificar as condições do meio, sobretudo sociais e econômicas”¹⁷⁶.

Nesta mesma senda sociológica, Garofalo ainda trilhava um psicologismo incipiente, “tendo o crime como produto de uma anomalia moral, isto é, uma força de ordem psíquica que impulsiona o homem inelutavelmente para o crime”¹⁷⁷. Como consequência desse psicologismo, Garofalo defendia penas mais severas, como contraimpulso delitivo, assim, o fim da medida penal seria a eliminação pela morte, pela deportação e pelas colônias penais¹⁷⁸.

Podemos notar que a ideia de positivismo, nessa escola, se liga a ciências diversas do Direito, por essa razão é impossível falar num positivismo jurídico propriamente dito. Como reação a esta invasão de outras ciências no Direito, houve a denominada Escola Técnico-Jurídica, cujos maiores expoentes foram Arturo Rocco (1876-1942) e Vincenzo Manzini (1872-1957). A nota desta escola foi um certo repúdio à filosofia e às demais ciências, como reação aos excessos da Escola Positiva, que flertava com uma submissão da ciência jurídica às ciências diversas, como a biológicas e a sociologia. Esses autores notavam que o Direito Privado avançava seguro em direção a uma dogmática bem delimitada, enquanto o Direito Penal ia perdendo sua autonomia. Assim, pugnaram por uma delimitação do Direito Penal, com uma dogmática mais clara quanto ao objeto da ciência jurídica.

Nelson Hungria (1891-1969) foi um partidário dessa Escola, sendo sua obra bastante marcada por essa concepção. Notadamente nos nove volumes de seu “Comentários ao Código Penal”, a densidade e profundidade da construção jurídica não é acompanhada por grandes incursões filosóficas. Esse fato não é, certamente, uma deficiência de Hungria, mas sim uma tomada de posição clara quanto à necessidade de autonomia da dogmática jurídica. Heleno Cláudio

¹⁷⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 116.

¹⁷⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 116.

¹⁷⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 118.

¹⁷⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 118.

Fragoso, em nota explicativa ao tomo I, Volume I do “Comentários ao Código Penal”, afirma que¹⁷⁹:

A influência de Nelson Hungria, no Direito Penal foi, portanto, como se percebe, imensa. Foi ele, entre nós, o mais destacado representante do tecnicismo jurídico, que representou, sobretudo, retificação metodológica dos desvios e da confissão introduzidos no estudo do direito penal pela Escola Positiva...

E afirmava que a ciência do direito penal não pode ter por objeto a indagação experimental em torno ao problema da criminalidade, mas tão-somente a exegese do direito positivo, a pesquisa e formulação dos respectivos princípios gerais e a dedução lógica das consequências.

Curioso notar que Nelson Hungria era um retributivista, tese compatível com sua crítica à Escola Positiva, entretanto, antes do fim de sua vida, revisou seu posicionamento, tornando-se um grande crítico do retributivismo, fê-lo nos seguintes termos¹⁸⁰:

Também eu fui partidário do retributivismo, da pena-retribuição. Como tal, fui um dos autores de um código eminentemente retributivista, que é o Código Penal Brasileiro. Mas, a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual me levaram a uma revisão do meu pensamento, para renegar, para repudiar, de uma vez para sempre, a pena-castigo, a pena-retribuição, de que nada vale e é de resultado ineficaz. A pena-retribuição jamais corrige alguém.

3.2.6. Franz Von Liszt e a Moderna Escola Alemã: o positivismo do Direito Penal

Há que ter clara a distinção entre a Escola Positiva e o positivismo jurídico, fenômenos que não podem ser confundidos, como deixaram claro os autores da Escola Técnico-Jurídica. O positivismo, em si, foi uma linha de pensamento lastreada na racionalidade e observação, centrada na ciência, conforme externamos no capítulo próprio. Já o positivismo jurídico é a utilização de uma metodologia específica para a ciência do Direito, cujo objeto de estudo é a Lei, conforme defendeu Nelson Hungria.

¹⁷⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 12.

¹⁸⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 14.

Ao contrário do que emerge de sua *vulgata*, positivismo não se relaciona com o legalismo cego, mas sim com uma postura de otimismo em relação à ciência e à técnica. No campo do Direito, positivismo se relaciona a uma metodologia própria e distinta das demais áreas do conhecimento. Georges Abboud¹⁸¹ leciona que o positivismo jurídico é subdividido em legalista e normativista. O primeiro é uma postura jurídico-sintática, em que a interpretação é reduzida aos signos que as palavras representam, enquanto no segundo abre-se espaço para uma análise semântica, admitida a polissemia dos sentidos das palavras.

Assim, a Escola Positiva era confiante na utilização da ciência para fundamentar o Direito Penal, mas tomavam de empréstimo a metodologia de outras áreas do conhecimento, como a sociologia, antropologia e biologia. Já o positivismo jurídico, na esteira de Hans Kelsen, cria uma metodologia própria ao Direito Penal. O otimismo positivista gerou frutos, dentre eles a moderna dogmática penal, cuja manifestação mais eloquente foi o conceito tripartido de crime, criação de um positivista jurídico por excelência, Franz Von Liszt, que não se insere na Escola Positiva.

Von Liszt, adentrando nas portas que foram abertas por Feuerbach, pai do Direito Penal moderno, engendrou uma técnica específica ao Direito Penal: o conceito analítico de crime e sua divisão tripartite entre tipo, ilicitude e culpabilidade. Se a autonomia científica teve em Feuerbach seu pai, foi com Von Liszt que se fez completa. O conceito analítico de crime simboliza a prevalência da visão tecnicista. Este tipo de raciocínio tinha como metodologia decompor os fenômenos em elementos, classificar e tentar observar os fatos de forma objetiva.

Franz Von Liszt, juntamente com Adolphe Prinz e Gerard Van Hamel, fundou a União Internacional de Direito Penal (1889), no contexto do que se denominou de Escola Moderna Alemã, enquanto, na Itália, da mesma base positivista, emergia a Escola Técnico-Jurídica, cujos expoentes eram Arturo Rocco, Vincenzo Manzini e Edoardo Massari. A União Internacional do Direito

¹⁸¹ ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Gambellini e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 255.

Penal não chegou a hostilizar a contribuição das outras áreas do Direito, ao contrário do que defenderam os autores da Escola Técnico-Jurídica, cujo repúdio à filosofia caiu em um *estéril verbalismo*, nas palavras de Jimenez de Asúa¹⁸².

Para além do poder de intimidação, Oswaldo Henrique Duek leciona que Von Liszt defendeu que a punição deveria conferir satisfação à vítima, como uma espécie de *compensação afetiva*¹⁸³. Leciona ainda que, em Von Liszt¹⁸⁴:

Já em relação ao delinquente, a execução penal proporciona a oportunidade de convertê-lo em um membro útil à sociedade (adaptação artificial) por meio de sua emenda. Além disso, retira-lhe perpétua ou temporariamente a possibilidade de cometer novas infrações, segregando-o. Nesse caso, o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade (seleção artificial). Esta última finalidade especial da pena, inserida no contexto puramente retributivo, tem sido uma das prioridades da execução penal da atualidade.

O positivismo jurídico marcou o Direito Penal do início do século XX, que foi a base para toda a dogmática hodierna. Outra manifestação do rigor positivista do início do século passado emergiu da pena de Karl Ludwig Lorenz Binding (1841-1920), que teve papel importante no delineamento do conceito de “bem jurídico”, tema que já era debatido desde Johann Michael Franz Birnbaum (1792-1877), outro positivista. Birnbaum é tido como um positivista moderado¹⁸⁵, ao contrário de Liszt e Beling, pois transitava em uma ambígua relação com o, já em crise¹⁸⁶, jusnaturalismo de seu tempo.

Binding, quanto à fundamentação da pena, criticava ferozmente as correntes preventivas, argumentando que haveria uma inconsistência lógica, pois a pena decorre de um fato passado, enquanto as teorias preventivas miram em fatos futuros, conforme leciona Lesch¹⁸⁷. Neste sentido, seria impossível fundamentar a pena na inibição de fatos futuros, pois a fundametação se converteria em objetivo.

¹⁸² ASÚA, Luis Jiménez de. *La ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Sulamericana, 1958, p. 67.

¹⁸³ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 154.

¹⁸⁴ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 154.

¹⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

¹⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 55.

¹⁸⁷ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 43-44.

Os positivistas do Direito Penal deram uma contribuição decisiva para a moderna dogmática, tanto quanto os liberais do século XVII, ou até mais. As bases do edifício da moderna dogmática foram ali lançados e o Direito Penal passa a ser uma ciência com objeto próprio e metodologia própria. Se a ciência do Direito teve sua paternidade com Hans Kelsen, a ciência do Direito Penal teve ali suas bases principais.

Quem explica a crítica de Binding às teorias preventivas é Lesch, que se esmeou em erigir uma teoria retributiva da pena, mas sob o cariz do funcionalismo, conforme se verá

3.2.7. O Funcionalismo

Palmilhando as lições de Oswaldo Henrique Duek Marques, a ciência do Direito Penal hodierna fundamenta as penas nas teorias absolutas (retributivistas), da prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (positiva e negativa), cuja unificação deu origem à teoria unificadora.

Debateremos, mais a frente, acerca do problema desse sincretismo metodológico, pois pretender unificar teorias com bases filosóficas inconciliáveis, “não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização”¹⁸⁸.

Enquanto a prevenção geral mira na sociedade como um todo, a especial tem por escopo o criminoso. O predicado “negativa”, acrescenta a ideia de intimidação, seja do indivíduo, seja da sociedade, enquanto o predicado “positivo” lança a ideia de correção, emenda. A fundamentação das penas, na época contemporânea, especialmente o funcionalismo de Günther Jakobs, se

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. *Sentido e limites da pena estatal*, in: Problemas fundamentais de direito penal, 2. ed. Lisboa: Veja, 1993, p. 25, *apud* DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016 p. 171.

baseia nas teorias funcionalistas da sociologia, cujo fundador foi Émile Durkheim¹⁸⁹, seguido por Talcott Edgar Frederick Parsons (1902-1979).

A teoria funcionalista, originalmente estudada no campo da sociologia¹⁹⁰, decompõe a sociedade em funções, todas vinculadas entre si, formando um grande sistema. Se algumas dessas partes funcionar de forma contrária às expectativas, todo o sistema pode ser afetado. Assim, cada uma das partes desempenha uma função e há uma expectativa nesse desempenho. Sob todos os grupos sociais, desde órgãos estatais até a família, há uma expectativa de alguma função específica.

Essas expectativas são classificadas em expectativas normativas e cognitivas¹⁹¹. Estas últimas não implicam em uma reação do sistema, é dizer, uma vez frustrada ela deixa de ser uma expectativa. Por outro lado, na expectativa normativa a frustração não a anula, fazendo com que se reaja contra essa violação. É sobre as expectativas normativas que trata a teoria funcional das penas. Uma pessoa com a sincera crença que receberá uma resposta positiva a um pedido de casamento pode ter sua expectativa frustrada, nesse caso a expectativa deixa de existir, pois a expectativa existia apenas em sua mente. Por outro lado, a expectativa de que alguém não ultrapassará o sinal semafórico vermelho, caso frustrada, não implica que a norma de trânsito deixou de existir. Nesse último caso o sistema reage comunicativamente, por meio de uma sanção, que é a comunicação de que a expectativa normativa ainda é hígida e que a norma é válida.

Dentro deste contexto, têm-se defendido que o escopo da teoria da prevenção geral positiva é reafirmar a vigência da regra violada. A expectativa frustrada de cumprimento da norma gera uma reação punitiva, com a finalidade de se reafirmar a norma violada. A violação da norma, então, deixa de ser vista como uma doença ou algo antinatural, mas um evento previsto pelo sistema e apto a reafirmá-lo, deitando raízes nas lições de Émile Durkheim, para quem o

¹⁸⁹ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad.: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁹⁰ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad.: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

crime é um fato social normal e a reação ao delito também é um fato social, exercendo “sobre o indivíduo uma coerção exterior”¹⁹². Durkheim vai além e afirma que o crime é “um fator da saúde pública, uma parte integrante de toda sociedade sadia”¹⁹³, e é a reação ao crime que permite a reafirmação da sociedade, ou da norma de conduta violada.

A teoria da prevenção geral positiva, cuja fundamentação sociológica é manifesta, possui ainda uma subdivisão: fundamentadora e limitadora. A primeira é defendida por Günter Jakobs¹⁹⁴, cuja refinada argumentação aponta que o bem jurídico já foi lesado com o crime, sendo a sanção inapta a protegê-lo, motivo pelo qual a fundamentação da pena é a reafirmação da norma violada. Jakobs utiliza expressamente a teoria dos sistemas¹⁹⁵, estudada na sociologia, especialmente por Niklas Luhmann (1927-1998)¹⁹⁶. Assim, a violação da norma causa uma irritação em um determinado sistema, e esse reage comunicativamente por meio das sanções, reafirmando a vigência da norma.

Por outro lado, a teoria da prevenção geral positiva limitadora pretende limitar a intervenção estatal, por meio do Direito Penal, relacionando a reação punitiva à culpabilidade e a proteção de bens jurídicos. Já tivemos a oportunidade de debater a total ausência de parâmetro entre a conduta criminosa e a pena, pois que possuem naturezas diferentes, assim, não há demonstração empírica entre culpabilidade e pena. Não obstante, não há dúvidas de que esta tese é a mais adotada na doutrina nacional e internacional, tendo por principal defensor Claus Roxin¹⁹⁷.

Podemos observar que os defensores da teoria limitadora se fundamentam em princípios tipicamente do Direito Penal: a intervenção mínima,

¹⁹² DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 13.

¹⁹³ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, Rio de Janeiro: 1999, p. 68.

¹⁹⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

¹⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2006.

¹⁹⁶ Na teoria dos sistemas, o sistema social possui como elemento a comunicação, e as regras do sistema social são por ele própria definidas (*autopoiesis*). Assim, para Jakobs, a pena criminal é uma reação comunicacional, que reafirma a manutenção do sistema e repudia a alteração proposta pelo criminoso. Ademais, se o ato criminoso deixar de ser punido, o sistema social o absorve como conduta socialmente aceita.

¹⁹⁷ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 179.

proibição de excesso e a culpabilidade. Assim, o lastro é puramente jurídico, podendo-se dizer que se insere no contexto do positivismo jurídico, ao contrário de Günther Jakobs, que caminha pela sociologia para fundamentar a sua teoria.

A teoria da prevenção geral positiva limitadora lança cabo da figura do “bem jurídico” enquanto ente metafísico, fora do tempo e do espaço, pois que o bem jurídico real já fora lesado pelo crime. Após um homicídio e a consequente condenação, é impossível apontar, empiricamente, um bem jurídico “vida” que foi protegido, isso porque a vida da vítima já foi lesada, enquanto a pena vai limitar o bem jurídico “liberdade” do autor do crime. Portanto, o conceito de “bem jurídico”, acolhido pela teoria da prevenção geral positiva limitadora, decorre do antigo idealismo platônico-tomista, ao estilo da filosofia medieval, é dizer, fruto da imaginação humana.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira¹⁹⁸ observa que Jakobs não se ancora no *dever-ser*, mas com o que *é*. O *dever-ser* é construção prescritiva, enquanto Jakobs alinhavou uma construção descritiva, nos termos da sociologia moderna, que se preocupa em descrever a realidade como ela é.

Curiosamente, outro funcionalista parte dessa base sistêmica para repaginar o retributivismo. Lesch engendrou a “teoria funcional da retribuição da pena” em que, mergulhando fundo no sincretismo metodológico, pretende¹⁹⁹:

uma teoria funcional retributiva e compensadora da culpabilidade, que supera a oposição entre a fundamentação absoluta e relativa, e onde o fundamento e o fim da pena se unificam e adquirem não só uma dimensão dialético-hegeliana, como também prático-utilitarista.

Lesch entende a pena como uma comunicação à pessoa que frustrou as expectativas da sociedade, ao descumprir as normas. Essa retribuição é comunicacional, dentro da ideia de sistema. Portanto, a fundamentação da pena é comunicar que a conduta violadora das expectativas normativas ainda é proibida. Não há dúvidas de que, entre todas as teses que tentam ressuscitar o retributivismo, essa é a mais refinada, ultrapassadas as bases teológicas e kantianas, especialmente por ser mais clara a distinção entre fundamentação e

¹⁹⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004.

¹⁹⁹ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 50.

fim das penas. Mas não escapa do problema do sincretismo entre correntes filosóficas inconciliáveis, conforme veremos.

3.2.8. Sincretismo – Teorias Unificadoras da Pena

As teorias preventivas são filhas da modernidade, numa tentativa de fundamentar racionalmente a ato punitivo estatal. Nesta ordem de ideias, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini lecionam que:

*... o Estado Democrático de Direito é produto da razão humana, e suas ações devem ser justificadas a partir de finalidades racionais, humanas e democráticas, muito se afastando das referidas noções de vingança, quer seja privada, pública, individual ou coletiva*²⁰⁰.

Mesmo antes do advento da filosofia moderna, Platão já externava que o castigo é aplicado em vista ao futuro, para que os criminosos não voltem a delinquir e as demais pessoas sejam inibidas de cometer delitos²⁰¹. Toda essa construção sobre os fundamentos das penas possuem um caráter metafísico²⁰². Podemos dividi-las em prevenção geral positiva e negativa, e prevenção especial positiva e negativa.

Prevenção geral negativa possui o escopo de intimidar a coletividade a não delinquir, tendo como expoente máximo Feuerbach conforme já expusemos.

Prevenção geral positiva possui a função comunicacional, é dizer, comunicar à sociedade a respeito da vigência da norma. Em Jakobs, lastreado na teoria social dos sistemas, a vigência da norma gera, na sociedade, uma expectativa que todos a cumprirão. Essas expectativas são, ainda, subdivididas em cognitivas e normativas²⁰³. Conforme já dito, as primeiras são padrões comportamentais que se alteram caso a expectativa de seu cumprimento seja

²⁰⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 753-754.

²⁰¹ PLATÃO. *Diálogos*. Belém: Ufpa, 1980, p. 21.

²⁰² JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 758.

²⁰³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 762.

violada, são dados empíricos que se alteram em decorrência da experiência, por exemplo, alguém deixa de ter a expectativa da qualidade de seu time de futebol, após esse ser derrotado. Já as expectativas normativas não se alteram em decorrência da experiência. Como exemplo podemos imaginar que, mesmo após um furto, continuamos a ter a expectativa que existe um direito à propriedade. O objetivo das penas seria a manutenção das expectativas normativas que, se sistematicamente violadas e sem reação, poderiam ser erodidas.

Prevenção especial negativa é a tese na qual o objetivo da pena é neutralizar os criminosos, retirando-o do convívio social, além de intimidá-lo a não mais delinquir. Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini chamam a atenção para uma análise peculiar da prevenção geral negativa. Lecionam que, na perspectiva da *less eligibility*²⁰⁴, o sofrimento da prisão, para surtir efeito, deveria ser pior ao sofrimento cotidiano do condenado. No contexto da revolução industrial, em que a vida dos trabalhadores era intolerável, a cadeia deveria fornecer uma condição ainda pior.

Por fim, a prevenção especial positiva pretende readaptar o condenado ao convívio social. Conforme já exposto, a Escola Positiva utilizava ciências diversas para analisar os criminosos, se servindo de instrumental da sociologia, medicina e psicologia da época. Assim, tenciona-se “curar” o criminoso, que seria detentor de algum distúrbio. Na pureza da teoria, as penas seriam indeterminadas, vinculadas à “cura” do indivíduo, tanto quanto uma internação médica é indeterminada. Essa ideia de reorientar o criminoso possui ainda uma subdivisão: o programa máximo e mínimo²⁰⁵. O primeiro pretende uma total submissão do indivíduo aos padrões sociais determinados pelo Estado, enquanto o segundo se contenta com uma adesão e uma adaptação mínima às pretensões sociais, vinculadas pelo Estado.

²⁰⁴ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal – parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 765.

²⁰⁵ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 103.

A união de todas essas teorias gera as teorias ecléticas, que podem ser subdivididas em aditivas e dialéticas²⁰⁶. Aquela representa a mera união entre as teorias retributivas e as preventivas, enquanto estas pretendem a união entre as teorias, com uma preponderância entre as teorias preventivas, servindo a ideia de retribuição como limite máximo da pena, no cotejo com a culpabilidade.

Existe uma base utilitária na ideia de prevenção ao crime, sendo certo que tais teorias utilitaristas encontraram uma grande oposição na obra de Emmanuel Kant (1704-1804). Kant propõe um sistema em que há um corpo de princípios, cuja aplicação independe da análise imediata de seus efeitos. Em sua tentativa de colmatar as lacunas do empirismo, com o idealismo, Kant propõe um caminho lógico para se delimitar os princípios que, uma vez fixados, não podem ser objetos de flexibilização, no que denominou de “imperativo categórico”. O conceito de imperativo categórico, serviu para fundamentar as teorias retributivas da pena, passando ao largo de todas as reflexões acerca da utilidade concreta ou efeitos sociais da pena.

No século XIX, a ideia de imperativo categórico voltou à ordem do dia, no movimento denominado neokantismo, cujos expoentes são Ernst Cassirer (1874-1945) e Michael Foucault (1926-1984), enquanto Heidegger (1889-1976) e Husserl (1859-1938) partiram de uma base Kantiana, para desenvolver a fenomenologia, filha longínqua do empirismo.

Em Kant, a ideia de Justiça não é lastreada em premissas empíricas ou dados puramente pragmáticos como o é nos utilitaristas. Os valores emergem como intuição, para passarem por um crivo racional, como já externado no capítulo anterior. Por isso os neokantistas do século XIX tiveram o mérito de reinserir a questão dos valores no Direito, pois que se caminhava para criar um Direito como técnica pretensamente objetiva, como ocorreu na Escola Tecnicista italiana.

Por outro lado, o pensamento positivista gerou frutos preciosos ao Direito. O otimismo do século XVIII com o impulso das ciências, agora sem os freios da

²⁰⁶ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998, p. 44.

religião, foram as circunstâncias pelas quais o positivismo teve completa hegemonia nos séculos XIX e a primeira metade do século XX, gerando o anti-retributivismo da Escola Positiva.

Ocorre que a intensão de uma fundamentação puramente utilitária, ou seja, tendo em vista algum benefício social ou pessoal, jamais informou o legislador, sem a concorrência das teses retributivistas. Esse sincretismo entre as teses da prevenção geral e especial, com as teses retributivistas, revelam um resquício do pensamento teológico, travestido por um “discurso secularizado”²⁰⁷, que ainda permeia o inconsciente dos povos. Se de um lado a racionalidade nos empurra à fundamentação da pena em critérios de utilidade, a ideia de retribuição sempre esteve na legislação e na sociedade. O sincretismo é forte desde a Escola Clássica, perpassando os dias atuais, dentre os autores sincretistas inclui-se “Rossi, Garraud, Guizot, Jouffroy, Cousin e Carmigniani e Mourach”²⁰⁸.

A tentativa de conciliar essas duas fundamentações, para o fenômeno da punição, é tema recorrente na doutrina, como é exemplo o trabalho de Álvaro Pires²⁰⁹. Franz Von Liszt uniu duas teorias com base filosóficas diversas, tentando compatibilizá-las e sua construção é hegemônica até os dias atuais, seguida por quase toda a dogmática, desde o tecnicismo até o funcionalismo de Lesch. Os autores utilizam, no geral, a ideia de retribuição e expiação como limite da pena, relacionando-o com o “grau de culpa”²¹⁰, sem perder de vista que a pena tem uma finalidade específica, que é a manutenção da ordem jurídica.

Prossegue Liszt afirmando que “o agente deve expiar conforme a sua culpa”²¹¹. Para quantificar o grau de culpa, o autor afasta o resultado concreto do fato e toma como critério o “grau de revolta da vontade individual contra a

²⁰⁷ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gamberlini e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 143.

²⁰⁸ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros: A construção do direito penal contemporâneo na obra de P.J.A.* Tese (Doutorado em Direito), USP, 2008, p. 45.

²⁰⁹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido e Comentado. Rio de Janeiro: F. Briguier & C. Editores, 1899, p. 126.

²¹⁰ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido e Comentado. Rio de Janeiro: F. Briguier & C. Editores, 1899, p. 125

²¹¹ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido e Comentado. Rio de Janeiro: F. Briguier & C. Editores, 1899, p. 128.

ordem jurídica”²¹². Nesta ordem de ideias, o grau de culpa seria auferido analisando o campo psíquico do agente, é dizer, o quanto ele é hostil ao ordenamento jurídico, independentemente do resultado concreto de sua ação. A utilização dos aspectos subjetivos é, de fato, caro à obra de Von Liszt, sendo certo que este autor inseria a culpa e dolo dentro da culpabilidade.

Franz Von Liszt considerava a “pena justa, quando e em tanto quanto é necessária para a manutenção da ordem jurídica”²¹³, sendo esta lição viva e presente na doutrina hodierna, ainda que seja misterioso o conteúdo jurídico na ideia de “necessidade”. Isso porque a definição é circular: pena justa é aquela necessária, e pena necessária é aquela apta a concretizar os fins da pena. Assim, o critério utilitarista vige sem concorrência e a ideia de retribuição permanece sendo um *espírito errante* dentro da teoria da pena, pois que sem qualquer densidade normativa.

O nebuloso critério de proporcionalidade entre o grau de culpa e a reprimenda seria uma espécie de salvação do retributivismo, mas não há qualquer critério que relacione um e outro. Isso porque são de naturezas diversas. Ora, não há relação entre privação de liberdade de uma pena com a vida lesada pelo homicídio, muito menos com o patrimônio, no caso do furto. Não é possível converter a liberdade em vida, para estipular uma relação proporcional.

Günther Jakobs²¹⁴ também não deixou de observar os problemas desse sincretismo. Para o autor, há uma falsa harmonia entre os dois critérios (retribuição e prevenção). Aduz que a tentativa de vincular a prevenção especial à retribuição da culpabilidade é incompatível com todas as pesquisas estatísticas de que dispõe. Assim, já com base empírica, Jakobs tenta pôr fim à ilusão da retribuição como medida da culpabilidade. Na linha de Jakobs, a fundamentação

²¹² LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido e Comentado. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

²¹³ LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Traduzido e Comentado. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, p. 125.

²¹⁴ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoria de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 9.

retributivista não seria mais do que a tentativa de salvar um conceito religioso da pena, que está impregnado no inconsciente coletivo.

Tomar de empréstimo a base kantiana do imperativo categórico, para fundamentar filosoficamente a corrente retributivista, esbarra em um grande problema, Kant utiliza expressamente as intuições como instrumento, refinando e compatibilizando o idealismo ao empirismo. Sua metafísica expressamente utiliza de intuições e ideias *a priori*. Já o Direito Penal só tolera o pensamento *a posteriori*, é dizer, a conclusão deve ser sempre posterior à experiência empírica, tanto quanto a punição deve suceder o fato. Daí a impossibilidade de se delimitar, empiricamente, os critérios e a relação entre culpa e reprimenda. Esses critérios não existem, porque Kant os trabalhou sob um aspecto apriorístico, lastreado na intuição.

Hans Kelsen acusa Hegel e Kant de repaginarem as antigas fundamentações religiosas, para quem “a veneração aos soberanos é exatamente a mesma da veneração a Deus”²¹⁵. Assim, a expressão do Estado pode ser tão irracional quanto a criação de mitos, eis que, “la omnipotencia jurídica del Estado llega en ocasiones a considerarse erroneamente como fuerza natural, absolutamente irresistible”^{216 217}. Arremata o pai do positivismo jurídico que o Estado moderno não fez nada além de substituir o Estado teológico, com outras tintas, é o velho adágio lampeduziano de *mudar tudo para nada mudar*.

Tentar manter vivo o retributivismo irracional, ao unificar dois critérios fundamentadores da pena, com bases antagônicas, para além de um problema teórico, cria uma inviabilidade prática²¹⁸. Não há qualquer parâmetro que possa auferir a quantidade de reprimenda compatível com a retribuição a um fato criminoso, pois que esta deita suas raízes na ideia de pecado, depois repaginada

²¹⁵ KELSEN, Hans. Dios y estado. In: El otro Kelsen. Óscar Correas (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 250.

²¹⁶ KELSEN, Hans. Dios y estado. In: El otro Kelsen. Óscar Correas (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 255.

²¹⁷ “A onipotência jurídica do Estado às vezes é erroneamente considerada uma força natural, absolutamente irresistível.” (livre tradução)

²¹⁸ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoria de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 14.

e bem refinada por Kant, com seu imperativo categórico, enquanto a ideia de prevenção possui cariz utilitário.

Bentham tentou, sem sucesso, engendrar uma relação entre as penas e as condutas, conforme já tratamos, em construção teórica que jamais foi acolhida. Outrossim, Paul H. Robinson²¹⁹ elaborou padrões empíricos para delimitar as penas, conforme a opinião pública. De resto, a relação entre pena e conduta é mais uma fantasia metafísica, pois é uma ilusão tentar achar algum critério objetivo que relacione a pena com o ato de matar alguém, salvo a intuição do que é justo, em uma dada sociedade e em uma dada época. Malgrado a impossibilidade teórica e prática, foi este o caminho da legislação penal pátria, que no art. 59 do Código Penal expressa:

Art. 59 – O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

O legislador, pretendendo a reprovação e a prevenção do crime, adota dois critérios, com bases filosóficas antagônicas, não atingindo nem um e nem outro resultado. A ideia de *pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção* é uma dupla ficção e não possui qualquer densidade normativa. Conforme dissemos, Kant se valeu de conceitos apriorísticos, enquanto o Direito Penal tenta se fundamentar em bases empiricamente demonstráveis.

O conceito de necessidade não é normativo, pois que, mesmo na hipótese de um condenado, após muitos anos do crime, estar absolutamente adaptado às regras sociais, a pena será aplicada, independentemente de ser necessária (salvo nos exíguos casos em que se permite a transação ou negociação de penas). Se alguém contando com 18 (dezoito) anos cometer um roubo e for condenado com trânsito em julgado, 20 (vinte) anos após o crime a pena será aplicada kantianamente (ressalvada a prescrição).

²¹⁹ ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal – A quién debe sabcionarse y em qué medida*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Quanto à suficiência, o quadro é ainda pior. Já tivemos a oportunidade de externar que não há qualquer vinculação lógica entre a conduta e a punição. A ideia de suficiência é menos do que uma fantasia, por absoluta falta de sustentação lógica. Assim, o legislador, quando declara que pretende a repressão e prevenção do crime, mistura a metafísica kantiana com o utilitarismo Inglês, e com isso dá à luz a um monstro lógico, que existe apenas na Lei.

3.3. Análise da relação entre a filosofia moderna e a fundamentação das penas na modernidade

Analizamos, no capítulo anterior, que a filosofia antiga e a pena da idade antiga e medieval eram tributárias do sistema religioso que vigia. Eventualmente se invocava as teses de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, mas podemos concluir, com segurança, que a filosofia e o sistema punitivo dos povos antigos possuíam a mesma raiz, é dizer, a metafísica religiosa de ordem divina.

Já em relação ao sistema moderno de aplicação de pena o quadro é outro. Nesta fase do pensamento penal, a filosofia moderna foi a tônica de todas as escolas penais desde o iluminismo. Os penalistas muitas vezes também eram filósofos, e os filósofos quase sempre escreviam sobre Direito Penal. Ressalvada a reação da Escola Técnico-Jurídica, que tentou se emancipar da filosofia, o sistema penal foi pautado pela filosofia.

Beccaria, leitor dos contratualistas ingleses, sempre tentou argumentar pela utilidade das penas, ainda que ligado ao pensamento filosófico contratualista. Ademais, a dita Escola Clássica foi fortemente influenciada pelos revolucionários franceses, idealistas alemães, além da forte influência da filosofia tomista nos juristas Italianos, lastreados na ideia de livre arbítrio. Kant e Hegel também tiveram papel decisivo na fundamentação retributivista das penas, migrando-se de uma retribuição divina, para uma retribuição idealista que, conforme denunciado por Hans Kelsen, não se apartavam tanto assim.

Oswaldo Henrique Duek leciona que, em Hegel, o crime constitui um “atentado à vontade substancial universal, na qual se inclui o próprio criminoso”²²⁰, e essa concepção é diametralmente diversa do que se argumenta no campo da teoria sociológica dos sistemas, em que o ato criminoso irrita o sistema social, negando-o, é dizer, o criminoso não nega a si mesmo, como quer Hegel, mas hostiliza o sistema.

Se no funcionalismo sistêmico, de que emerge a prevenção geral positiva, à pena resta o papel de reafirmar o Direito, no retributivismo kantiano a punição cumpre a missão de “reestabelecer a justiça universal”²²¹. Haveria um sentimento universal dos povos de que o criminoso deve ser punido em razão do delito²²². As chaves de interpretação místicas foram substituídas por conceitos metafísicos, empiricamente indemonstráveis, como é o caso de *justiça universal*, ou *sentimento dos povos*.

Certas abstrações, decorrentes da imaginação humana, como é o caso de “bem jurídico”, foram tomando corpo de um *ente*, como se existissem no mundo dos fatos. Assim, supõe-se que a condenação de um homicida proteja o bem jurídico “vida”, mas é impossível indicar uma vida concreta que foi protegida pela prisão do homicida.

A filosofia moderna se valeu da metafísica para se fundamentar, especialmente os filósofos idealistas, de cariz platônico-tomista. Essa base metafísica adentrou no Direito Penal, que foi pródigo em criar abstrações como o “homem médio”, a “justiça universal” ou o “bem jurídico”. Por outro lado, a Escola Positiva, de Cesare Lombroso, se ancorou muito mais na sociologia e biologia do que na filosofia. Ademais, a própria filosofia, na fase positivista, foi fortemente influenciada pelas ciências naturais, como podemos observar em David Hume.

²²⁰ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, da pena, p. 128.

²²¹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 129.

²²² HEGEL, Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 90.

A análise concreta e descritiva foi a tônica da Escola Positiva, a reboque do positivismo que campeava nas demais áreas da ciência. Se as teses lombrosianas da frenologia foram rapidamente infirmadas, Oswaldo Henrique Duek Marques leciona que muitas de suas conclusões foram refinadas e encontraram arrimo em estudos mais recentes. Veja-se²²³:

A explicação atávica do comportamento criminosos viria a encontrar arrimo nos estudos do analista suíço Carl Gustav Jung (1875-1961), que, desde 1910, afastou a ideia de que o psiquismo começaria a formar-se somente a partir do nascimento. Para ele, o homem não nasce tábula rasa, mas apenas inconsciente, porquanto possui coisas herdadas de seus ancestrais, intitulada inconsciente coletivo.

Em seguida, Franz Von Liszt, tentando conciliar elementos da Escola Clássica e Positiva, engendrou um positivismo verdadeiramente jurídico, já que a Escola Positiva mergulhava em outras ciências para fundamentar as penas. A partir daí o Direito Penal moderno, que foi inaugurado com Feuerbach, adquire sua maioridade.

Por fim, o funcionalismo, especialmente a versão de Günther Jakobs, volta o Direito às então modernas teorias sociológicas dos sistemas, engendrando tese descritiva da fundamentação das penas, enquanto Claus Roxin, alinhava teses prescritivas para fundamentar as penas, ancorado puramente na ciência do Direito. Desta forma, para os fins da nossa tese, concluimos que o Direito Penal moderno foi tributário da filosofia moderna, sendo certo que filósofos e penalistas se ombrearam durante os últimos quatro séculos.

Ressaltamos o grave problema do sincretismo acrítico, em que o Direito Penal incorreu, pois que misturou teses filosóficas antagônicas, gerando o atual estado da Ciência Penal. Este estado de irracionalidade foi denunciado por Klaus Günther, para quem a relação entre o crime e a pena é imensurável, sendo a pena uma manifestação simbólica e comunicacional da distribuição original de bens lesados pelo ato, sendo toda fundamentação uma *roupagem exterior*. Neste sentido:

Se, no entanto, nenhuma justificativa da pena é convincente e a necessidade de punição tampouco pode ser explicada racionalmente, a crítica da pena deve desembocar finalmente em uma crítica da

²²³ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 138.

*necessidade de punição. A convicção de que é necessário punir parece estar tão enraizada e sobreviver tão obstinadamente a todas as objeções fundamentadas que não é mais possível compreendê-la e justificá-la com razões, mas apenas explicá-la pelas causas, e não pelas causas passíveis de compreensão pela razão, mas por aquelas que atuam à sua revelia*²²⁴.

Notamos que existem teses que pretendem relacionar logicamente o crime à pena, como tentou Bentham e como, hoje em dia, pesquisa Paul H. Robinson, mas sem qualquer influência na dogmática penal nacional hodierna.

Escapando da metafísica em que a filosofia moderna se perdeu (conforme veremos no próximo capítulo), Günther²²⁵ explica que a punição do criminoso compensa a própria renúncia às pulsões, recalcados pela maior parte da sociedade. Assim, a expiação é um ato de defesa do Ego contra as próprias pulsões, e o desejo de que os criminosos sejam punidos é uma manifestação voltada para a própria *psique*, com o fito de inibir as pulsões, que não foram inibidas pelos criminosos. Essa sim seria a verdadeira prevenção geral, que supriria um relaxamento do superego dos potenciais criminosos. Neste sentido:

*A interpretação da pena como meio de estabilização da própria renúncia às pulsões evidencia porque a prevenção geral é considerada uma justificativa suficiente para a pena (sobre essa explicação, ver Hafke 1976). A diferença nas contas do autor do ilícito e dos demais tem, por assim dizer, um efeito contagioso sobre a comunidade, cujas próprias pulsões desviantes são ativadas pela experiência de como o criminoso se entrega às suas pulsões e as vive por inteiro*²²⁶.

Enfim, toda a base metafísica do sistema penal moderno foi lastreada na filosofia moderna, dita *da consciência*, em que se acreditou que a psique humana individual seria apta a oferecer soluções racionais aos problemas humanos. Ocorre que toda a metafísica foi erodida já no fim do século XX, diante da comprovação de que a psique humana é um setor onde a razão não reina. Hans Kelsen, conforme expusemos, já denunciava que o Estado moderno apenas substituiu Deus, e podemos complementar que a metafísica substituiu o misticismo dos povos primitivos.

²²⁴ GÜNTHER, Klaus. *Crítica da pena II*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 3 n. 1 p. 137 – 150, Jan-Jun, 2007, p. 144.

²²⁵ GÜNTHER, Klaus. *Crítica da pena II*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 3 n. 1 p. 137 – 150, Jan-Jun, 2007, p. 144.

²²⁶ GÜNTHER, Klaus. *Crítica da pena II*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 3 n. 1 p. 137 – 150, Jan-Jun, 2007, p. 146.

Se no campo da filosofia, a metafísica foi desacreditada, conforme veremos no próximo capítulo, o sistema punitivo hodierno ainda é ancorado em bases anacrônicas²²⁷ de uma filosofia da modernidade ultrapassada, sendo certo que, nas palavras de Klaus Günther, “a necessidade de punição seria o último resto de metafísica que carregamos conosco no mundo moderno”²²⁸.

Assim, Foucault arremata que “a prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX como uma instituição de fato, quase sem justificção teórica”²²⁹. E é sob esse estado de coisa que a fundamentação das sanções penais são baseadas, com seus entes metafísicos, tentando sobreviver na pós-modernidade.

²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Renan, 2014.

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Renan, 2014, p. 148.

²²⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 179.

4. O FUNDAMENTO FILOSÓFICO DO SISTEMA NEGOCIAL DE APLICAÇÃO DE PENAS

4.1. Filosofia da linguagem: a morte da metafísica

Conforme exposto no capítulo antecedente, todo o otimismo iluminista acerca das potencialidades da razão humana foi sendo erodido, lenta e gradualmente, pela comprovação de que o ser humano é movido por impulsos que emergem do inconsciente, e foi a consciência humana que gerou guerras e campos de extermínio. No campo da psicanálise, Sigmund Freud²³⁰ (1856-1939) investigou determinados impulsos internos, aptos a infirmarem o otimismo iluminista quanto à razão humana. Desejos reprimidos, que emergem das profundezas do inconsciente, possuem sua lógica própria, nem sempre compatíveis com a lógica cartesiana que campeava.

Em “Totem e tabu”, Freud descreve o fundamento das punições, sem qualquer fantasia. Observa, conforme lição de Oswaldo Henrique Duek Marques, que as “interdições são necessárias para evitar o contágio do grupo social pelo transgressor”²³¹. Assim, a conduta criminosa é um ato desejado e reprimido pelos demais indivíduos. A ausência de punição poderia dar azo, segundo Freud, ao relaxamento das instâncias de controle do superego, fazendo-se multiplicar a conduta, então repudiada.

O *homem criminoso* defendido pela Escola Positiva seria, em verdade, todos nós, e a repressão a alguns impulsos internos seria condição para a existência da cultura. Oswaldo Henrique Duek Marques nos ensina que, em Freud:

para garantir o pacto social e a obediência das interdições estabelecidas, há necessidade de uma instância superior e independente, apta a impedir a satisfação pulsional, capaz de

²³⁰ FREUD, Sigmund. *O ego e o id*. In: Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 2019.

²³¹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 32.

*permitir o vínculo permanente entre o desejo e a lei, tanto no que se refere a cada indivíduo, quanto no tocante ao grupo social, o qual não existe sem um sistema repressivo da coletividade, exercido por instâncias de controle social*²³².

Ao final, as generosas teorias da prevenção especial e geral, especialmente nas versões positivas, não passariam de construções discursivas, que tencionavam vislumbrar alguma lógica no ato de punir, sendo mais palatáveis do que a verdade inconveniente descrita pela psicanálise.

Oswaldo Henrique Duek Marques²³³ citando Hassemer²³⁴, sublinha a inexistência de base empírica na teoria da prevenção especial. A pesquisa sobre essa possível base empírica é como procurar maçãs em um laranjal, isso pelo fato do fundamento filosófico das teorias preventivas não ser empirista, mas fruto de um utilitarismo conjugado com um idealismo platônico-tomista, em que se supõe o criminoso/doente como alguém que deve ser *curado/reeducado*, conforme tratado no capítulo anterior.

Com isso, tanto o Direito Penal, quanto a filosofia moderna, edificaram seu prédio na areia, pois que a razão humana não é tão confiável como se supôs. O Direito Penal se baseou em abstrações metafísicas, frutos da imaginação humana e tão fictícia quanto o panteão dos deuses gregos. Como golpe final, a irracionalidade do nazismo, que permeou a primeira metade do século XX, demonstrou que a fé na razão humana foi um erro tão grosseiro quanto a fé nos antigos *totens*. Não bastasse, segundo Oswaldo Henrique Duek Marques, em Freud, “existe uma disposição inata do homem para a maldade para a agressividade, para a destrutividade e para a crueldade”²³⁵.

Toda a metafísica da filosofia moderna foi posta em dúvida²³⁶, pois que o lastro racional se mostrou tão inseguro quanto o lastro místico da metafísica dos antigos. O idealismo platônico-tomista perdeu seu prestígio, pois que fruto da

²³² DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 32.

²³³ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 195.

²³⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 378.

²³⁵ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Contribuições para a compreensão do nazismo: a psicanálise de Erich Fromm*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 107.

²³⁶ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008, p. 134.

racionalidade (ou irracionalidade) humana. Assim, o que restaria de conceitos metafísicos como a “Justiça” ou “Verdade”? Como delimitar algum conteúdo nestas palavras sem se valer da mistificação ou das abstrações inconfiáveis do modernismo?

Em um primeiro momento, a desilusão acerca da razão humana gerou um certo pessimismo generalizado, especialmente após a segunda guerra mundial. A metafísica dos antigos e a metafísica dos modernos foram, ambas, desacreditadas, sendo a razão humana tão vaporosa quanto os mitos gregos. A filosofia ficou órfã, uma vez morta a metafísica e suas agradáveis ilusões. O mundo ditado por divindades fora substituído pelo mundo ditado pela razão e, após a morte da razão, o ser humano se viu no mundo, por si mesmo, angustiado por sua liberdade.

O existencialismo emergiu desse caldo cultural, descrevendo que o ser humano é irrecorrivelmente livre, responsável por seus atos, sem qualquer finalidade apriorística e sem um sentido determinado. Estamos angustiadamente livres, afastando-se de qualquer fantasia metafísica. Dessa concepção, “Justiça” é que decidirmos que seja e “Verdade” é o que decidirmos que seja.

Albert Camus (1913-1960)²³⁷, enfrentando a ausência de sentido da vida, usou o mito de Sísifo, que trata de uma sanção consistente em levar uma pedra ao topo de uma montanha, que sempre rolava para baixo, em um trabalho infinito, sem sentido e sem objetivo. Assim, Camus assevera que a única questão filosófica a ser resolvida é se devemos viver ou suicidar-nos. Optando por viver, devemos ser felizes, “porque há algo em relação a essa luta estúpida de subir a montanha com uma pedra que fazia a sua vida valer a pena. Ainda é preferível viver a morrer”²³⁸.

Essa ideia de que as coisas são conforme o ser humano decidir que são, trazendo a filosofia à realidade, e superadas as fantasias da metafísica, gerou uma geração de filósofos existencialistas, em que se destacam Jean-Paul Charles Aymard Sartre (1905 – 1980) e Simone Lucie-Ernestine-Marie Bertrand

²³⁷ CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

²³⁸ WARBURTON, Nigel. *Uma breve história da filosofia*. Porto Alegre: LPM editores, 2012, p. 197.

de Beauvoir, (1908 –1986), além do próprio Camus. Ao lado do existencialismo, o niilismo chegou ao ponto mais baixo do pessimismo. Resgatando a obra de Friedrich Nietzsche (1844-1900)²³⁹, autores como Jaques Derrida (1930-2004) e Gilles Deleuze (1925-1995), passaram a construir toda uma filosofia que negava qualquer sentido certo para a vida, contestando, inclusive, a existência de valores a informar a humanidade, como os modernos supunham existir.

Desiludidos com a comprovação de que a razão humana não nos levou a bons caminhos, denunciaram que toda a tradição metafísica fora uma ilusão, pois que suas fantasias teóricas foram infirmadas pelos fatos, especialmente pela irracionalidade das grandes guerras mundiais. Aliás, Nietzsche²⁴⁰ acusa a metafísica de responsável pela desilusão de que tomou seu tempo, em que se fez emergir o pensamento niilista. Prossegue criticando a crença nas divindades, tanto quanto a crença na metafísica kantiana. Veja-se:

“como são possíveis juízos sintéticos a priori?”, por uma outra pergunta: “por que é necessário a crença em tais juízos?” – isto é, de compreender que, para o fim da conservação de seres como nós, é preciso acreditar que tais juízos são verdadeiros; com o que, naturalmente, eles também poderiam ser falsos! Ou, dito de maneira clara e crua: juízos sintéticos a priori não deveriam absolutamente “ser possíveis”: não temos direito a eles, em nossa boca são somente juízos falsos²⁴¹.

Se os antigos tinham os seus deuses, e os modernos suas fantasias metafísicas, os niilistas nada tinham, só a terrível liberdade, desprovida de um sentido apriorístico. Novamente voltamos à Fiódor Dostoiévski (1821-1881), na obra “Irmãos Karamazov”²⁴², em que o autor externa um pensamento niilista, de cariz *Nietzschiano*:

é permitido a todo indivíduo que tenha consciência da verdade regularizar sua vida como bem entender, de acordo com os novos princípios. Neste sentido, tudo é permitido [...] Como Deus e a imortalidade não existem, é permitido ao homem novo tornar-se um homem-deus, seja ele o único no mundo a viver assim.

²³⁹ ARALDI, Claudemir Luís. *Niilismo, criação e aniquilamento: Nietzsche e a filosofia dos extremos*. Ijuí, RS: Discurso Editorial, 2004.

²⁴⁰ NIETZSCHE, F. *A Gaia Ciência*. São Paulo: Editora Escala, 2006.

²⁴¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2016, p.15-16.

²⁴² DOSTOIÉVSKI, F. *Os Irmãos Karamazov*. Trad.: Rachel de Queiroz. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955, p. 1119.

No campo do Direito Penal, podemos observar reflexos do niilismo nas teorias agnósticas das penas. Ora, uma vez descoberto que os dogmas de que o Direito Penal utilizou como alicerce eram fantasias da criatividade humana, as punições perderiam todo o seu sentido e legitimidade. Quanto a ausência de legitimidade, Paulo Queiroz leciona que inexistente:

*[...] legitimidade ao Estado para exercer o poder punitivo, ressaltando principalmente a disparidade entre o discurso e a prática penais, bem como a circunstância de o direito penal criar mais problemas do que resolve, sendo criminógeno, arbitrariamente seletivo e causador de sofrimentos inúteis*²⁴³.

As fantasiosas teorias retributivistas, filhas da teologia medieval, e as indemonstráveis teorias da prevenção geral e especial, se tornaram conceitos vazios, que escamoteariam a real razão das penas: a manutenção do poder. Sobre a ideia da justificação do Estado acerca das penas, Gustav Radbruch leciona que:

*...a doutrina sobre o fundamento da pena baseia-se, por conseguinte, na doutrina da justificação do Estado, restando de pé apenas a doutrina dos fins da pena, quer dizer, a da necessidade da pena para o Estado, ou, mais precisamente, para a sociedade ou a ordem jurídica*²⁴⁴.

Se o fundamento da pena se liga à fundamentação do próprio Estado, os seus fins se desvinculam das pretensões iluministas da filosofia moderna, conforme debatido no capítulo anterior, especialmente na indemonstrável metafísica kantiana²⁴⁵. Ademais, a própria ideia de crime passa a ser contestada, uma vez ausentes as “verdades” metafísicas. Crime seria o que os detentores do poder decidiram que é. Louk Hulsman, trilhando esse caminho, afirma que:

*Chamar um fato de ‘crime’ significa excluir de antemão todas estas outras linhas; significa se limitar ao estilo punitivo - ao estilo punitivo da lógica sócio-estatal, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de ‘crime’ significa se fechar de antemão nesta opção infecunda. Para mim não existem nem crimes nem delitos, mas apenas situações problemáticas*²⁴⁶.

²⁴³ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM. 2014, p. 415.

²⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 238.

²⁴⁵ Lenio Luis Streck esclarece que a metafísica, inicialmente, possuía concepção teológica e era definida como tudo aquilo que está além da experiência. Em um segundo momento, se mostrou como ontologia, é dizer, buscava-se as características essenciais do ser e, em um terceiro momento, foi resignificada como gnosiologia, que representaria uma ciência universal, a que as demais ciências se baseariam e que condicionaria todo o saber humano. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 346).

²⁴⁶ HULSMAN, Louk. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Niterói: LUAM, 1993, p. 71.

O próprio Hulsman²⁴⁷ defende que as partes deveriam se autocompor, sem a necessidade da ideia de crime ou pena, nos moldes administrativos ou civis. Enfim, o desencantamento que atingiu em cheio a filosofia moderna fez alguns poucos efeitos na teoria das penas, isso porque a corrente abolicionista é francamente minoritária, seja a vertente que acredita que as punições são meio do sistema capitalista de existir²⁴⁸, seja a vertente de prega não possuir utilidade alguma²⁴⁹. Nesta ordem de ideias, vige, quase sem concorrência, a ideia de que crime seria uma verdade ontológica, cuja base filosófica é a desacreditada metafísica.

O desencantamento pela razão humana e pela metafísica deixou a filosofia órfã bilateral, mas por pouco tempo. As abstrações filosóficas deram espaço para outro parâmetro: a linguagem. A filosofia da linguagem pretende perscrutar a realidade, mas sem a muleta da metafísica, assim, volta seus olhos para o fenômeno linguístico. Limitar-nos-emos a estudar seu principal expoente Ludwig Wittgenstein (1889-1951), além de analisarmos Hans-Georg Gadamer (1900 - 2002) e Jürgen Habermas (1929-).

Wittgenstein representa o ponto máximo da filosofia da linguagem, assim como Sócrates é o ponto máximo da filosofia antiga e Kant o é na filosofia moderna. Gadamer é um autor muito popular no Direito por sua contribuição no campo da hermenêutica²⁵⁰ e, por fim, escolhemos Habermas por ser um estudioso da questão do consenso.

Desses três filósofos, poderemos investigar a relação da filosofia da linguagem com as penas consensuais, utilizando a mesma metodologia dos capítulos anteriores, expomos a síntese da base filosófica, em seguida estudamos as bases históricas das penas negociadas para, ao final, analisar a

²⁴⁷ HULSMAN, Louk. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Niterói: LUAM, 1993, p. 253-254.

²⁴⁸ MATHIESEN, Thomas. *A Caminho do Século XXI - Abolição, um sonho impossível? In: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim. n.4, 1997, p.276.

²⁴⁹ CHRISTIE, Nils. *Limites à Dor: O Papel da Punição na Política Criminal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 25.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

relação entre um e outro e a contribuição que podemos colher da filosofia em benefício da dogmática penal.

4.1.1. Ludwig Wittgenstein

Ao lado de Sócrates e Kant, Ludwig Wittgenstein (1889-1951) foi responsável por uma quebra de paradigma filosófico²⁵¹. Tanto quanto seus antecessores, a construção filosófica que alinhavou foi filha de lenta e gradual acumulação de conhecimento das gerações anteriores. Ademais, representa uma resposta às limitações filosóficas identificadas nas correntes que o antecederam.

Desde o desencantamento com a metafísica moderna, a filosofia procurava algum objeto de reflexão, encontrando na linguagem um campo fértil de pesquisa, motivo pelo qual os pioneiros dessa fase da filosofia retomaram os estudos de Ferdinand de Saussure, (1857 - 1913)²⁵², um linguista francês, cuja obra não era direcionada à filosofia, especificamente.

Saussure delimitou duas formas de estudo da linguagem²⁵³: sincrônica e diacrônica, esta estuda as mudanças dos signos, enquanto aquela pretende descrever o significado das palavras, em um dado ponto no tempo. Note-se que este autor estabelece que o estudo do significado da palavra só pode ocorrer em um determinado ponto específico da história, considerando-se que os significados se alteram. Outra importante classificação deste mesmo autor é a distinção entre significante e significado²⁵⁴, o signo linguístico constitui-se da combinação entre estes dois conceitos, o primeiro é a *imagem acústica* da palavra, o som que a palavra representa, enquanto significado é o conceito que

²⁵¹ BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

²⁵² SILVA, Adriana Pucci Penteado de Faria e. *Saussure: a invenção da Linguística*, Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 187-191, Julho de 2014.

²⁵³ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 24. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

²⁵⁴ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 24. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

pretende exprimir. A importância de Saussure foi o enfoque no fenômeno da palavra, mais especificamente do fonema, que é perceptível pela audição, e difere do fenômeno do significado. Significante e significado, somados, equivalem ao signo linguístico.

Voltando a Wittgenstein, para compreendê-lo, cumpre dividir sua obra em duas partes, já que este realizou profundas modificações em seu próprio pensamento. Pode-se dizer que há *dois Wittgensteins*, o primeiro corresponde à obra “*Tractatus Logico-Philosophicus*”²⁵⁵, publicado em 1921 e o segundo refere-se à obra “*Investigações Filosóficas*”²⁵⁶, publicada após a sua morte.

Em seu “*Tractatus Logico-Philosophicus*” o autor elabora uma sequência de aforismos, infirmando a visão tradicional da filosofia. Ele rejeita a tese de que as coisas e as ideias poderiam ser analisadas de forma individualizada, defendendo que as coisas só possuem significado quando relacionadas com outras coisas, isso por si só já era revolucionário. Ora, seja no pensamento antigo, seja no pensamento moderno, as coisas eram investigadas em si. Tomemos como exemplo o conceito de “Justiça”, seja na antiguidade, seja na modernidade, esse conceito era investigado em busca de uma *verdade fundante* sobre seu significado, seja através de métodos místicos, seja por meio da razão humana.

Mas em Wittgenstein há outra perspectiva. Afirmando que qualquer objeto só pode ser pensado dentro de um estado de coisas, e que há condições para que um objeto possa ser pensado, o autor exclui a análise sobre uma suposta *essência da coisa*. Ele se afasta das tradições metafísicas, em que se pretendia buscar a *verdade das coisas* em realidades suprassensíveis. Nesta ordem de ideias, as coisas, em si mesmas, não possuem sentido algum e só ganham significado quando relacionadas com outras coisas²⁵⁷. Voltemos ao exemplo: a palavra “Justiça” possui um significado linguístico que pode ser auferido nos dicionários. Dicionários se utilizam de outras palavras para criar a definição de “Justiça”, e essas outras palavras, por sua vez, são conceituadas por outras palavras, em uma relação circular. Neste sentido, as palavras, por si só, não

²⁵⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

²⁵⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

²⁵⁷ BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

possuem significado algum, senão aquele que nós conferimos a elas e que podem ser expressos linguisticamente, em um sistema autorreferente.

Utilizamos das palavras para corresponder às coisas, mas para isso cumpre que haja uma conexão entre as palavras que as exprimem e os objetos do mundo. Entretanto, afirma o autor, essa conexão é indemonstrável²⁵⁸. É o exemplo da palavra cadeira e o objeto que ela designa. Não é demonstrável a conexão entre um e outro. Isso porque, quando se fala do mundo, já estamos dentro da sua forma lógica e não há como vê-lo fora dele próprio. Assim como o dicionário não pode conceituar uma palavra sem utilizar de outras palavras do próprio dicionário, não se pode conceituar nada fora dos elementos que já estão no mundo. Dessa forma o autor traça uma linha filosófica alheia a qualquer conceito metafísico. Isso descortina o problema que debateremos no capítulo anterior: não há qualquer relação entre a pena e sua punição, sendo a proporcionalidade uma das muitas fantasias, filhas da metafísica. A relação entre pena e crime é aquela criada exclusivamente pela criatividade humana, tanto quanto a relação entre a palavra “cadeira” e o objeto “cadeira” é um construto artificial.

Lembremos da metáfora da caverna de Platão, em que, simbolicamente, se acreditava que poderíamos ter percepções de fora do mundo, representado pela caverna; ou os medievais que acreditavam que Deus poderia revelar verdades de fora do mundo. Todos esses exemplos são infirmados por Wittgenstein, que passa a limitar a filosofia ao problema da linguagem e sua caracterização.

Esse primeiro Wittgenstein asseverava que cumpriria à filosofia se ocupar do esclarecimento acerca da linguagem, a fim de exprimir os pensamentos de forma clara. A especulação metafísica não seria objeto da filosofia, mas do misticismo. Portanto, os filósofos deveriam observar o sétimo aforismo da sua obra: “sobre aquilo que não se pode falar, deve-se calar”²⁵⁹, já que os limites do mundo seriam equivalentes aos limites da linguagem. Entretanto, o segundo

²⁵⁸ BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

²⁵⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

Wittgenstein, em suas “Investigações Filosóficas”, faz uma autocrítica e segue outro caminho. Logo no prefácio desta obra, o autor já revela que:

...Há quatro anos, porém tive oportunidade de reler meu primeiro livro (o Tractatus Logico-philosophicus) e de esclarecer meus pensamentos. De súbito, pareceu-me dever publicar juntos aqueles velhos pensamentos e os novos, pois estes apenas poderiam ser verdadeiramente compreendidos por sua posição ao meu velho modo de pensar, tendo-o como pano de fundo²⁶⁰.

Partindo de uma antiga tradição platônica, as palavras deveriam servir para identificar um objeto, representando unidades simples que compõem a realidade complexa. Santo Agostinho, herdeiro da tradição platônica, é transcrito, logo no primeiro capítulo da obra, como exemplo da linha filosófica que defende que as palavras denominam as coisas. Veja-se:

Santo Agostinho descreve, por assim dizer, um sistema de comunicação; só que esse sistema não é tudo aquilo que chamamos de linguagem. E isso deve ser dito em muitos casos em que se levanta a questão: “Essa apresentação é útil ou não?”. A resposta é, então: Sim, é útil; mas apenas para esse domínio estritamente delimitado, não para o todo que você pretendia apresentar²⁶¹.

Em suas *Confissões*, Santo Agostinho tenta expor que é por meio da experiência que aprendemos o significado das palavras, sendo certo que estas denominam os objetos, dando azo às frases complexas. Palavras seriam unidades simples, que permitiriam a construção de frases e pensamentos complexos, ocorre que, nesta segunda fase, Wittgenstein passa a refletir sobre esta construção. Assim, a ideia de palavra como “unidade simples” não o contenta, pois que a palavra não é algo inerte, seu significado está inserido em um dado contexto histórico e culturalmente delimitado²⁶².

A ideia da palavra como um tijolo, com o qual se utiliza para construir um prédio, não parecia correta ao autor. Isso porque ele notou que este tijolo mudava de forma, sistematicamente, e por essa razão, o edifício seria

²⁶⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 26.

²⁶¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 28.

²⁶² Em sentido parcialmente contrário vide: CHOMSKY, Noam. *linguagem e mente*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

Para este autor existe um denominador comum às linguagens, independentemente das circunstâncias históricas e social. Assim, haveria alguma “verdade” por trás da linguagem.

modificado. Vejamos o exemplo de “mulher honesta” que permeou o Código Penal brasileiro. O conteúdo do termo “honesto” passou por uma evidente alteração de significado. A ideia que se gostaria de conferir ao termo, nos anos 40 do século passado, não mais era compatível com o significado atual da palavra. Como o significado da palavra pode ser alterado, o efeito de conferir nome a um objeto não pode ser o seu único escopo. Com essa problemática da insegurança semântica, o autor se afasta da ideia de que a palavra nomeia objetos e substitui esse fenômeno pelo conceito de *jogos de linguagem*.

Jogos de linguagem são as regras e sistemas de utilização da linguagem em um dado momento histórico, geograficamente identificável. São as formas como uma dada sociedade emprega a linguagem, dando sentido às palavras. Separar a linguagem do contexto passa a ser rejeitado por Wittgenstein, pois o que confere significado à palavra é a realidade, e não o oposto.

Ora, se as interações sociais e culturais têm o condão de alterar o significado das palavras, conclui-se que não é a palavra que nomeia as coisas da vida, mas a vida que dá significado às palavras. Com isso, mais de 25 séculos do pensamento filosófico estavam contestados. Isso porque, até então, se utilizavam palavras para exprimir ideias, mas eram as ideias que determinavam o que eram as palavras. Na metáfora do próprio autor, assim como um jogo de xadrez não diz respeito às peças de madeira que o compõe, a linguagem não trata de palavras²⁶³. As peças de madeira não substituem nada, tanto quanto as palavras não substituem nada. Seja na linguagem, seja no xadrez, são regras que ditam a aplicação de suas peças, e elas, por si sós, nada representam. O significado da palavra não é um objeto antecedente, mas é determinado por regras anteriores.

A crença agostiniana de que desvendar a significação de uma palavra, e empregá-la para exprimir um pensamento, seria um sistema filosófico seguro, passou a ser contestada por Wittgenstein, pois que a linguagem não é inerte, além de se submeter ao sistema social e cultural de cada momento, com suas regras específicas. Essas regras que determinam os jogos de linguagem são

²⁶³ BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

mutáveis a depender da cultura, visão de mundo e época, integrando a forma de vida de cada grupamento social. Como exemplo, imaginemos uma torcida de futebol que, durante os 90 minutos de partida, compartilha linguagem e estrutura simbólica própria. Após o fim do jogo cada pessoa se dirige ao seu ambiente, em que a estrutura linguística é radicalmente diferente. Utilizar as regras linguísticas da partida de futebol tornaria seu discurso, ou ininteligível, ou inapto ao seu escopo.

Desta forma, o autor rompe com a ideia de que palavras servem para descrever o mundo, e tenta provar que a linguagem é a forma *de estar* no mundo. Se nossa compreensão da realidade é entendida por meio de uma forma de vida, consubstanciada na linguagem, nossa visão de mundo possui um aspecto normativo, decorrente das regras de emprego da linguagem, é dizer, os jogos de linguagem, que são sistemas adrede criados, onde se manifesta a linguagem. Sendo nossa percepção da realidade limitada pelos sistemas linguísticos, que possuem regras próprias, resta evidente a impossibilidade de respostas absolutas, ou verdade fundantes, pois que qualquer fenômeno deste tipo estaria fora do mundo e, portanto, fora da experiência linguística humana.

No campo do Direito Penal, são várias as construções *fora do mundo*. Tomemos por exemplo a ideia de *homem médio*. Essa construção, cara à dogmática, está fora do mundo, é dizer, ela não existe no mundo real, é uma das muitas abstrações criadas pela dogmática penal. Outro exemplo: qual o bem jurídico protegido pela condenação de um homicida? Esse bem jurídico é uma abstração fora do mundo, já que o bem jurídico *dentro do mundo* foi violado. Tentar argumentar que o bem jurídico seria de outras potenciais vítimas, nos levaria a um caminho ainda mais tenebroso: fundamentar a sanção em algo que ainda não foi realizado, punir por fato futuro.

Em suma, Wittgenstein defende que se deve indagar acerca da função das palavras, e não acerca de seu significado. Sua função dentro do “jogo de linguagem” é a única questão filosófica que se deve perquirir, pois que o significado é variável ao infinito²⁶⁴. Com isso, o problema da metafísica havia

²⁶⁴ BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

sido superado. A questão sobre as *verdades absolutas*, seria algo além da experiência humana e, portanto, deixou de ser objeto de estudo da filosofia.

Adiantemos o problema criado no campo do Direito Penal: baseamos toda a dogmática em conceitos *fora do mundo*, é dizer, o *homem médio*, a *mulher honesta*, além de abstrações indemonstráveis, como livre-arbítrio, previsibilidade objetiva e etc. A metafísica é presente na dogmática penal, isso porque toda a dogmática se insere na filosofia moderna, conforme externamos no capítulo anterior. Com morte da metafísica, o Direito Penal carrega dentro de si um cadáver da modernidade e, por isso, o há um sentido de irracionalidade diante do sistema punitivo.

4.1.2. Hans George Gadamer

Hans George Gadamer (1900-2002) foi um importante filósofo alemão do século XX, que se esmerou em estudar toda a tradição filosófica da antiguidade grega²⁶⁵. No ano de 1960, mergulhado no contexto da filosofia da linguagem, produziu sua obra mais importante: “Verdade e Método”.

Gadamer foi aluno de Martin Heidegger, e toda a problemática do tempo e da historicidade toma corpo em suas reflexões. O autor analisa a ideia de preconceito, não no sentido do ato criminoso, mas sim nas pré-compreensões que antecedem a análise racional²⁶⁶. Na filosofia moderna, especialmente no iluminismo, esses preconceitos eram considerados problemas que maculariam a razão, seria um obstáculo a ser resolvido para se chegar às *verdades das coisas*, já que as ideias seriam *estruturas apriorísticas dos métodos das ciências naturais*²⁶⁷.

²⁶⁵ WARBURTON, Nigel. *Uma breve história da filosofia*. Porto Alegre: L&PM, 2012.

²⁶⁶ WARBURTON, Nigel. *Uma breve história da filosofia*. Porto Alegre: L&PM, 2012.

²⁶⁷ KAHLMEYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017, p.18.

Desde Descartes, buscava-se um método científico apto a trazer respostas às indagações filosóficas e, especialmente, chegar-se às “verdades”. No contexto da filosofia moderna, o preconceito seria uma percepção irracional de algo, motivo pelo qual certamente levaria ao erro. Para inibir esse erro, os filósofos modernos elaboravam métodos de raciocínio, com critérios próprios.

A linha de pensamento que costumava valorizar os padrões históricos consolidados era o romantismo, que teve algum destaque no século XIX. O romantismo se contrapunha ao iluminismo por voltar, conscientemente, aos padrões míticos da antiguidade, argumentando que traduziria uma forma de conhecimento superior, assim, a historicidade é uma característica marcante do romantismo. Neste contexto, Gadamer tenta refletir acerca dos preconceitos e das tradições do pensamento, no cotejo da racionalização, alinhavando padrões hermenêuticos próprios. Neste sentido:

Consoante os argumentos anteriores, presumimos ter fornecido ao leitor insumos para que perceba que a tarefa de reabilitação dos preconceitos a que Gadamer se propõe nada tem a ver com o elogio incoerente de juízos discriminatórios ou de atitudes de depreciação moral. O que Gadamer chama de prejuízo (vorurteil) ou preconceito (como no uso corrente da língua alemã) sequer chega a ser um juízo (urteil). (...) o relevante na hermenêutica não é a diferenciação entre preconceituoso e o não preconceituoso, mas entre preconceitos legítimos e ilegítimos²⁶⁸...

O autor indaga sobre a segurança de qualquer método que seja, e antagoniza todos os herdeiros de Descartes, que criticavam as tradições como mecanismo inválido para as ciências. Neste ponto, é necessário distinguir a ideia de tradição que o autor pretende exprimir, do sentido usual da palavra. As tradições criam uma determinada carga cognitiva, ou valorativa, acerca dos objetos e conceitos. Essa carga foi se construindo paulatinamente, no curso da história, até chegar a nós, que internalizamos tais ideias pelas relações sociais e culturais.

Temos internalizados que um homicídio deve ser mais gravemente punido do que um roubo, mas essa relação nos é herdada, como era herdado a reverência ao *totem* tribal. Essa herança da tradição não é algo a ser inibido,

²⁶⁸ KAHLMEYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 86.

mas sim respeitado, por ser uma criação humana, com sua respectiva carga valorativa, pois que as tradições “só perduram por trazer consigo algo que, exatamente por ser genuíno, justificaria sua apropriação por seus herdeiros”.²⁶⁹

Para o iluminismo, essa internalização seria irracional e prejudicaria a ciência, pois que esta deveria ser puramente racional. O método teria o condão de evitar que preconceitos, ou padrões irracionais, se imiscuíssem na razão humana. Ocorre que Gadamer passa a refletir exatamente sobre esses supostos malefícios dos preconceitos. Notamos que os modernos pretendiam, através do método, chegar às *verdades*, supondo que se poderia, por meio da razão, partir de um grau zero²⁷⁰ de compreensão.

Entretanto, como Gadamer demonstrou, não há um grau zero de compreensão. Por exemplo, não é possível pretender se chegar ao significado *último e verdadeiro* de uma palavra, porque quem cria o significado é o *ser-no-mundo*, é dizer, o significado decorre de uma lenta construção histórica e social. Essa ideia de *ser-no-mundo*, diametralmente oposta a qualquer visão metafísica do *ser*, foi colhida por Gadamer em Martin Heidegger (1889-1976).

O *ser*, em Heidegger, é inserido historicamente em seu contexto e seu horizonte de tempo²⁷¹. O *ser* está aberto ao mundo e ao seu tempo, tanto quanto, em Wittgenstein, a linguagem está inserida em seu contexto histórico. Esse *ser-no-mundo* foi inspirado no o termo *dasein*²⁷², de Martin Heidegger, que é o *ser* humano individual, situado histórica e culturalmente, sendo filho de suas tradições e aberto para as possibilidades da vida. Essa ideia de *dasein* heideggeriana se contrapõe àqueloutra da filosofia clássica, em que há uma natureza humana universal.

Dasein é a retomada do conceito de *ser*, até então pesquisado em sua ontologia²⁷³, é dizer, uma essência que o limitaria, mas desta vez com uma

²⁶⁹KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 91.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

²⁷¹ DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

²⁷² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1986.

²⁷³ HEIDEGGER, Martin. *Parmênides*. Petrópolis: Vozes, 2008.

abertura para a vida. Daí a tradução de *dasein* - *ser-aí* -, é dizer, o ser é, em si mesmo, aberto para o mundo, o que permite sua constante alteração. Não há uma essência fixa e imutável na essência do indivíduo, tanto quanto não há uma essência fixa e imutável nas palavras, conforme Wittgenstein.

Voltando a Gadamer, é curioso notar a ligação entre este autor e a antiga tradição socrática de reflexão por meio dos diálogos. O que Sócrates praticava, com sua *maiêutica*, era uma *fusão de horizontes*²⁷⁴ entre o conhecimento próprio e o de seu interlocutor. Sócrates se abria para o mundo e para o seu interlocutor, para fazer filosofia, aceitando a incompletude de seu conhecimento.

Conforme tratado no primeiro capítulo, Sócrates utilizava, como método, o diálogo com as pessoas, extraíndo daí suas reflexões. Assim, fundir os discursos, permitia a Sócrates fundir sua percepção com a do seu interlocutor. Nessa ordem de ideias, no campo da *maiêutica*, o debate nunca acaba com um vencedor e um perdedor, mas com uma compreensão nova, decorrente da fusão do horizonte de compreensão dos debatedores, tanto quanto uma negociação de pena não termina com vencedores e perdedores, mas com um construto novo, criado coletivamente. Neste sentido:

O trabalho de habilitação de Gadamer intitulado Interpretação do Philebo de Platão já continha muitos prenúncios da hermenêutica posterior e da interpretação que Gadamer ia fazer de Platão. Neste sentido, chama atenção sua escolha, já naquele momento, do Philebo, um diálogo tardio, porém no qual Sócrates desempenha um papel preponderante que revela até que ponto seguiu sendo vivo o motivo da pergunta pelo bem na "dialética ética" de Platão. O acento desta dimensão ética, da busca socrática, se opunha, desde logo, a uma versão puramente conceitual da dialética platônica, que se orientava pelo modelo de análise conceitual (aristotélico). A participação na prática dialógica ou hermenêutica se tornou assim uma chave – e não somente em um adorno – da filosofia platônica. Com isso, Gadamer pode também relativizar a vigência da crítica de Platão por parte de Aristóteles. O Philebo se pergunta por uma "vida mista", que era o único âmbito onde se podia encontrar o humanamente bom, e demonstrava em que medida Platão e Aristóteles se encontravam em um mesmo terreno. (Grondin, 2001, pp. 184-185)²⁷⁵.

²⁷⁴ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2007.

²⁷⁵ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer!*. Nat. hum., São Paulo, v.14, n.2, p.14-36, 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302012000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 set. 2020.

Dentro desse tema da facticidade do *ser-no-mundo*, Gadamer alinhavou o conceito de *fusão de horizontes* segundo o qual cada intérprete funde seu horizonte linguístico com o horizonte daquilo que pretende interpretar, seja um texto, seja um conceito. O interprete carrega toda a tradição de seu horizonte linguístico e, no ato de interpretar, funde com um horizonte linguístico alheio. Essa ideia é antagônica às pretensões iluministas, que pretendiam interpretar a coisa *conforme ela é*. Tanto Gadamer, quanto Heidegger ou Wittgenstein, compreendiam que a abertura para os fatos da vida era parte da essência de qualquer “verdade” e pesquisar algum conceito, ou valor, fora do mundo, seria um exercício estéril.

A coisa, *conforme ela é*, não é um dado pronto, algo que existia antes do sujeito, mas uma construção do próprio sujeito e de todos os sujeitos que o antecederam, tal é a historicidade que dá vida às coisas²⁷⁶. Não existe *ser* ou *coisa* fora da experiência da vida, motivo pelo qual o *ser-no-mundo* se afasta de qualquer pretensão metafísica (sem perder de vista que Heidegger ainda se utilizada da metafísica em sua obra). Tentar isolar o objeto, fora de seu contexto histórico, esvaziaria o próprio objeto, sendo certo que “compreender já se acha em meio a uma historicidade que condiciona as compreensões”²⁷⁷.

Palmitando Wittgenstein, Gadamer assevera que todo o conhecimento se adquire por meio da linguagem. A evolução das interações sociais vai modificando as significações, motivo pelo qual nada é imutável e as significações só passam a existir com o *ser-no-mundo*. A pretensão metodológica dos filósofos modernos não é apta a encerrar toda a *verdade*, isso porque a verdade é como uma fotografia de um certo ponto, em uma certa época.

Assim, o *ser-no-mundo* é herdeiro de toda historicidade que o antecedeu, que se projeta no presente, com isso, o preconceito é condição de compreensão. Nesta ordem de ideias, não é a tradição que está sob o jugo do sujeito, mas o sujeito que está limitado ao horizonte de compreensão de seu meio. A reflexão

²⁷⁶ KAHLMEYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017.

²⁷⁷ KAHLMEYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 98.

filosófica ocorre com a fusão desses horizontes, e não há compreensão fora dos limites linguísticos.

4.1.3. Jürgen Habermas – A Ética do Discurso

A obra de Jürgen Habermas é rica em amplitude e profundidade. Para além da densidade, Habermas foi alterando seu pensamento e conclusões com o passar do tempo, aumentando ainda mais a complexidade de sua obra. Utilizaremos seus estudos sobre a “ética do discurso”²⁷⁸, em que o autor expõe os elementos necessários para um consenso discursivo válido.

Habermas se classifica entre os procedimentalistas²⁷⁹, é dizer, defende que os valores, decisões e opções devem ser tirados de um procedimento preestabelecido, que ordene as condições do discurso. Com isso ele se afasta das *verdades absolutas* ou a *essência das coisas*, teorizando que as coisas são como as pessoas decidirem que serão²⁸⁰, restando que haja um procedimento apto à tomada de decisão. A verdade, para esse autor, é uma escolha engendrada coletivamente, no bojo de um procedimento aceito por todos, pois que o “assentimento de todos é a condição para a verdade, equiparando-se proposições normativas e não-normativas quanto à capacidade de verdade”²⁸¹. A isso se opõe os substancialistas, que defendem que há uma ordem de valores imutáveis, que não poderia ser nem sequer debatida, imputando a estes valores uma força de verdade preestabelecida.

Se extrai, *prima facie*, que o procedimentalismo de Habermas é radicalmente pós-metafísico. Isso porque não parte de verdades postas ou conceitos valorativos suprassensíveis. Pelo contrário, sem partir de nenhuma *verdade*, pretende, por meio do discurso intersubjetivo, alcançar consensos

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

²⁸¹ BALDAN, Edson Luís. *Intertipicidade Penal*. Tese (Doutorado em Direito Penal). PUC/SP, 2007, p. 145.

sobre os objetos e conceitos. Assim, à pergunta Socrática da obra “o banquete” sobre o que seria a amizade, Habermas responderia que amizade é aquilo que as pessoas decidirem que é, em uma situação ideal de discurso.

Aquela percepção metafísica da moral, que ocultava, sob a capa de verdades absolutas, padrões culturais e certezas práticas, são reveladas como meros hábitos sociais, nem sempre racionais. Assim, sua carga de certeza, que era lastreada, ou em fundamentação mística, ou em uma suposta razão humana, é revelada como um mero hábito historicamente arraigado. Este cipoal de “verdades” perde sua força diante da evidência que não possuem nem embasamento divino e nem racional. Em seu lugar surge a necessidade de internalização de um método de fundamentação, desta vez puramente linguístico.

O método de fundamentação discursiva proposto por Habermas é baseado em “estruturas pós convencionais do superego”²⁸². Pós convencionais porque não mais adstritas às convenções e hábitos culturais, e do superego dada a necessidade da internalização, pelos atores do discurso, como limitantes e organizadores do sistema discursivo. Conforme podemos identificar da obra “Comentários à ética do discurso”, que consiste na transcrição de alguns seminários do autor, os requisitos para um discurso livre e apto a gerar um consenso válido são²⁸³:

1. Modelos de socialização e formação livre de papeis sociais prévios
2. Capacidade de empatia com o outro
3. Método de assunção de papéis
4. Imparcialidade
5. Inclusão de todos os afetados
6. Ausência de coerção
7. Não restrição de tópicos
8. Reversibilidade dos resultados

Conforme analisado em Gadamer, o sujeito se encontra imerso em um contexto cultural específico. Há uma bagagem histórica, consubstanciada na tradição que permite a compreensão pelo *ser-no-mundo*. Para Habermas, essa

²⁸² REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Editora Vozes, p. 64.

²⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

carga de tradição deve ser identificada para que haja uma formação livre dos papéis sociais prévios e decorrentes das tradições.

Identificando a tradição que antecede a compreensão, seria possível cada sujeito ter empatia com o outro, sabedores que as diversas tradições vinculam a percepção de “*verdade*” de cada um. Na situação de fala ideal, em que os interlocutores têm compreensão dos papéis sociais que exercem e do papel social que o outro exerce, bem como toda a tradição subjacente, seria possível uma interrelação imparcial no sentido de permeabilidade ao argumento alheio.

As decisões e caminhos devem ser decididos pelos sujeitos afetados: as pessoas historicamente e geograficamente afetadas. Assim, toda a carga de responsabilidade pode recair sobre os afetados, pois são eles quem decidem. Além de todos os afetados integrarem o debate, sem qualquer coerção, nenhum tópico pode ser adrede vetado. Qualquer argumento pode ser lançado ao debate e, a depender de sua qualidade, poderá dar azo a integrar, ou não, a decisão.

Dessa fusão de sentidos lançados pelos diversos argumentos, algo será alinhavado como decisão consensual. Essa decisão deve poder ser reversível, porque os horizontes de sentidos não são estanques e o consenso se refere a um dado ponto historicamente identificado. Tornar algo irreversível seria dar uma força de verdade absoluta, em face de uma construção marcada por ser relativa às circunstâncias a que emergiu.

Exige-se, também, que sejam contempladas as consequências e efeitos secundários resultantes das decisões. A imparcialidade não impede que os valores morais locais e o horizonte histórico de uma dada localidade sejam contemplados racionalmente, como elemento de convencimento. As condições locais integram as pretensões linguísticas do ambiente, e não devem ser excluídas, como não se pode excluir qualquer argumento.

O modelo de assunção de papel, consiste em um pressuposto linguístico, que permite superar o problema das limitações da consciência individual, pois estimula a pessoa a assumir, e compreender, o argumento alheio, livrando-se de seus vícios psíquicos e compreensões cristalizadas.

O mérito do trabalho de Habermas é deixar as decisões sob a responsabilidade dos afetados, restando a estes toda a carga de responsabilidade pelo acerto e pelos efeitos práticos decorrentes. A decisão deve ser consensual entre as partes e, onde não houver consensualidade, Habermas defende a aplicação do Direito²⁸⁴, no sentido de substituição da vontade das partes pelo Estado-Juiz.

A ética aristotélica clássica consistia em investigar *como se deveria viver*, supondo que essa resposta pairava, de forma absoluta, em algum lugar fora do mundo, portanto metafísica. Em seguida, os modernos se indagaram *no que consiste o viver bem*, e quais os critérios para se chegar a esta resposta. Com isso a razão prática foi substituída por uma puramente teórica, mas ainda metafísica, pois se procurava uma resposta para algo posto: o conceito de viver bem.

Em seguida os utilitaristas, utilizando-se de um cálculo puramente teleológico, pretendiam avaliar tão-somente as consequências dos atos para se concluir o que seria viver bem, escapando de um conceito metafísico de moral. Em Kant se viu, pela primeira vez, a conciliação entre a razão prática e os juízos morais, mas ainda se servindo de conceitos metafísicos, como se houvesse algo absoluto, que a humanidade deveria seguir.

Em Habermas, essa resposta é encontrada em um diálogo intersubjetivo²⁸⁵, em que todos os indivíduos afetados podem influenciar a solução, por meio de argumentos racionais. Assim, viver bem é aquilo que decidirem que seja. Todo o mecanismo racional que a filosofia moderna engendrou, com o fito de se chegar a conclusões corretas, são denominadas, por Habermas²⁸⁶, de *ética da convicção*. Na ética da convicção, o sujeito solipsista caminha monologicamente, tentando buscar as verdades por meio de sua própria consciência²⁸⁷.

²⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 63.

²⁸⁵ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Editora Vozes, p.46.

²⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

²⁸⁷ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Editora Vozes, p. 66.

Por outro lado, como determinadas conclusões afetam a todos, indistintamente, a razão prática não pode ser construída por apenas uma pessoa, por melhor que ela seja. Os padrões culturais e morais devem estar abertos à crítica pública e os possíveis efeitos sociais devem ser levados em conta na tomada de qualquer decisão. A este tipo de razão prática, Habermas²⁸⁸ denominou *ética da responsabilidade*. A ideia de responsabilidade é cara a este tipo de raciocínio. Isso porque, se observarmos as conclusões filosóficas da antiguidade, ou da modernidade, notaremos a humanidade imputando a carga psíquica, de alguma decisão moral, a elementos exteriores a si.

Nos antigos, a crença em verdades absolutas e eternas tirava da humanidade a carga de responsabilidade das consequências das construções morais. Ora, cumpria à pessoa identificar essas verdades metafísicas, que pairavam acima da humanidade. Em toda a idade média, a filosofia se esmerou em interpretar os textos sagrados, lançando, nas sagradas escrituras, a carga de responsabilidade pelos caminhos do ser humano. Na filosofia moderna, foi a teoria do conhecimento a incumbida de fornecer as respostas corretas. Caberia ao ser humano apenas desvendar qual o critério correto. Uma vez elaborada a correta teoria do conhecimento, esse instrumental seria apto a fornecer respostas verdadeiras e seguras.

No campo do Direito, fugimos da responsabilidade pela aplicação da Justiça. Na antiguidade e idade média, imputamos aos *deuses* a questão da Justiça e das punições, na modernidade imputamos à Lei. Na filosofia da linguagem é revelado que, tanto os deuses, quanto a Lei, foram criações do ser humano, não são nem os *deuses* e nem a Lei que punem, mas sim os seres humanos. Notamos que em ambas as situações, seja na Lei, sejam nos *deuses*, há uma convicção da resposta, há algo dado e pronto que deve ser revelado. As respostas se davam por uma convicção da certeza e os efeitos eram responsabilidade de elementos exteriores ao ser humano; Lei, *deuses*, *totens* e etc.

²⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

Na filosofia da linguagem a carga psíquica é tomada integralmente pelas pessoas afetadas pelas decisões. Não são nem padrões metafísicos, nem *deuses* e nem sistemas teóricos, mas sim o ser humano historicamente inserido, que traça seu destino, faz suas escolhas morais e arca com os resultados. Por isso denominou-se *ética da responsabilidade*. Também por essa razão, todos os afetados pela decisão tomada devem conferir seu consenso, já que se responsabilizarão pelos resultados²⁸⁹.

Essa decisão dialogal, que decorreu da manifestação de todos os afetados equivale ao romance polifônico de Dostoievsky, em que um cipóal de vozes integra a narrativa, sem qualquer preponderância de uma em relação a outro. Isso em oposição ao sistema filosófico moderno, em que o narrador monológico traça suas próprias razões, sob pretensões universalizantes, imputando os efeitos práticos da decisão, não em si mesmo, mas no sistema que ele utilizou para traçar suas conclusões. No campo do Direito é o julgador, o sujeito solipsista que substituiu a vontade das partes, decidindo por elas.

Para arrematar, a metafísica foi abandonada pela filosofia da linguagem, pois que revelada como construção da criatividade humana, inapta a descrever o mundo, mas a metafísica integra, ainda, toda a dogmática penal, como um vício de pensamento persistente e uma fantasia que ainda acreditamos.

4.1.4. A dogmática penal ante a morte da metafísica

No capítulo anterior tivemos a oportunidade de analisar a estreita relação entre a filosofia moderna e a dogmática penal. A maior parte das teorias da pena estão fortemente lastreadas na filosofia da consciência (moderna), seja sob a perspectiva do retribucionismo (Kant e Hegel), seja sob a perspectiva das teorias preventivas das penas (utilitárias). Analisamos que a filosofia moderna tenciona

²⁸⁹ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Editora Vozes, p. 65.

engendrar métodos para se chegar às respostas ditas “corretas”, neste sentido, tanto quanto na filosofia antiga, ainda se acredita que existe uma “verdade” que o ser humano pode descobrir, e seria por meio da razão que a alcançaríamos, é dizer, essas “verdades” estariam fora do mundo, sendo, portanto, metafísicas.

No início do século XX, especialmente com a psicanálise e estudo detido da psique humana, verificou-se a bipartição em consciente e inconsciente²⁹⁰, sendo esta última a verdadeira senhora da razão humana. Assim, toda a filosofia moderna cai por terra, e a metafísica é desanuviada como criação da criatividade humana. No final das contas não eram os *deuses* que puniam, muito menos o Estado, no final eram os humanos que puniam os humanos.

A filosofia da linguagem identifica um novo objetivo de estudo, a linguagem e a comunicação humana, e toda aquela carga metafísica que pairou na filosofia antiga e moderna é aposentada, para se analisar a vida sem ilusões. Heidegger²⁹¹ retoma o conceito de *ser*, extensamente estudado na filosofia antiga desde Parmênides (530 a.C. – 460 a.C.), mas desta vez sem imaginar um *ser* absoluto, verdadeiro e abstrato, mas um *ser* inserido e aberto ao mundo, mutável por essência, denominado *dasein* (*ser-aí*).

Ademais, todos os autores da filosofia da linguagem, lastreados em Saussure (1857 – 1913) descobrem que não só o ser humano é essencialmente mutável, como a própria linguagem é mutável, assim, se há verdades absolutas, essas não são objeto da ciência.

No campo do Direito, permanecemos reféns da metafísica medieval e moderna, que criou fantasmas errantes e monstros lógicos, filhos da irracionalidade humana. O desencantamento da filosofia pariu o niilismo e, no campo do Direito Penal, um tímido abolicionismo penal também se fez aparecer, negando a existência das próprias penas.

Deixamos consignado que existe uma proposta, no campo do Direito Penal, de refundar a sua dogmática, especialmente a concepção da ação,

²⁹⁰ FREUD, Sigmund. *O ego e o id*. In: Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 2019.

²⁹¹ DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

denominada teoria significativa da ação²⁹², que tenta se erigir sem o auxílio da metafísica embolorada. Ocorre que seu principal teórico, Vives Antón, não destina um tópico específico para a exposição de sua concepção sobre o fundamento da pena²⁹³, Carlos Martínez-Buján Perez²⁹⁴ avalia que se inseriria no contexto das fundamentações mistas da pena, conforme a doutrina tradicional já defende. Se a ideia de proporcionalidade decorria da teoria retributiva da pena, Vives Antón adota, como fundamento da proporcionalidade, a ideia de justiça distributiva, mais alinhada à dogmática norte-americana, especialmente em George P. Fletcher²⁹⁵, talvez o jurista de maior destaque daquele país.

Fletcher, inclusive, engendrou uma teoria da ação comunicativa (Communicative Theory of Action)²⁹⁶, muito próxima à concepção de Vives Antón. Para Fletcher, a comunicação possui uma distinção entre explicar e entender²⁹⁷ (*input* e *output*) e a sua teoria é erigida com base comunicacional, seja pelo fenômeno criminoso, seja pela reação punitiva. Nesta ordem de ideias, a punição é uma comunicação, que não pode ser confundido com a forma como essa mesma é entendida pela sociedade.

Klaus Günther²⁹⁸ também insere a comunicação dentro do Direito Penal, propondo a ressignificação do conceito de culpabilidade. O autor faz uma refinada crítica ao conceito de culpabilidade que é adotado (especialmente nas teorias finalista e causalista), concluindo que toda a complexa realidade e história das partes do processo são substituídas pela consciência monológica de quem julga.

²⁹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

²⁹³ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *A concepção significativa da ação de T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico funcionais do Delito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 71.

²⁹⁴ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *A concepção significativa da ação de T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico funcionais do Delito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

²⁹⁵ FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law – volume one: foundations*. New York: Oxford University Press, 2007.

²⁹⁶ FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law – volume one: foundations*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 281.

²⁹⁷ WRIGHT, George Henrick Von. *Explanations and understanding*. Nova York: Cornell University Press, 1971.

²⁹⁸ GÜNTHER, Klaus. *Communicative freedom, communicative power and jurisgenesis*. Cardozo Law Review. Nova Iorque, EUA, V. 17, 2003.

Propõe Günther uma teoria dialógica de responsabilização, mas isso dentro da teoria do crime, com um sistema procedimental de culpabilidade²⁹⁹, em que se pretende legitimar o debate acerca da reprovabilidade da conduta, incluindo o autor do fato no diálogo. Conclui que só seria possível responsabilizar alguém se essa pessoa “tinha, além disso, a chance, do ponto de vista jurídico e institucional, de participar do procedimento democrático de alteração de normas de modo efetivo”³⁰⁰. Com isso o autor debate a legitimidade das imputações, sob uma perspectiva procedimentalista e democrática, de cariz fortemente habermasiano. Só seria legítima a responsabilização se o autor do fato pode integrar o procedimento que definiu tal e qual conduta como ilícita, permitindo, dentro de um procedimento adrede definido, exprimir as razões pelas quais não aceita a norma que violou.

Portanto, salvo pontuais teorias que tentam evitar o problema da metafísica, geralmente no bojo da teoria do crime e não da pena, podemos afirmar que a dogmática penal é lastreada na metafísica medieval e moderna, já abandonada pela filosofia.

4.2. As origens do Sistema Consensual de Aplicação de Pena

4.2.1. As penas consensuais nos Estados Unidos da América

Vamos, neste ponto, avaliar a genealogia das penas negociadas nos Estados Unidos da América, é dizer, quando surgiu, suas razões e fundamentos. Há dois sistemas processuais no Direito norte-americano, conforme leciona Rodrigo da Silva Brandalise³⁰¹:

²⁹⁹ GÜNTHER, Klaus. *Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito?* Revista Direito GV. Rio de Janeiro, v. 2, n.1, p. 223-239, jan-jun 2006.

³⁰⁰ GÜNTHER, Klaus. *Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito?* Revista Direito GV. Rio de Janeiro, v. 2, n.1, p. 223-239, jan-jun 2006. p. 233.

³⁰¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada, negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. São Paulo: Juruá, 2016, p. 66-67.

a) *The due process model*: que o princípio do contraditório se manifesta pelo sistema adversarial em sua versão mais conhecida, em que as partes (Estado e acusado)³⁰², se enfrentam em lados opostos. A culpabilidade é medida pela Estado-Juiz ou pelo Júri, sendo a carga probatória um ônus da acusação.

b) *plea bargain model*: em que a relação de antagonismo é minorada na medida em que o acusado pode receber uma pena menor do que receberia em um julgamento, enquanto a acusação perde em quantidade de pena, mas ganha em certeza, de que também se reflete em otimização dos recursos estatais destinados à persecução criminal (da mesma forma que há uma redução de custos a serem suportados pelo acusado na promoção de sua defesa, além da melhor preservação da imagem e do tempo consumido)³⁰³.

Decisões penais decorrentes de sistemas de acordo são identificadas já no fim do século XIX³⁰⁴, sendo certo que o sistema consensual passou a ser a forma de julgamento dominante desde o fim da Guerra Civil. O instituto da *plea bargain* é um tipo de procedimento sem julgamento, em que o órgão do Ministério Público tem discricionariedade de negociar com a defesa acerca da imputação e da pena a ser estipulada, que deverá ser homologada pelo Juiz. Essa discricionariedade decorre de uma antiga tradição saxônica, em que prevalecia a acusação particular e, portanto, discricionária³⁰⁵. Outras formas derivadas desse tipo de acordo merecem destaque, vejamos então:

Charge bargaining consiste na possibilidade da acusação alterar a tipificação dos fatos, por um tipo penal menos grave, após o reconhecimento da culpabilidade. Em outra hipótese, pode a acusação, sem alterar a tipificação penal, negociar apenas a minoração da pena, o que se denomina como *sentence*

³⁰² BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada, negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. São Paulo: Juruá, 2016.

³⁰³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada, negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. São Paulo: Juruá, 2016.

³⁰⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007.

³⁰⁵ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007.

*bargaining*³⁰⁶. *Nolo contendere pleas*³⁰⁷, o acusado não confessa nem contesta as acusações, desta forma, esse acordo possui efeito tão-somente no caso em julgamento e não pode ser usado na esfera cível.

Mais polêmico e objeto das críticas mais frequentes, o *alford pleas*³⁰⁸, permite que o acusado, alegando inocência, aceite um acordo. Esse tipo de acordo não é usual, mas no caso Carolina do Norte vs. Alford, julgado em 1970 pela Suprema Corte, admitiu-se um acordo mesmo com a declaração de inocência do acusado. Para tanto, aquele Tribunal conclui que, a despeito da manifestação de inocência, havia uma base fática robusta que infirmava a inocência. Essa base fática seria consubstanciada no conjunto probatório colacionado, que sustenta a acusação.

A norma que regulamenta o sistema de acordos criminais, nos Estados Unidos da América é a denominada *Federal Rule of Criminal Procedure 11*, a despeito de possíveis regulamentações de competência Estadual. A referida norma 11 não indica qual o critério probatório para se auferir se a acusação possui uma base fática³⁰⁹, para tanto, a Suprema Corte adota, como critério, o conjunto probatório até então presente e a própria manifestação do acusado, no cotejo com a verossimilhança de suas afirmações, conforme se externou no caso Mitchell vs. Estados Unidos, julgado em 1999.

Ocorre que essa base fática não deve decorrer da confissão do acusado, mas sim dos elementos concretos descritos por ele no cotejo com os elementos investigados. Por essa razão a *Federal Rule of Criminal Procedure 11* determina que o Juiz deve delimitar a acusação, com precisão, para auferir se o que é confessado corresponde ao que foi provado.

Esse mesmo *Federal Rules of Criminal Procedure 11* exige que o acordo seja voluntário. Assim, o Tribunal deve verificar se o acordo não foi engendrado

³⁰⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41.

³⁰⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada, negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. São Paulo: Juruá, 2016.

³⁰⁸ ANDERSON, James F. *Criminal Justice and Criminology: Concepts and Terms*. University Press of America, 2002, p. 7.

³⁰⁹ BRANDON L. Garrett. *Why Plea Bargains Are Not Confessions*. William & Mary Law Review 1415-1444 (2016).

por meio de coerção, ameaças ou falsas promessas³¹⁰. Esse entendimento foi densificado no caso *Boykin vs Alabama*, julgado no ano de 1969 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O conteúdo semântico da voluntariedade tem sido delimitado pelo *teste subjetivo*, consubstanciado no estado mental do indivíduo no ato de aceitação do acordo e o *teste objetivo*, consistente na valoração das circunstâncias de fato³¹¹.

No caso *Brady vs Estados Unidos*, julgado pela Suprema Corte daquele país, em 1970, se decidiu que a voluntariedade não é maculada nem no caso do acusado estar ameaçado por uma pena de morte. Expandindo o conceito normativo de voluntariedade, a Suprema Corte autoriza o *overcharging*³¹², isto é, a ameaça, pelo órgão de acusação, de imputar outros crimes, ou tipifica-los de forma a agravar a pena, caso o acusado não aceite o acordo. Até mesmo a ameaça de processar parentes e filhos não é vista como apta a viciar a voluntariedade, como foi afirmado no caso *Estados Unidos vs Pollard*, julgado pela Suprema Corte no ano de 1992.

A ideia de voluntariedade é compreendida como a possibilidade do acusado escolher entre uma ou outra opção, sendo certo que seu móvel não é relevante para se auferir a liberdade. Assim, se a intenção é salvar a própria vida, ou a um familiar, desde que ele possa escolher entre aceitar, ou não aceitar o acordo, a voluntariedade não é afetada, na visão daquela Suprema Corte.

O Ministério Público norte-americano possui perfil institucional radicalmente diverso do brasileiro. Conforme ensina Lorena Bachmaier³¹³, o promotor norte-americano pode receber incentivos por cada condenação, e em alguns casos, o seu orçamento é calculado pelo número de condenações. Ademais, o cariz acusatório é marcadamente mais acentuado do que o de *fiscal da lei*, pois que o órgão do Ministério Público é eleito e, portanto, a opinião

³¹⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada, negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. São Paulo: Juruá, 2016.

³¹¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada, negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. São Paulo: Juruá, 2016.

³¹² BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada, negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. São Paulo: Juruá, 2016, p. 30.

³¹³ WINTER, Lorena Bachmaier. *Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, in: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 31.

popular é decisiva quanto às suas funções. O papel contra majoritário desempenhado pela ordem constitucional sede passo a uma submissão à opinião pública.

Outra característica marcante do Ministério Público norte-americano, seguido pelo Inglês, é a identificação de algumas reminiscências do Direito Penal privado³¹⁴. Isso porque, assim como no caso de reclamante privado, o Ministério Público americano possui discricionariedade para oferecer e retirar a acusação. Essa discricionariedade é a base do princípio da oportunidade, que pauta o sistema judicial anglo-saxônico, em cuja opção entre acusar ou não acusar é, verdadeiramente, um ato político, e deita raízes no sistema de acusação privada, que permeou a Inglaterra até 1985. Neste sentido, ensina Jean Pradel que³¹⁵:

*Très importante également est le Prosecution Offense Act 1985 qui a introduit en Angleterre et au pays de Galles une institution assez proche du Ministère public*³¹⁶.

Conforme o sistema processual Americano e Inglês evoluíram, os procedimentos processuais e garantias do indivíduo foram se avolumando, instituições foram criadas e órgãos públicos equipados para se desincumbirem das exigências legais. Por outro lado, essa evolução do sistema judicial aumentou, por conseguinte, os gastos públicos.

Diversos autores relacionam o aumento da complexidade processual e custos do processo ao fomento do sistema de negociação de pena. Paradoxalmente, quanto mais garantias se conferiu ao cidadão, mais o sistema consensual tomou corpo. Vejamos:

Apesar de existirem muito mais diferenças entre os sistemas de justiça criminal americano e europeu, não é de surpreender que no continente, onde uma maior proporção de casos é levado a julgamento, o procedimento de julgamento e as regras probatórias são muito mais simples - como uma vez eram nos Estado Unidos quando, aqui também, julgamentos eram mais comuns. Portanto, ironicamente, à medida que o preço para essa jornada por justiça perfeita tem

³¹⁴ FEELEY, Malcolm M. *Plea bargaining e a estrutura do Processo Criminal*, in: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 51.

³¹⁵ PRADEL, Jean. *Droit Pénal Comparé*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 78.

³¹⁶ “Também muito importante é o Prosecution Offense Act de 1985, que introduziu na Inglaterra e no País de Gales uma instituição bastante próxima do Ministério Público.” (livre tradução)

*aumentado, também tem o incentivo para evita-las. O plea bargain é uma dessas alternativas*³¹⁷.

Assim, paradoxalmente, a modelagem processual que conferia garantias básicas ao cidadão, a profissionalização dos juízes e promotores e a criação de todo arcabouço institucional, foi um estímulo a se pensar soluções mais rápidas e baratas para solucionar lides, seja no campo penal, seja no civil. Resumindo esses argumentos, Feeley sintetiza que:

*Permita-me resumir a essência do meu pensamento sobre o impacto do profissionalismo: O julgamento diminui na parte final do século dezenove (tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos) aproximadamente à mesma época que o processo criminal estava passando por uma transformação de um processo administrado leigamente para um dominado por profissionais em tempo integral e treinado em Direito... Durante esse mesmo período, tanto procedimentos pré-processuais quanto as regras probatórias expandiram em número e complexidade. Essas regras variadas eram desenhadas em grande parte para estruturar e restringir o poder dos julgadores leigos, mas elas tinham o efeito de dar mais autoridade para advogados que poderiam então exercitar seus conhecimentos antes do julgamento. E à medida que recursos destinados para a justiça criminal expandiram, esses julgadores profissionais tinham mais oportunidade e incentivos para usar o procedimento pré-processual. Ironicamente, se estou correto, se recursos para promotores e advogados de defesa continuam a aumentar, alguém pode esperar um aumento nas negociações e uma diminuição em julgamentos – precisamente o oposto do que é suposto frequentemente*³¹⁸.

O professor da *Stanford Law School*, George Fisher, se esmerou em analisar criticamente o instituto das penas negociadas. Dentre os problemas identificados, sintetizaremos os principais.

Uma das técnicas que a acusação pode utilizar é imputar excessivas acusações (*over-charged accusation*), à revelia da legislação e jurisprudência, para ter margem de negociação e galgar uma aceitação de pena alta. Assim, uma conduta que daria azo a uma determinada acusação é tipificada de forma excessiva, imputando-se outras acusações que não ensejariam condenação, com o fito de se negociar uma pena maior. Em outras palavras, a negociação é fraudulentamente engendrada, para a pena ser a mesma que o Juiz proferiria num julgamento normal.

³¹⁷ FEELEY, Malcolm M. *Plea bargaining e a estrutura do Processo Criminal*. in: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 55.

³¹⁸ FEELEY, Malcolm M. *Plea bargaining e a estrutura do Processo Criminal*. in: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 55.

George Fisher identificou o que talvez seja um dos primeiros casos de *over-charged* em solo americano. O denominado *liquor cases*³¹⁹ ocorreu em dezembro de 1808, e um comerciante, Josiah Stevens, era acusado perante a *Court of Common Pleas* do condado de Middlesex, de vender bebidas alcólicas sem a devida licença.

O acusado foi indiciado por quatro crimes, sendo-lhe oferecida uma barganha para que aceitasse, consensualmente, apenas uma delas. George Fisher demonstra, com documentos da época, que havia um hiato entre a jurisprudência vigente à época e três das acusações. Com isso, a pena potencial foi inflacionada por três acusações sem fundamentos, tornando um risco intolerável ao comerciante.

Curiosamente, as taxas de acordos penais eram bastante altas nos casos dos delitos ligados a ausência de licença para a venda de bebidas alcólicas, especialmente porque esses acordos não eram regulamentados e não se exigiam homologação judicial. Entretanto, a partir de 1852, com uma mudança legislativa que exigia a homologação judicial, a taxa de acordos entre acusado e acusação decaiu vertiginosamente, com a sistemática negativa de homologação de acordos pelo Poder Judiciário. Assim, Fisher conclui que os juízes discordavam das práticas levadas a cabo pela acusação. Vejamos³²⁰:

If the 1852 law effectively killed charge bargaining in liquor cases, it must have been because judges disbanned them "except with the concurrence of the court." That charge bargaining in liquor cases died compels one conclusion: Judges withheld their concurrence³²¹.

George Fisher credita alguns motivos por esta não adesão dos juízes, aos acordos alinhavados pela acusação, aduzindo sobre os juízes que: "They neither

³¹⁹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007, p. 21-23.

³²⁰ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007, p. 52.

³²¹ "Se a lei de 1852 efetivamente eliminou a barganha de acusações em casos de bebidas alcoólicas, deve ter sido porque os juízes dispensaram o "exceto com a concordância do Tribunal". Que a negociação de acusações em casos de bebidas alcoólicas morreu leva a uma conclusão: os juízes negaram sua concordância." (livre tradução)

faced the same workload pressure nor found the same advantages in the certain (prosecutorial) victory or a plea"³²² ³²³.

O fato dos promotores terem, à época, uma carga de trabalho significativamente maior do que a dos juízes, motivava-os a engendrar sistemas que diminuíssem o seu volume de trabalho. O que motivava os promotores não era qualquer razão ligada à política criminal, ou ao interesse público, mas sim resolver um volume de trabalho alto e remunerado de forma inferior à que eram os juízes.

Outra razão, identificada pelo autor, pela qual o sistema de acordos é estimulado pela acusação até os dias de hoje, é a análise dos custos e tempo do processo. Nos Estados Unidos, os promotores de justiça são eleitos pelo povo, motivo pelo qual a opinião pública é uma questão de alta relevância para suas carreiras. Derrotas processuais são interpretadas, pela sociedade, como verbas públicas mal empregadas pelo promotor, o que pode lhe custar o cargo.

Note-se que naquele sistema judicial vige o princípio da oportunidade, em que o órgão de acusação não é obrigado denunciar qualquer fato que seja típico e antijurídico. Antes, cumpre a ele que avalie a conveniência da acusação, com critérios jurídicos e extrajurídicos, assim, os acordos diminuem os gastos e impedem qualquer sorte de improcedência. Some-se a isso o fato de que a verba que lhes é destinada pelo Estado é pautada pelo número de casos que promovem, um volume maior de condenações permite uma verba mais robusta e justifica maiores gastos.

Os juízes tendiam a não aderir aos acordos, primeiro pelo fato de não terem as vicissitudes do órgão acusatório daquele país, mas, principalmente, pelo fato de considerarem que seu poder poderia ser erodido³²⁴. A sentença é um ato de poder que os acordos tolhiam, imputando poder ao Ministério Público.

³²² "Eles nem enfrentaram a mesma pressão de trabalho nem encontraram as mesmas vantagens na vitória certa (do promotor) de um acordo" (livre tradução)

³²³ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007, p. 55.

³²⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007.

Não é novidade a modelagem penal e processual penal ser adaptada em benefício da acumulação de poder. Já vimos o caso da extinção dos sistemas locais de transação penal germânico (*faida*), quando da expansão do Sacro Império Romano Germânico, ou da utilização do Tribunal do Santo Ofício para expropriar terras em favor dos detentores do poder. A história tem mostrado que os interesses públicos são bastante tímidos ante às disputas pelo poder.

Inicialmente, para limitar o poder da acusação, houve a exigência de homologação judicial dos acordos, conforme já explicitado. Em seguida, elaborou-se o sistema denominado *on-file plea bargaining*, que permitia ao Juiz suspender a ação sob algumas condições. Após a criação deste sistema os acordos penais voltaram a crescer nos juízos e tribunais americanos.

Esse sistema teria, segundo Fisher³²⁵, evoluído para o que hoje se denomina como *probation of first offenders act*, em que o Juiz pode, ainda que à revelia da acusação, suspender a ação penal, sem reconhecer a culpa, por um período em que o acusado se submete a alguns requisitos. Leciona o autor que a mudança foi meramente semântica e tudo permanecia idêntico, mas contemplando poder aos Juízes, neste sentido³²⁶: “to see that the one-file mechanism did not merely resemble probation or foretell it, but rather was probations by another name...”³²⁷

Assim, não observamos qualquer fundamentação filosófica, ou mesmo de política criminal, nos primórdios da negociação de penas nos Estado Unidos da América, sendo certo que essa criação se liga mais ao volume de trabalho enfrentado pelos promotores e complexidade processual, tendo havido tão somente uma disputa de poder entre órgão de acusação e o de julgamento.

4.2.2. As penas consensuais na Europa

³²⁵ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007, p. 84-85.

³²⁶ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007.

³²⁷ “para ver que o mecanismo não se assemelhava ao “probation”, mas antes era “probation” com outro nome” (livre tradução)

Nereu José Giacomolli³²⁸ ensina que, na Europa, a Reunião de Helsinque de 1986, a Resolução (75)11, de 21 de maio de 1975 e a Recomendação (87)18 de 17 de setembro de 1987 do Comitê de Ministros da Europa concluíram pela necessidade de se adotar mecanismos de simplificação do processo, especialmente por meio do consenso. Esse mesmo autor identificou as principais conclusões da reunião de Helsinque³²⁹:

- 3.a. O Ministério Público ou *prosecutor* deve ter a possibilidade de abster-se a acusar, em face de certas condições peculiares da infração.
- 3.b. Devem desenvolver-se normas legislativas ou administrativas que ordenem a fixação das condições que podem ser impostas na decisão
- 3.c. O objetivo principal dessas condições deve ser a melhoria do comportamento do infrator e a reparação da vítima.
- 3.d. As condições impostas não devem restringir os direitos políticos do imputado nem devem ter natureza punitiva.
- 3.e. podem ser associadas a uma abstenção e devem ser similares às que podem ser impostas quando da condenação condicional ou quando da suspensão da condenação.

Nota-se, do item 3.d, que essas conclusões se afinam bastante aos procedimentos ligados à descarcerização, como é exemplo, no Brasil, a Lei 9.099/95.

Ocorre que, no ano seguinte, o Comitê de Ministros da Europa, por meio da Recomendação (87)18 de 17 de setembro de 1987 recomendou a adoção do sistema da *guilty plea*, em que o acusado, reconhecendo, ou não, sua culpabilidade, permite ao órgão judicial proferir sentença ainda que na fase inicial do processo. Assim, o Conselho da Europa, na recomendação (87)18 do ano de 1987, sobre simplificação dos sistemas de justiça criminal, recomenda aos Estados a implementação da justiça negocial.

Em um caso paradigma³³⁰, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), no caso *Natsvlishvili versus Geórgia*, decidiu que sentenças consensuais são compatíveis com devido processo legal. Em 29 de abril de 2014

³²⁸GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³²⁹GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34/36.

³³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

o TEDH decidiu que a decisão consensual não fere a presunção de inocência, devido processo legal e recorribilidade das decisões, direitos previstos no CEDH.

No ano de 2004, Natsvlishvili foi acusado de corrupção pela Geórgia. Durante o processo, foi preso cautelarmente, e dividiu a cela com um outro preso que o havia sequestrado anos antes. Uma semana após a sua prisão, o acusado manifesta o desejo de confessar seus delitos e contribuir com o sistema de justiça, entregando todos os dados que possuía sobre o sistema de corrupção que integrou. Ao final, uma pena de 6 a 12 anos foi convertida em uma multa pecuniária de 15 mil euros. Posteriormente, o então acusado impugnou o acordo firmado perante seu estado no TEDH.

Em suma, o TEDH concluiu, por maioria, que a imposição de pena sem processo não fere o devido processo legal. O voto divergente debatia apenas a voluntariedade da aceitação no caso concreto. Para a validade desse acordo, o Tribunal estipulou os seguintes requisitos, compilado por Lorena Bachmaier Winter³³¹:

1. *Que o acusado aceite o acordo com pleno conhecimento dos fatos referidos no caso;*
2. *Que o faça com pleno conhecimento e compreensão das consequências de sua renúncia;*
3. *Que sua renúncia ao processo e a sua aceitação ao acordo sejam verdadeiramente voluntárias.*

Todas essas críticas já haviam sido alinhavadas na Resolução 1415 (2005) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Fato é que o sistema de pena consensual, em si, não foi objeto de crítica, mas determinados padrões carcerários e procedimentais da Geórgia, já que o acusado fora preso com alguém que o sequestrou e o agrediu anos antes, além do fato do índice de absolvição dos Tribunais da Geórgia serem quase nulos³³².

³³¹ WINTER, Lorena Bachmaier. *Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, in: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

³³² WINTER, Lorena Bachmaier. *Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, in: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

4.2.3. O Sistema Penal Consensual Italiano

O sistema consensual italiano foi introduzido pela Lei 689 de 1981 e, na reforma do Código de Processo Penal de 1988, foi inserido essa disciplina nos artigos 444 e 448, ainda que com refinamentos posteriores do instituto. Esse sistema passou a permitir que os sujeitos do processo *delimitem o fato, sua qualificação jurídica e as consequências criminais*³³³, ainda que haja um controle jurisdicional quanto à legalidade do acordo podendo, inclusive, absolver o acusado, mesmo diante de um acordo fixando pena consensual.

Na Itália há uma distinção entre o consenso sobre o processo e o consenso sobre a pena. Em qualquer dos casos, a doutrina³³⁴ leciona que há uma significativa influência do *plea bargaining* anglo-saxônico, mas com uma notável distinção.

Todo o sistema penal italiano, tanto quanto no Brasil, é informado pelo princípio da legalidade, sob os ecos do positivismo jurídico, junto com as ideias iluministas de limitação do Estado, no cotejo com a ideia de codificação da época napoleônica. Por outro lado, o *plea bargaining* é ancorado no princípio da discricionariedade e da oportunidade que, conforme já exposto, decorre da longa tradição da acusação privada na Inglaterra. Nesta ordem de ideias, o sistema de pena consensual italiano seguiu caminhos próprios e adaptados às suas tradições jurídicas.

Por isso, a Corte Constitucional italiana, no ano de 1990, proferiu a decisão 313/90³³⁵, afirmando que o princípio da legalidade informa o processo, mesmo na hipótese de consenso das partes, seja da pena, seja do processo, e ao Juiz cabe a decisão final sobre a pena a ser proferida, sendo certo que poderá deixar de conferir força decisória ao acordo caso seja antagônico aos padrões legais.

³³³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 264.

³³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 257.

³³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 257.

Conforme mencionado, uma primeira modalidade de consenso entre as partes pode ocorrer em relação ao rito processual, é o denominado *patteggiamento sul rito*. Nesta hipótese, é possível um julgamento sumário logo após a fase pré-processual, na audiência de preliminar. Caso acusação e defesa concordem em comprimir, ou mesmo extinguir a instrução probatória, a pena é reduzida de um terço.

Em delitos cuja fase pré-processual já se identificou elementos fáticos que tornem a instrução probatória despicienda, como o caso de delitos com certeza visual ou com filmagens, em que não resta dúvida de autoria e materialidade, é do interesse da defesa a minoração da pena em um terço, caso avalie que a absolvição é improvável. Observando o caso brasileiro, nota-se um volume importante de processos cuja sentença já é completamente previsível, desde o relatório do Inquérito Policial, restando ao processo o pouco nobre papel de seguir tramites burocráticos para atingir o fim inexorável.

No *giudizio direttissimo*, não é nem celebrada a audiência preliminar³³⁶ e o acusado pode pugnar que o processo se dê pelo *giudizio abbreviato*. Exige-se a anuência personalíssima do acusado. Aceito esse rito pela acusação, que só pode refutá-lo de forma fundamentada, suspende-se a audiência e se julga com os elementos até então colacionados. Neste caso também se diminui a pena em um terço, independentemente do delito e da personalidade do réu.

No consenso quanto à pena, denominado *patteggiamento sulla pena*, há a aplicação da pena a pedido dos sujeitos³³⁷ (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), em que a pena privativa de liberdade, ou multa, é reduzida de um terço. Essa pena reduzida de um terço não pode superar a dois anos no total. É aceito, inclusive, que a acusação altere a qualificação jurídica do pedido, permitindo que a pena final esteja dentro da baliza legal.

Essa decisão é equiparada a uma sentença penal condenatória, conforme o artigo 455.1 do Código de Processo penal italiano, ainda que haja

³³⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 259.

³³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 261.

entendimentos doutrinários, com repercussão jurisprudencial, de que seria uma nova categoria de sentença³³⁸. Esta sentença não permite a aplicação de outras penas acessórias ou de medida de segurança e não possui reflexos na área cível ou administrativa. Para os crimes, há um prazo de cinco anos, e para as contravenções de dois anos, em que o acusado não será beneficiado com acordos penais no caso de *outra infração criminal de mesma índole*³³⁹.

4.2.4. O sistema penal consensual em Portugal

O instituto do arquivamento em Portugal possui alguns lineamentos que podemos incluir na classificação de consensuais. Diferentemente do Brasil, em Portugal é possível, no arquivamento, que o Ministério Público deduza a pretensão acusatória. Neste caso, o acusado deve anuir com esse arquivamento, nos termos do artigo 280 daquele Código de Processo Penal.

O arquivamento possui perfil diverso em relação ao instituto brasileiro, porque engloba casos de culpabilidade minorada, em crimes de pequena monta, ainda que típico e ilícito o fato. Em homenagem ao princípio da subsidiariedade e caracterizando o Direito Penal como *ultima ratio*, de fato, o órgão acusatório possui margem, como protagonista da política criminal, de deixar de formalizar a acusação. Nesse sentido, o artigo 74 do Código Penal Português dispensa a pena nas seguintes hipóteses³⁴⁰: ilicitude ou culpabilidade forem diminutas, o dano tiver sido reparado e não se opuserem à dispensa da pena razões de prevenção.

O instituto da suspensão condicional do processo, conhecido como *arquivamento contra injunções e regras de conduta*, assim como no Brasil, exige

³³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 271.

³³⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 272.

³⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 28.

que o acusado aceite determinadas condições, mas, do outro lado do atlântico, isso ocorre antes de formalizada a acusação.

Outra manifestação da pena consensual emerge dos artigos 392 a 398 daquele Código de Processo Penal, em que positivaram um procedimento sumaríssimo, permitindo, nos delitos cuja sanção é pecuniária ou privativa de liberdade com pena máxima de até três anos, que o Ministério Público avalie se é cabível a aplicação de pena privativa de liberdade. Nesse procedimento, extingue-se a fase de instrução processual e o Ministério Público propõe, logo de início, uma pena. Caso o acusado não a aceite, essa proposta serve como uma acusação e o processo segue seu trâmite ordinário. Após a oitiva do acusado, o Juiz pode, não, aceitar a proposta, ou mesmo sugerir ao Ministério Público outra sanção, que poderá, ou não, ser acatada pela acusação.

4.2.5. O sistema penal consensual na França

O "Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)" é um sistema consensual de aplicação de pena promulgado na França no ano de 2004 e positivado nos artigos 495-7 e 495-16 daquele Código de Processo Penal. Assim, essa reforma foi a resposta legislativa a uma série de críticas à Justiça francesa, neste sentido:

*num contexto mais amplo de críticas à justiça francesa, em que se procura assegurar mais efetividade à atuação da polícia e da Justiça, aliada à contenção de gastos, à otimização dos recursos disponíveis e à necessidade de utilização de sanções diversas da prisão, diante de sua evidente ineficiência para todos os tipos de delinquência e a superpopulação carcerária*³⁴¹.

Essa reforma autorizou o consenso entre acusação e acusado nos crimes, excluídas as contravenções e ressalvados os crimes com pena de prisão superior a 5 (cinco) anos, alguns crimes de imprensa e crimes políticos,

³⁴¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom. *O sistema Francês*, in: Modelos Europeus de enfrentamento à violência de gênero: Experiências e Representações Sociais. Brasília: ESMPU, 2014, p. 224-225.

independentemente de seus antecedentes³⁴². Não se admite aos crimes cometidos por pessoas jurídicas. A pena máxima aplicada não pode superar a 3 (três) anos, ou metade da pena abstratamente cominada, e a pena pode ser suspensão conforme acordo entre as partes. É necessário que o autor dos fatos confesse e reconheça sua responsabilidade e a *vítima aceite suas condições*³⁴³, ainda que a presença da vítima seja facultativa, conforme informações colhidas no Ministério do Interior Francês³⁴⁴.

A nota peculiar é que a norma processual contempla a figura da vítima, que tem a faculdade de comparecer à audiência que homologa a pena. Outra peculiaridade é que cabe ao Ministério Público instaurar o rito consensual, ainda que seja possível, ao acusado, o requerer ao representante do *parquet*. Desde uma outra reforma de 2011, este procedimento pode ser iniciado de ofício pelo Juiz de instrução.

Há uma primeira fase em que a acusação e a defesa dialogam acerca dos fatos e da proposta de pena e, após a proposta do Ministério Público, há um prazo de dez dias³⁴⁵ para a resposta do acusado. Essa primeira fase não é pública e não é integrada pelo Juiz. Na segunda fase do procedimento, uma vez aceita a proposta, um Juiz deve analisar a legalidade do acordo e homologar, ou rejeitar, o acordo, nesse segundo caso, segue-se o procedimento normal.

Não é de se estranhar que, na França, o sistema de penas consensuais chegou tardiamente, se comparado com demais grandes países europeus. Isso porque a ideia de codificação foi irradiada da França para o resto do mundo no período napoleônico, juntamente com a ideia de completude normativa dos códigos. O princípio da legalidade é permeado por uma tradição codificadora, que sempre se antagonizou ao sistema da *common law*, caracterizado

³⁴² Item 1.1.1 do *Circulaire du 2 septembre 2004 (MINISTÈRE DE LA JUSTICE)*, disponível em: chrome-extension://ohfgljldgelakfkefopgklcohadegdpjf/http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/circulaire020904comparution.pdf, acesso em 26 de novembro de 2020.

³⁴³ ÁVILA, Thiago André Pierobom. *O sistema Francês*, in: Modelos Europeus de enfrentamento à violência de gênero: Experiências e Representações Sociais. Brasília: ESMPU, 2014, p. 230.

³⁴⁴ Disponível em: <https://www.demarches.interieur.gouv.fr/particuliers/comparution-reconnaissance-prealable-culpabilite-crpc>. Acesso em 26 de novembro de 2020.

³⁴⁵ Disponível em: <https://www.demarches.interieur.gouv.fr/particuliers/comparution-reconnaissance-prealable-culpabilite-crpc>. Acesso: em 26 de novembro de 2020.

especialmente pela descodificação. Assim, parece haver um hiato entre as tradições francesas e as soluções *fora do código*.

Note-se que a ideia de codificação emergiu da fase imperial napoleônica, em que o Poder Judiciário teve poderes limitados ao máximo, reduzindo o Juiz à *bouche de la loi*. É verdade que a tradição codificadora foi se ressignificando com o tempo, e hoje o princípio da legalidade é uma garantia do cidadão contra o Estado. De qualquer forma, até 2004 não havia um sistema negocial propriamente dito, restando apenas um procedimento sumário em que a audiência poderia ser suprimida³⁴⁶.

Malgrado a inexistência legislativa desse sistema, a doutrina francesa já se esmerava em debater o sistema da *plea bargain* vivamente mesmo antes da referida legislação. Tomemos como exemplo a clássica obra de Jean Pradel, *Droit Penal Comparé*, em que há capítulo específico tratando do tema, mesmo antes da reforma de 2004.

Em suma, Pradel conceitua a *plea bargaining* e *guilty plea*, este último como uma confissão de culpa, em que se permite um imediato julgamento, enquanto a primeira seria um procedimento mais sofisticado e geralmente anterior ao segundo, em que acusação e defesa acordam quanto à acusação. Ademais, analisa a ideia de acordo penal da seguinte forma³⁴⁷:

*L'idée d'une entente entre ministère public, prévenu, voire juge est séduisante. Elle peut permettre une économie considérable de procédure se traduisant par une suppression complète de tout le débat contradictoire*³⁴⁸.

Curioso notar que Pradel analisa, dois anos antes da entrada em vigor da legislação de 2004, que o sistema negocial dificilmente seria adotado na França. Argumenta o festejado autor que, como na França advogados e promotores não

³⁴⁶ PRADEL, Jean. *Droit Pénal Comparé*. Paris: Dalloz, 2002, p. 609.

³⁴⁷ PRADEL, Jean. *Droit Pénal Comparé*. Paris: Dalloz, 2002, p. 611.

³⁴⁸ “A ideia de um acordo entre o Ministério Público, o acusado e até o Juiz é atraente. Isso pode permitir uma economia considerável de procedimento, resultando na supressão completa de todo o debate adversarial” (livre tradução)

integram o mesmo *corpo*, dificilmente se entenderiam. Nesse sentido, segue lição de Jean Pradel³⁴⁹:

Ce deux formes de negociacion seraient-elles importables en france? Certainement pas le plea bargaining sous sa forme actuelle. Ce qui rendrait de tout façon difficile l'introduction en France de ces pratiques, c'est d'abord la presence de la victime qui peut exercer l'action civile, c'est aussi la mentalité française, moins tournée vers les problèmes de gestion négociée que celle de l'Amérique nord, avocats et parquetiers ne faisant pas partie du même corps et n'étant donc pas toujours portés à se comprendre³⁵⁰.

O significado de não integrar o *mesmo corpo* merece análise detida. Pois bem, assim como no Brasil, na França o Ministério Público é uma instituição específica, em que seus membros passam a maior parte de suas carreiras desempenhando tais funções. Adquirem a especialização própria em sua forma específica de atuação, é dizer, há um perfil institucional, tanto quanto há um perfil institucional nas Defensorias Públicas, Polícias e assim por diante. Esse perfil institucional é aquele delimitado na legislação própria, e também nas tradições e nos valores compartilhados por seus membros, que tendem a se assemelhar em algum grau.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América os promotores são advogados eleitos para desempenhar tal função por tempo certo, é dizer, as negociações são travadas entre advogados privados e advogados lotados temporariamente como promotores. Essa análise de Pradel é aplicável ao Brasil, em que o órgão de acusação integra uma instituição própria, com perfil específico e diverso da advocacia.

Outro dado interessante quanto ao sistema consensual Francês são as normativas do Ministério da Justiça, externado por meio de circulares, como é o caso da circular nº 2³⁵¹ supra citada. São normas que decorrem do Poder

³⁴⁹ “Essas duas formas de negociação podem ser importadas na França? Certamente não a barganha em sua forma atual. O que dificultaria a introdução dessas práticas na França é o fato da vítima poder exercer a ação civil, isso segue a mentalidade francesa, mais voltada para os problemas de gestão negociada do que a América do Norte, e o fato de que advogados e promotores não fazerem parte do mesmo órgão e, portanto, nem sempre estão dispostos a se entender.” (livre tradução)

³⁵⁰ PRADEL, Jean. *Droit Pénal Comparé*. Paris: Dalloz, 2002, p. 612.

³⁵¹ *Circulaire du 2 septembre 2004 (MINISTÈRE DE LA JUSTICE)*, disponível em: chrome-extension://ohfgljldgelakfkefopgklcohadegdpjf/http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/circulaire020904comparution.pdf retirado em 26 de novembro de 2020. Acesso em 25 de novembro de 2020.

Executivo e tencionam unificar os critérios dos acordos, traçando parâmetros a serem seguidos. Essas circulares muito se aproximam das *guidelines* norte-americanas.

No ano de 1984, uma reforma no sistema judicial americano deu à luz ao “Sentencing Reform Act of 1984”, que delegou ao USSC (United States Sentencing Commission) a autoridade de revisar e racionalizar os julgamentos, criando os critérios, que emergem das *guidelines*, a serem observados nas sentenças. Esse detalhado guia é expressão máxima da política criminal americana, vinculando a atuação funcional de juízes e promotores, assim, podemos dizer, seriam o oposto do princípio do livre convencimento motivado (Poder Judiciário) e autonomia funcional (Ministério Público).

No caso Francês, tais normativas tem o caráter de recomendação, já que, tanto quanto no Brasil, Ministério Público e Poder Judiciário possuem garantias constitucionais de independência e autonomia. Essa normatização, seja na França, seja nos Estados Unidos, possuem fundamentação política e ordenam a política criminal. Curioso notar que as *guidelines* americanas têm sido seguidas por outros países, como o Quênia, conforme se lê logo na introdução da “Plea Bargaining Guidelines”³⁵², produzida pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, publicado no ano de 2019:

The Plea Bargaining Guidelines and Explanatory notes have been developed pursuant to Section 137A-O of the Criminal Procedure Code (CAP 75) and the Plea Bargaining Rules gazetted on 14th February 2018.

*These guidelines are an important addition to the general prosecutorial policy framework and serve to elaborate the Plea Bargaining Rules. The Guidelines are meant to guide public prosecutors, as well as other prosecutors who may be granted prosecutorial powers, in the best practices and application of the plea bargain provisions within the Kenyan context*³⁵³.

³⁵² Disponível em: [chrome-extension://ohfgljdgelakfkefopgklcohadegdpjf/https://www.odpp.go.ke/wp-content/uploads/2019/10/ODPP-Plea-Bargaining-Guidelines.pdf](https://www.odpp.go.ke/wp-content/uploads/2019/10/ODPP-Plea-Bargaining-Guidelines.pdf), acesso em 26 de novembro de 2020.

³⁵³ “As Diretrizes de Negociação de Conflitos e as notas explicativas foram desenvolvidas de acordo com a Seção 137A-O do Código de Processo Penal (CAP 75) e as Regras de Negociação de Conflitos publicados em 14 de fevereiro de 2018. Estas diretrizes são um acréscimo importante à estrutura de política geral do Ministério Público e servem para elaborar as Regras de Negociação de Conflitos. As Diretrizes têm como objetivo orientar os promotores públicos, bem como outros promotores a quem podem ser concedidos poderes de promotoria, nas

4.2.6. O sistema penal consensual na Alemanha

O sistema de aplicação consensual de penas Alemão possui história bastante peculiar. Inicialmente os acordos decorreram de prática forense, sem qualquer embasamento legislativo,³⁵⁴ o que gerava um grande desconforto em toda a comunidade jurídica, a ponto de *Thomas Weigend* descrever como “*um elefante na sala*”, *que não era discutido ou questionado*³⁵⁵.

Essa situação de total desregulamentação do instituto não impediu que sua prática se popularizasse de forma contundente, a ponto de 30 a 50 por cento³⁵⁶ dos processos penais na Alemanha terem algum tipo de acordo informal e, em casos de crimes econômicos, esta estatística ser ainda maior. Nesse tipo de acordo, o Juiz tinha posição central ao assumir o compromisso de fixar a pena nos parâmetros previamente delimitados.

Bernd Schünemann³⁵⁷, grande crítico dos acordos penais, argumenta que a jurisprudência optou por, eufemisticamente, utilizar a denominação “entendimento” (*Verständigung*), na tentativa de tornar o quadro mais palatável para a rigorosa dogmática germânica, sem lograr êxito. O quadro de total desregulamentação foi parcialmente colmatado a partir de 1997, data em que o

melhores práticas e na aplicação das disposições da negociação de culpa no contexto do Quênia.” (livre tradução)

³⁵⁴ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de e MOELLER, Uriel. *Acordos no Processo Penal Alemão: Descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016, pp. 13-33, p. 16.

³⁵⁵ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de e MOELLER, Uriel. *Acordos no Processo Penal Alemão: Descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016, pp. 13-33, p. 17.

³⁵⁶ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de e MOELLER, Uriel. *Acordos no Processo Penal Alemão: Descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016, p. 13-33, p. 22.

³⁵⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação*, in: Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 304.

Supremo Tribunal Federal Alemão (BGH)³⁵⁸ fixou alguns parâmetros para os referidos acordos, foram eles:

- (i) As negociações devem ser publicamente e o acordo deve ser gravado;
- (ii) Os juízes leigos e o acusado devem integrar os debates quanto ao acordo;
- (iii) É proibida a barganha quanto à tipificação penal (charge bargaining);
- (iv) Não é possível fixar uma pena específica, mas somente determinar o limite máximo à dosimetria;
- (v) O acusado não pode ser coagido e sua autonomia deve ser respeitada;
- (vi) A pena deve ser proporcional à gravidade do delito, bem como à culpabilidade do autor;
- (vii) A confissão deve passar pelo crivo do julgador, no cotejo com os elementos de investigação até então colhidos;
- (viii) Não pode haver renúncia a recurso.

Para suprir a lacuna legislativa, em 2009 foi promulgada a Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal, incluindo o parágrafo 257c, 64, ao Código de Processo Penal Alemão (StPO). A referida legislação se inspirou na decisão supra referida, tomando de empréstimo os seus parâmetros.

4.2.7. O consenso no Brasil

É ideia corrente que o consenso, na esfera do Direito Penal brasileiro, foi introduzido pela Constituição Federal de 1988, artigo 98, I, em que se prevê expressamente o instituto da transação penal. Após sete anos da promulgação da Constituição Federal, o legislador, densificando o referido artigo, elaborou a Lei 9.099/95. Ocorre que podemos observar traços de consensualidade mesmo antes das diversas formas de acordo previstos na Lei 9.099/95.

O conceito de uma solução penal conciliatória é uma novidade no direito pátrio, mas não a ideia de consenso. Ora, a confissão é prática que permeia qualquer época do sistema processual penal, gerando um consenso entre acusação e defesa, ocorre que são as consequências desse consenso que se

³⁵⁸ BGH 4 StR 240/97 - Urteil vom 28. August 1997 – LG Dortmund; BGH GSSt 1/04 - Beschluss vom 3. März 2005 – LG Lüneburg/LG Duisburg citado no HC 166373 / PR.

alteraram com o tempo. Nessa ordem de ideias, no sistema de penas negociadas, a confissão que cumpre os requisitos legais impõe ao Juiz a homologação do acordo de pena, por outro lado, em um sistema acusatório tradicional, a confissão não passa de uma prova que integrará a instrução processual e, eventualmente, esse consenso poderá implicar na certeza judicial dos fatos alegados pela acusação.

O instituto processual do reconhecimento do pedido é tradicional na esfera privada, entretanto, uma confissão pode, eventualmente, fazer surtir esse mesmo efeito, ainda que seja lição consolidada que a confissão não supre a instrução probatória. A carga probatória de uma confissão tem sido diminuída conforme o passar do tempo, mas é um equívoco supor que, nos primórdios do sistema processual penal pátrio, a confissão gerasse inexorável condenação.

Conforme observamos em jurisprudência referente ao Código Penal do Império, nos casos de condenação à morte, havia um quesito obrigatório ao corpo de jurado, indagando se há outras provas para além da confissão. Caso não houvessem outras provas, a pena de morte não seria aplicada. Vejamos:

Sendo a pena decretada, no gráo máximo deste artigo, a morte, havendo confissão do réo, é indispensável o quesito : — Ha mais alguma prova, além da confissão do réo ? — afim „de poder-se, na applicação da pena, observar a disposição do art. 94 do Cod. do Proc. Criminal.

...

Da combinação dos arts. 94 e 332 do Cod. do Proc. e 383 do Regulamento, n. 120, de 1842, infere-se que é indispensável, para a imposição da pena de morte, resposta afirmativa por unanimidade, não só sobre o facto principal, como sobre todas as circunstancias, cuja existência a lei requer, taes como: elementares, aggravantes e, no caso de confissão do réo, reconhecimento de mais, alguma prova, além dessa confissão.

(Appel. Çrim. n. 1707. Ac. de 3 de Março de 1885. Appellantes —• o JUÍZO e José Sabino Teixeira Neiva, e Appellada — a Justiça. Resenha Juridica, Anno II, n. 3)

Portanto, podemos afirmar que sempre houve a ideia de consenso no processo penal pátrio, no sentido de que acusação e defesa podem concordar, seja o réu confessando os fatos, seja a acusação pugnando pela absolvição. Ocorre que o Juiz não era obrigado a submeter seu julgamento ao consenso das partes, salvo exceções. Dissemos “exceções” porque há pontuais vinculações do magistrado ao consenso das partes quanto à dosimetria e aplicação da pena. Vejamos alguns casos:

4.2.7.1. Juizado Especial Criminal

Iniciemos pelo estudo acerca da Lei dos Juizados Especiais Criminais. De início, nos delitos cuja ação é privada e naqueles em que a ação é pública condicionada a representação, a composição civil dos danos irradia efeitos quanto ao *jus puniendi*.

O procedimento dos Juizados especiais criminais abarca delitos com pena máxima abstratamente cominada de dois anos. De resto, exige-se que o autor do fato e a vítima estejam presentes na audiência preliminar, assistidos por advogados, nos termos do artigo 74 da lei 9099/95. A fase de composição dos danos pode ser presidida por um Juiz leigo ou um conciliador, sempre sob a direção de um Juiz togado. Dessa forma, caso as partes logrem um consenso quando à indenização no campo civil, haverá a renúncia ao direito de queixa ou representação, conforme artigo 74 da Lei 9.099/95.

Ademais, ainda que não haja a composição civil dos danos, o Ministério Público poderá propor aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. O autor dos fatos pode aderir, ou não, a esta proposta, em manifestação de sua autonomia da vontade, nos termos do artigo 76 da lei 9099/95. A necessidade de manifestação livre da vontade é auferida pelo Juiz que homologará, ou não, o acordo. Assim, se houver dúvida quanto à sanidade mental do autor do fato, a composição cível e a transação penal não poderão ser levadas a cabo.

Em relação à natureza jurídica da sanção decorrente da transação, há relevante posição doutrinária³⁵⁹ que não a imputa caráter penal. Isso porque não são aptas a gerarem reincidência e não possuem repercussão na esfera cível para fins de ação civil *ex-delito*. Ademais, o seu descumprimento não gera execução, mas sim a reabertura do processo, até seus ulteriores termos. Nesse instituto da transação penal, trazido pela Lei 9099/95, foi desenvolvida a ideia de

³⁵⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 422-423.

uma *oportunidade regradada*, em que o princípio da obrigatoriedade da ação penal é flexibilizado.

Em qualquer das hipóteses, há vinculação do membro Poder Judiciário, cabendo a esse a análise da legalidade do acordo e a autonomia da vontade das partes. Assim, conforme leciona Nereu José Giacomolli³⁶⁰, cumpre que o magistrado fiscalize a atuação de acusação e defesa, para evitar que o acordo civil se transforme numa *rendição*.

Outra técnica processual que exige o consenso é a suspensão condicional do processo, que se aplica a delitos cuja pena mínima abstratamente cominada seja menor do que um ano. A Lei n.º 9.099/95, 89, *caput*, dispõe que:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

A suspensão condicional da pena foi prevista, inicialmente, no Decreto 16.588 de setembro de 1924³⁶¹, inspirado no sistema franco-belga. O então

³⁶⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 257.

³⁶¹ Art 1º. Em caso de primeira condenação as penas de multa conversível em prisão ou de prisão de qualquer natureza até um anno, tratando-se de accusado que não tenha revelado character perverso ou corrompido, o Juiz ou Tribunal, formando em consideração as suas condições individuaes, os motivos que determinaram e circunstaciaes que cercaram a infracção da lei penal, poderá suspender a execução da pena, em sentença fundamentada, por um prazo expressamente fixado de 2 a 4 annos, si se tratar de crime, e 1 a 2 annos si de contravenção.

§ 2º. Se no prazo fixado, a contar da data da suspensão, não tiver sido imposta outra penna ao accusado, por facto anterior ou posterior a mesma suspensão, será a condenação considerada inexistente, pelo Juiz ou Tribunal ex-officio, ou o requerimento do accusado ou Ministerio Publico.

§ 3º. Em caso contrario, a suspensão será revogada e executada immediatamente a pena de forma a não se confundir com a segunda condenação.

§ 4º. A revogação será declarada na forma estabelecida para os incidentes da execução, pelo Tribunal ou Juiz competente e susceptivel de recurso sem efeito suspensivo.

Art 2º A suspensão não comprehende as penas accessorias e incapacidades, nem os efeitos relativos a indemnização do damno resultante da infracção da lei penal.

§ 1º. Na sentença de suspensão será fixado um prazo para o accusado pagar as custas do processo, tendo o Juiz ou Tribunal em attenção as suas condições economicas ou profissioanes.

§ 2º. A suspensão será subordinada a obrigação de fazer o condemnado as reparações, indemnizações ou restituições devidas, salvo caso de insolvencia provada e reconhecida pelo Juiz da execução.

Art 3º Cessarão os efeitos penaes da condenação no dia em que a mesma for declarada inexistente.

Art 4º Durante o prazo da suspensão não correrá prescrição.

deputado federal Esmeraldino Bandeira, no ano de 1906, já havia apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de Lei³⁶² tratando da suspensão da pena, que era baseado na Lei *Bérenger*, promulgada na França, que tratava do *sursis de l'exécution de La peine*. Cerca de dezoito anos após o pioneiro projeto de Lei, por delegação do Congresso Nacional, foi expedido o referido decreto, cuja exposição de motivos, da lavra do Ministro da Justiça à época, João Luiz Alves, externa os seguintes objetivos:

1. Não inutilizar, desde logo, pelo cumprimento da pena, o criminoso primário, não corrompido e não perverso;
2. Evitar-lhe, com o contágio na prisão, as funestas e conhecidas consequências desse grave mal;
3. Diminuir o índice de reincidência, pelo receio de que se torne efetiva a primeira condenação.

Curioso notar que, nessa pioneira legislação, não há exatamente espaço de consenso. O benefício era concedido pelo Juiz, após audiência específica, com a obrigação de não cometer outro delito no prazo de dois a quatro anos, além de arcar com as custas, indenizações e restituições, ônus que seriam -lhe impostos em qualquer hipótese. Assim, não havia encargo a que o réu deveria aderir, motivo pelo qual sua aceitação não integrava o rito. Quadro diverso ocorre no atual sistema de suspensão condicional da pena, em que o condenado deve, expressamente, conferir seu consentimento, pois que se submete a determinadas condições.

4.2.7.2. O Consenso no Código Penal

Prosseguindo, em outra manifestação de consenso, o artigo 65, III, d do Código Penal impõe que a pena deverá ser atenuada no caso de

Art 8º O Juiz ou Presidente do Tribunal que conceder a suspensão lerá ao acusado, em audiência, a sentença respectiva, eo advertirá das consequências para elle de uma nova infracção. Si o accusado tiver sido revel o Juiz ou Tribunal poderá tomar em consideração essa circumstancia para conceder ou não a suspensão.

...

Rio de Janeiro, 6 de setembro de 1924, 103º da Independência e 36º da República.

³⁶² QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Sursis e Livramento Condicional, 1924-1940: a modernização do direito penal brasileiro*. Tese (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 185.

confissão, que é seguido pela súmula 545 do E. Superior Tribunal de Justiça³⁶³. Para arrematar, o artigo 77 do Código Penal permite a suspensão condicional da pena não superior a 2 anos, por período de 2 a 4 anos, desde que o condenado não seja reincidente, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício e não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal.

Ocorre que, malgrado a pioneira legislação não exigisse condições para além do que integraria normalmente a sanção penal, o atual sistema de suspensão da pena, em seu artigo 78, estabelece condições que serão impostas pelo Juiz, em que o condenado deve aceitá-las para que lhe seja concedida a suspensão da pena, resultando um consenso entre o condenado, o Ministério Público e o Juiz, quanto ao cumprimento das condições.

A aceitação dessas condições é, evidentemente, engendrada sob a *pressão do cárcere*. É despiciendo argumentar sobre as limitações a que autonomia da vontade do condenado está submetida, tanto quanto está limitada autonomia da vontade de quem aceita a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Essa mácula à autonomia da vontade é objeto de crítica às penas negociadas em geral, qualquer que seja seu perfil institucional e qualquer que seja o país, conforme já citado.

Entretanto, essa mácula da autonomia da vontade não é motivo para escândalo algum. Ora, a ideia de liberdade e de autonomia, do ponto de vista ideal, não encontra paralelo no mundo dos fatos. Isso porque qualquer decisão é influenciada por poderosos elementos psíquicos, sociais e históricos. Supor uma autonomia absoluta é uma ficção distante da realidade. O que inibiria a livre expressão da vontade do condenado seria uma coação, ameaça, ou algum elemento externo e ilícito que lhe influenciasse a decisão. De resto, a liberdade relativa de que desfrutamos é sempre dirigida por diversos elementos poderosos, internos ou externos.

³⁶³ Súmula 545 STJ. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

Já tivemos oportunidade de alinhar, rapidamente, a questão do inconsciente, e de como ele dirige as decisões pessoais, já que a psique humana é repartida em consciente e inconsciente, e este último é um ambiente pouquíssimo explorado. Assim, retomando Freud e Breuer³⁶⁴.

O campo da atividade psíquica representacional não coincide, pois, neles com o da consciência potencial; este é mais limitado que aquele. A atividade psíquica representacional se decompõe em consciente e inconsciente, e as representações, em suscetíveis e insuscetíveis de consciência. Não podemos, então, falar de uma cisão da consciência, mas sim de uma cisão da psique.

Não há elementos empíricos que indiquem ser a autonomia do acusado, que aceita um acordo penal, menos livre do que a autonomia de quem escolhe a faculdade que se cursará, ou do emprego que se logrará. O conteúdo semântico da liberdade e da autonomia da vontade é um verdadeiro mistério para a ciência hodierna. Entretanto, para fins jurídicos, sua delimitação é puramente normativa, bastando que não haja vício de vontade previsto na legislação comum para que o consenso seja válido.

4.2.7.3. Novas formas de consenso no sistema punitivo brasileiro

Ademais, há um recente e amplo sistema conciliatório a que podemos denominar de “colaborativo”, em que, para além de um consenso quanto aos fatos imputados, exige-se que o acusado, ou investigado, contribua quanto ao conjunto probatório em relação a terceiras pessoas. Também nisso há um consenso, pois que se exige do suposto autor do fato uma adesão ao pedido de entrega de material probatório.

Quanto ao sistema colaborativo, que também é consensual, podemos apontar algumas de suas expressões normativas:

- (i) Artigo 159, § 4º do Código Penal, que aduz que: Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade,

³⁶⁴ FREUD, Sigmund e BREUER J. *Estudios sobre la histeria*, in: Sigmund Freud: Obras completas. Buenos Aires: Amorrortu Editores, vol. 2, 1998.

facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços;

(ii) Lei 8.072/90 - Lei dos crimes hediondos que, em seu artigo 8º impõe que será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. E no parágrafo único aduz que: O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

(iii) Lei 7.492/86 - crimes contra o sistema financeiro nacional, que em seu artigo 25, § 2º permite que nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços;

(iv) Lei 9.807/99 – Lei de proteção à testemunha, que permite, para qualquer delito, a colaboração com redução de pena nas hipóteses elencadas em seus artigos 13 e 14;

(v) Lei 9.613/98 – lei da colaboração premiada, que logo no artigo 1º, §5º permite que a pena possa ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao Juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime ;

(vi) Lei 11.343/06 - Lei de drogas, cujo artigo 41 admite ao indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços;

(vii) Lei 12.529/01 – Lei do sistema brasileiro de defesa da concorrência, cujo artigo 87 positiva que nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 , e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como

os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

(viii) Lei 12.850/13 – Lei das organizações criminosas que traçou importantes balizas normativas para a fase de negociação, bem como os possíveis benefícios.

De início, emerge desta última norma que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova e um negócio jurídico processual, que pressupõe a utilidade e o interesse público (artigo 3º, I). Nisso já se divorcia do perfil ancorado na celeridade e economia que fundamenta alguns dos sistemas de negociação de pena, conforme já visto. O escopo da norma não é a redução do tempo do processo, mas sim os interesses ligados ao esclarecimento de delitos.

Prosseguindo, afirma que o celebrante do acordo deve, necessariamente, ser assistido por advogado ou defensor público, que assinará o termo conjuntamente, sendo certo que a manifestação de aceitação deve ser voluntária, proibindo métodos coercitivos de colheita da aceitação. O Juiz não participará das negociações, entretanto, cumpre que homologue o acordo, auferindo a regularidade, legalidade, voluntariedade (especialmente nos casos em que o autor dos fatos sofreu alguma medida cautelar) e, por fim, se os benefícios gozados estão coerentes com permissivo legal.

O Juiz, ou Tribunal, deverá analisar o mérito da denúncia e das primeiras etapas da dosimetria da pena antes de aplicar os benefícios pactuados, motivo pelo qual as partes não têm liberdade para definirem a sanção e a verdade dos fatos, pois que é do Poder Judiciário a decisão homologatória e o juízo de culpabilidade. Os benefícios traçados na Lei vêm expressos no artigo 4º. Há uma única hipótese em que o Ministério Público possui autonomia para firmar um acordo, ato próprio, consignado no parágrafo 4º do artigo 4º.

Essa é a norma que delimitou o sistema negocial brasileiro, mais ancorado em objetivos persecutórios do que na redução do tempo do processo. Ocorre que, recentemente, a ordem jurídica nacional foi contemplada com um grande e polêmica novidade, o acordo de não persecução penal.

Por fim, a Lei 13964/19 incluiu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, permitindo que, em crimes com pena mínima inferior a quatro anos, caso não seja hipótese de arquivamento, seja objeto de negócio processual, generalizando a hipótese de acordo para diversos crimes e tornando imprescindível a criação de uma dogmática própria para este tipo de aplicação de pena.

4.2.8. A expansão do Direito Penal contra as garantias penais

A partir da metade do século XX, o Direito Penal passou a tutelar os ditos novos “bens jurídicos”. As razões são várias, desde a intolerabilidade aos riscos que o sistema de produção de massa gerou, o que se denominou de *sociedade de risco*³⁶⁵, sucedida por uma influência decisiva da mídia³⁶⁶, até a tipificação de novos crimes e criação de *novos bens penais*. Todo o discurso sobre a criminalidade e a insegurança gerou um medo generalizado, nem sempre com supedâneo na realidade³⁶⁷.

Uma plêiade de condutas, antes tuteladas pelo Direito Civil ou Administrativo, passam a ser tuteladas pelo Direito Penal³⁶⁸, paralelamente, garantias processuais foram sendo implementadas aos ritos processuais, como

³⁶⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

³⁶⁶ PIRES, Alvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. Novos Estudos CEBRAP, n. 68, mar. 2004. p. 39.

³⁶⁷ DONNA, Edgardo. *El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia*. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 69

³⁶⁸ MULAS, Nieves Sanz. *El Derecho Penal ante los retos del Siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites*. Cuadernos de Política Criminal, n. 106, p. 5-126, abr. 2012. Disponível em: [limites-393459850](#)>. Acesso em: 25 set. 2020. p. 127-128.

é o caso de “Juízos de Instrução” em muitos países, incremento de recursos e alongamento dos ritos.

A expansão do fenômeno punitivo, no campo Penal e Processual, foi analisada por Jesus-Maria da Silva Sánchez como inevitável³⁶⁹. Este autor formulou uma refinada tese como resposta à expansão penal e inviabilidade de se gerenciar a infinidade de demandas penais novas que surgiram. O sistema não era mais apto a sentenciar o volume de processos que surgiram, motivo pelo qual o autor, crítico do expansionismo, formulou a teoria das três velocidades.

A primeira velocidade seria um sistema repleto de garantias, tendo por escopo a aplicação de pena privativa de liberdade. A segunda velocidade seria caracterizada pela flexibilização de regras e garantias penais e processuais, mas sem a possibilidade de pena de prisão. Por fim, a terceira velocidade seria representada por flexibilização de garantias e aplicação de pena privativa de liberdade.

Merece detida atenção a forma como Jesus-Maria da Silva Sánchez³⁷⁰ responde ao problema do ilimitado inflacionamento das demandas criminais. Há limites orçamentários e administrativos que tornam impossível que o sistema processual de desincumba de seu mister, assim, o autor teoriza hipótese de ritos mais céleres. Note-se que o problema da impossibilidade de processamento e julgamento de todas as demandas penais foi observado, também, nos Estados Unidos, sendo certo que lá se engendrou o sistema de negociação de penas, tanto quanto ocorreu na Alemanha. Não há dúvidas de que a expansão do Direito Penal e dos ritos processuais foi o motivador do sistema de negociação de penas mundo afora, conforme já expusemos.

Importante ressaltar que não há que se confundir a segunda velocidade do Direito Penal com o sistema de negociação de penas, pois que são fenômenos diversos, um inserido, ainda, no sistema moderno de aplicação de

³⁶⁹ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 193-194.

³⁷⁰ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

pena, de cariz metafísico, enquanto a negociação é um sistema particular, com uma lógica própria, e francamente pós-metafísico.

Não é coincidência que o grande teórico do garantismo penal, Luigi Ferrajoli³⁷¹, seja um severo antagonista das correntes pós-metafísicas, especialmente de cariz principiológico, pois que tangenciaria toda a construção dogmática moderna e suas garantias. Ferrajoli se ancora no sistema penal moderno, fortemente juspositivista³⁷² e ainda metafísico, que construiu um cipoal de garantias ao cidadão contra o Estado. Entretanto, com o avanço da negociação de penas, um novo aparato dogmático de garantias deverá ser construído, tanto quanto o foi o sistema judicial de aplicação de penas.

Sem entrar no mérito da conveniência e oportunidade da adesão ao sistema de penas de negocias, uma vez observada a expansão do sistema penal negociado, cumpre à dogmática criar um sistema de garantias, tanto quanto Jesus-Maria da Silva Sánchez³⁷³ esmerou-se mais em engendrar um sistema dogmático que ordenasse o fenômeno, do que lamentar pelo impróprio inflacionamento penal.

De nossa parte, cremos em um sistema de garantias próprias ao sistema de penas consensuais, ainda a ser engendrado pela dogmática penal, gerando um verdadeiro garantismo penal nas negociações de pena.

4.3. Relação entre a filosofia da linguagem e as penas negociadas

Nas investigações acerca da genealogia das penas negociadas, nos Estados Unidos da América e na Europa, não observamos qualquer relação com a filosofia da linguagem, mas essa constatação não é um anticlímax em nossos

³⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Juris: Teoria del diritto e della democrazia*. v.2. Roma: Laterza, 2007, p. 84.

³⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁷³ SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A Expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

estudos. Aliás, a filosofia da linguagem é posterior ao fenômeno das negociações penais nos Estados Unidos da América, que teve como motivação a crescente complexidade dos ritos processuais, incremento de garantias e ausência de recursos materiais aptos a se desincumbir das tarefas, especialmente por parte da acusação.

Na Europa não foi diferente. Curioso notar que a *práxis* do sistema punitivo Alemão já se valia das negociações e consenso muito antes da legislação daquele país o permitir, sendo uma reação absolutamente prática a um problema concreto: o excesso de processos. Na França e Itália o quadro não é diverso. Ao contrário do que supúnhamos no início desta pesquisa, o surgimento das negociações penais não possui qualquer embasamento filosófico ou dogmático, sendo puramente prático e voltado a solução de um problema concreto: a ilimitada inflação do sistema penal e processual penal, em que se criam crimes e se expandem os ritos penais continuamente.

Pudemos observar, também, que o fim da metafísica gerou poucos frutos no Direito Penal. Ressalvadas teorias pontuais, todo o sistema punitivo é lastreado na filosofia moderna, juspositivista, com suas ficções jurídicas. A ideia de *bem jurídico abstrato, homem médio, pena certa e necessária*, dentre outros, são palavra cujo significado é tributário da vontade humana e não o contrário, mas, no Direito Penal, tomaram a forma de um ente, como um corpo sem alma, quase como se existissem no mundo fenomênico. Wittgenstein bem explicou que esses termos não nomeiam nada, e é a sociedade quem cria a significação deles, ao contrário do que prega a filosofia moderna.

Com a morte da metafísica surgiu o niilismo, que decorreu do desencantamento do século XX, gerando algum ruído no Direito Penal, notadamente pela acusação da irracionalidade do sistema penal e das suas punições. As fantasias a que o Direito se baseava foram desacreditadas, entretanto, a dogmática penal ainda está baseada nessas criações da imaginação humana.

No campo da teoria das penas, podemos alinhar, dentro da filosofia da linguagem, que as sanções são mensagens, formas de comunicação entre o

Estado e o indivíduo, ou o Estado e a coletividade. Comunica-se que a Lei está vigente, que determinadas condutas geram determinadas penas, que o sentenciado não deve realizar tais e quais condutas e assim por diante. Essa comunicação é imperfeita, como o é qualquer comunicação, daí a indemonstrabilidade de que alguém se sinta efetivamente intimidado pela existência das penas, pois que pretender convencer um receptor de algo não implica que o receptor o entenderá como quer o emissor³⁷⁴.

No sistema litigioso a comunicação estatal é emitida por meio da força e do litígio, sendo certo que, geralmente, o Estado esteve ausente da vida da pessoa, só se fazendo sentir quando da punição. Com isso, o sistema litigioso impõe uma resistência do polo passivo, gerando um hiato entre o que se pretende comunicar com a pena e o que o receptor entende. Em um país em que milhões são economicamente marginalizados e o Estado atua apenas em sua faceta punitiva, é previsível que o receptor (agente do delito) interprete a pena como vingança do inimigo, já que o Estado pouco o beneficiou.

O sistema consensual pretende a adesão do polo passivo, tornando a comunicação possível e, assim, diminuindo a resistência do agente do delito, que é instado a perceber que não agiu conforme as normas. A negociação pode permitir algum grau de adesão à punição, sob a perspectiva de que sua pena foi minorada. O então Estado-inimigo ouve sua versão e negocia uma punição, permitindo algum grau de controle do indivíduo em relação à sua pena, que antes era imposta pelo Estado-Deus, de que Kelsen³⁷⁵ tratou. Por outro lado, ainda se abre uma janela para incluir a vítima nesta relação comunicacional, sendo certo que os interesses dessa são quase ignorados durante o rito estatal-punitivo.

Lembremos que a pena dos povos primitivos excluía qualquer comunicação racional, uma vez que, diante da ausência da construção do “eu” daqueles indivíduos, a figura deste se confunde com o grupo e, para que haja comunicação racional, cumpre que existam ao menos dois seres com o “eu” bem formado, por isso as penas eram atribuídas aos *totens* ou divindades. A fictícia

³⁷⁴ WRIGHT, George Henrick Von. *Explanations and understanding*. Nova York: Cornell University Press, 1971.

³⁷⁵ KELSEN, Hans. *Dios y estado*. In: El otro Kelsen. Óscar Correias (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

comunicação se dava entre deuses e comunidade, mas, de fato, os deuses são projeções do superego primitivo daquela comunidade, é dizer, era a sociedade projetando externamente padrões de comportamentos exigíveis.

No sistema moderno, o Estado centralizador, com o fito de aniquilar qualquer poder concorrente ao seu, pretende impor a pena e comunicar seu poder às pessoas, seja pela reafirmação da norma, seja pela exigência de mudança de comportamento. O Juiz, em discurso monológico, analisa as provas, ouve as partes e profere a sentença conforme a sua *consciência*, dando azo à *arbitrariedade interpretativa*³⁷⁶. O fato é que a comunicação é unilateral e implica na não adesão pelo polo passivo, que é sempre o seu antagonista.

Essa não adesão do agente do crime é curial para comprovar que o poder do Estado é absoluto e independe de qualquer outra manifestação de poder, é dizer, tudo e todos se submetem ao poder soberano do Estado. Prova disso é o exemplo do antigo sistema conciliatório germânico (*faida* – tratada no capítulo 1), que foi suprimido quando da centralização do poder estatal, ou mesmo quando da supressão dos poderes feudais locais pelo estado central moderno. No fundo, se trata do Estado comunicar seu poder absoluto, sem muita vinculação aos interesses reais das pessoas.

A própria ideia de Estado já é uma ficção, criação da imaginação humana, tanto quanto os *totens* e os deuses primitivos, conforme Hans Kelsen³⁷⁷ bem analisa. De fato, o Estado é o que as pessoas decidirem que ele será, tanto quanto pena justa é aquela que as pessoas decidirem que é. Os vícios das chaves de interpretação da mofada metafísica obnubilam um fato inescapável, é o ser humano quem decide seu destino, sem a muleta das antigas abstrações metafísicas que permeiam a dogmática penal.

Dissemos que a história da negociação das penas não se vincula à filosofia da linguagem, o que não quer dizer que não possamos retirar contribuições das construções já consolidadas na filosofia. Abre-se uma janela

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso, constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 233.

³⁷⁷ KELSEN, Hans. *Dios y estado*. In: *El otro Kelsen*. Óscar Correias (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

de oportunidade para a construção de uma dogmática racional quanto ao sistema negocial, garantista, inserido num amplo sistema de política criminal e voltada à realidade brasileira.

Nesta ordem de ideias, Habermas, com sua “ética do discurso” é um substrato filosófico francamente aplicável ao insipiente sistema pátrio de negociações³⁷⁸

Sem perder de vista que a ideia de consenso, em Habermas, é trabalhada fora do Direito³⁷⁹, os seus requisitos podem inspirar a criação de uma dogmática quanto ao sistema de aplicação de penas negociadas. Ademais, a ideia de pena certa e necessária deixa de ter o cariz metafísico, para ser densificada por uma construção puramente linguística: *certo* é o resultado da fusão dos discursos de defesa e acusação, enquanto *necessária* é o que as partes decidirem que será, dentro dos limites da Lei, numa relação dialogal, sob supervisão do Poder Judiciário.

Algumas das críticas mais ferozes às imperfeições do sistema negocial norte-americano podem ter solvidos com a análise detida dos requisitos habermasianos. George Fisher³⁸⁰ sintetiza alguns dos principais problemas observado no sistema norte-americano:

1. Acusações exacerbadas para, ao final, conciliar-se naquilo que seria sentenciado pelo Juiz;
2. Fixação de tipificação mais grave para, depois, negociar-se com a tipo penal correto (*charge bargaining*);
3. Ausência de voluntariedade;
4. Aceitação de acordo mesmo se alegando inocência (*alford pleas*)³⁸¹.

A maior parte desses vícios pode ser imputada a uma genealogia privatista no sistema acusatório americano pois, sendo o promotor eleito, a punição é voltada a fins eleitorais e não de Justiça. Ademais, conforme se viu, a própria verba do gabinete se relaciona com a quantidade de condenações. O sistema acusatório brasileiro é diverso e possui perfil institucional distinto. Em

³⁷⁸ HABERMAS, Jürgem. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

³⁷⁹ HABERMAS, Jürgem. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 63.

³⁸⁰ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007.

³⁸¹ ANDERSON, James F. *Criminal Justice and Criminology: Concepts and Terms*. Maryland: University Press of America, 2002, p. 7.

qualquer hipótese, a construção de uma dogmática garantista tem permitiria inibir desvios e excessos, tanto quanto o foi na dogmática moderna.

A construção de uma dogmática própria ao sistema negocial de aplicação de pena tem o condão de, reconhecendo as falhas já identificadas em outros países, criar um cipoal garantista apto a inibir tais problemas já tão bem delineados na doutrina estrangeira. Seja no sistema acusatório de cariz privatista, seja no de cariz publicista, é a dogmática garantista que limita e erige ao padrão civilizatório os impulsos punitivista-vingativos³⁸², tal qual ocorreu no caso da dogmática moderna em relação ao sistema judicial de aplicação de penas. Há padrões de negociação que devem ser objeto de atenção e crítica, como o *alford pleas* e *charge bargaining*, que violariam determinados padrões discursivos propostos por Habermas, gerando um consenso inválido, pois que maculado pela parcialidade e ausência de empatia com o outro.

A ideia de diálogo e consenso abre o sistema punitivo ao mundo real, como o fez Heidegger com o conceito de *ser-aí (dasein)*. A pessoas real e historicamente inserida passa a ter voz, tanto quanto a vítima passa a ser uma protagonista nesse diálogo. A acusação deve se abrir à realidade fática e ao indivíduo historicamente determinado, analisando seu discurso sem qualquer viés punitivista (método de assunção de papeis), tentando, dentro do possível, compreender os valores a que as partes manifestam linguisticamente, para permitir a fusão dos discursos de acusação com o de defesa e se construir uma pena ideal ao caso real, sem qualquer lastro metafísico.

Com a criação e refinamento de uma dogmática para a aplicação consensual das penas abre-se um campo fértil para se inserir a ideia de *Justiça restauradora*, observando-se o interesse e prejuízo das vítimas. Ora, a vítima, essa esquecida do Processo Penal, pode ser integrada à relação comunicacional, participando da construção da sentença, especialmente no que diz respeito aos seus danos. O consenso, antecedido pelo diálogo entre as partes, poderia abrir à realidade esse círculo fechado e hostil que é o sistema

³⁸² VANZOLINI FIGUEIREDO, Maria Patrícia. *Nêmesis: o papel da vingança no Direito Penal*. Tese (Doutorado em Direito), PUC-SP, 2014.

penal, tanto quanto o conceito de *dasein* (ser-aí), abriu ao mundo real o conceito de *ser*. Assim, a ideia de consenso pode se expandir para incluir a voz da vítima.

O diálogo, supervisionado pelos agentes estatais e privados do sistema penal, tem o condão de reconstruir vínculos quebrados, apresentar ao acusado os dramas vividos pela vítima, tanto quanto apresentar à vítima os dramas vividos pelo seu então algoz, humanizando o frio e estéril sistema penal. Sobre esse tema, Celeste Leite dos Santos leciona que:

*Adota-se a concepção de que a restauração dos efeitos causados pela prática delitiva da aplicação do sistema integral de direito penal, ao qual devem ser incorporadas práticas consensuais de responsabilização entre o caso criminal, tais como o acordo de não persecução penal e a imposição negociada de pena. A sociedade deve participar da elaboração do consenso através de seu ombudsman, que é o Ministério Público, sem prejuízo da integração da perspectiva comunitária, no caso de ofensa a bens jurídicos coletivos*³⁸³.

A autora prossegue afirmado que, em 2006, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime publicou um manual de programas de justiça restaurativa, ampliando o conceito de processo restaurativo, para abarcar as hipóteses de diálogo³⁸⁴. O referido manual³⁸⁵, muito mais vinculado à política criminal do que o processo penal, para ser bem executado, necessita que o sistema dogmático penal esteja adaptado ao consenso, sendo certo que a base metafísica vigente pode limitar, ou até inviabilizar, o sistema consensual.

Nesta ordem de ideias, se a ideia de retribuição, ou prevenção, informar a negociação de penas, certamente o sistema negocial carecerá de aplicabilidade, pois, tanto um como outro, são baseados em padrões puramente ideais, enquanto a negociação de pena possui uma genealogia absolutamente pragmática, diametralmente oposta, portanto, ao idealismo Platônico ou Kantiano.

A filosofia da linguagem, que conta com quase um século de existência, já avançou bastante quanto à questão da comunicação e consenso, podendo

³⁸³ SANTOS, Celeste Leite. *Injusto Penal e os direitos das vítimas de crimes*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 243.

³⁸⁴ SANTOS, Celeste Leite. *Injusto Penal e os direitos das vítimas de crimes*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 180.

³⁸⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS NA CRIME (UNODC). *Handbook on restorative justice programmes*. New York: United Nation, 2006.

servir de base para a criação de uma dogmática da aplicação negociada de penas, tanto quanto a filosofia moderna deu corpo à moderna dogmática penal. Enfim, vislumbramos um campo rico para a criação de uma dogmática específica ao sistema de negociação de penas, com um cabedal principiológico próprio e diverso do sistema litigioso de aplicação de pena, que é filho da antiga metafísica.

Com suporte na filosofia da linguagem, pode-se vislumbrar a criação de uma dogmática autônoma e paralela ao sistema litigioso, adaptada aos parâmetros garantistas e concretizadora dos Direitos Fundamentais. Por evidente, tal construção só poderá ser erigido com o passar das décadas, tanto quanto o sistema penal litigioso é um edifício que está sendo construído há séculos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos nosso estudo pesquisando a relação entre as escolas filosóficas e a fundamentação das penas em cada época da história, com o fito de verificar se há algum vínculo e como esse vínculo surgiu. No decorrer das reflexões, algumas surpresas surgiram, como a inexistência de qualquer base filosófica na genealogia da negociação de penas, tanto quanto a densa base metafísica da dogmática penal hodierna.

Os primórdios do sistema punitivo, que nem sequer pode ser denominado de Direto Penal, eram manifestação bélicas, com um componente notadamente místico³⁸⁶, seja nos povos pré-colombianos, seja nos povos originários da Europa. Outra característica marcante era ausência da autonomia do “eu” e a total submissão às tradições, que eram passadas de geração em geração³⁸⁷. Essa quase inexistência da formação de um “eu” individual tornava bem reduzida qualquer possibilidade de contestação ou crítica aos costumes, fato que poderia, inclusive, ser motivo do banimento do indivíduo³⁸⁸.

Toda essa carga de tradição era simbolizada por um *totem*³⁸⁹, que materializava a história daquele grupamento social. A projeção de todos os impulsos internos era direcionada a essa figura, mas para os componentes do grupo, o totem não representava algo, ele era o objeto de adoração em si, pois todo o corpo de tradições era ali hipostasiado³⁹⁰. Na Europa, os mitos totêmicos foram eliminados mais rapidamente, pois que as tradições Cristãs e Judaicas repudiavam, com fulcro no Velho Testamento, qualquer sorte de idolatria.

Algumas sociedades antigas chegaram a elaborar Códigos de normas, mas em qualquer hipótese, eram sempre de ordem divina, como foi o caso do

³⁸⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão, tomo I*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 7.

³⁸⁷ GONZAGA, João Bernardino. *As penas nos povos primitivos*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66671/69281>. Acesso em: 27 de jun. de 2020.

³⁸⁸ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. *Fundamentos da Pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 14.

³⁸⁹ FREUD, S. *Totem e tabu*, in: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, v. XIII. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973, p. 21.

³⁹⁰ DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 210.

Código de Hamurabi. Aliás, o próprio Velho Testamento era rico em normas de conduta, incluindo até temas sanitários e ligados a alimentação (Levítico 11:10 e 11:7-8). Não é possível concluir que esse sistema punitivo primitivo fosse irracional³⁹¹, mas que esses povos projetavam seus impulsos e pretensões em *deuses* ou *totens*. O próprio Hans Kelsen³⁹² leciona que as religiões não são mais do que uma forma de ideologia social, com sua racionalidade própria. Se hoje há limitação em relação a alguns alimentos, fundamentamos em questões médicas e de saúde, mas naqueles povos a fundamentação era imputada à vontade de Deus, provavelmente após analisar que algumas pessoas morriam após comer frutos do mar ou carne de porco (Levítico 11:10 e Levítico 11:7-8).

Embora houvesse uma racionalidade própria, não observamos qualquer relação com a filosofia clássica, até pelo fato da maior parte dos povos primitivos não possuir qualquer construção filosófica. A filosofia só passou a existir cerca de 500 anos a.C.³⁹³, com o surgimento da *polis* grega, que permitiu algum grau de organização social, livrando alguns indivíduos dos encargos mais básicos de alimentação e proteção. Assim, no segundo capítulo concluímos que a relação entre filosofia e o sistema penal nos povos primitivos era a raiz comum: a religião.

Com a queda da Babilônia e o início da idade média na Europa, o sistema punitivo se organizou em torno de padrões religiosos, ainda que seja possível ver uma tímida fundamentação filosófica das penas, como foi o caso da Inquisição em relação à São Tomás de Aquino. A riqueza da filosofia da Idade Média é mais facilmente verificável, até pelo fato da rica bibliografia ter resistido ao tempo, por mérito da Igreja Católica, ao contrário da filosofia antiga, de que pouco sobrou. De Parmênides, por exemplo, praticamente nos chegou apenas uma única e maravilhosa obra: “Sobre a natureza”, em que analisa o “ser”.

Ao fim da Idade Média, a Renascença trouxe um novo mundo, em que a razão era a senhora e guia da humanidade. Os padrões religiosos foram

³⁹¹ DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁹² KELSEN, Hans. *Dios y estado*. In: *El otro Kelsen*. Óscar Correias (org.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 250.

³⁹³ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, capítulo 1.

paulatinamente sendo separados da filosofia e das ciências em geral, especialmente por mérito de René Descartes (1596-1650), um católico convicto, que trouxe ao mundo a obra “Discurso sobre o Método”, onde leciona que, para se chegar às “verdades”, cumpre que se elabore um método apto, elegendo a verificação e análise, sob o forte crivo do ceticismo, como caminho seguro. Seu ceticismo era tão rigoroso que chegou a pôr em dúvida sua própria existência, só se convencendo dela pois, pelo fato de duvidar, deveria existir.

Se a filosofia clássica não foi substrato para a pena nos povos antigos, o mesmo não se pode dizer da filosofia moderna. No capítulo terceiro podemos analisar como a filosofia pautou o Direito, especialmente o Direito Penal, a ponto deste quase perder sua autonomia, gerando uma reação da Escola Técnico-Positiva, cujo representante brasileiro foi ninguém menos do que Nelson Hungria. Hungria, e os demais de sua corrente, se preocuparam em retirar a filosofia do Direito para este não ser engolido por aquela. Em qualquer hipótese, está bem firme que a filosofia moderna pautou toda a dogmática penal, incluindo a fundamentação das penas.

Tanto os antigos quanto os modernos trabalhavam com uma ideia metafísica, em que se procuravam a “verdade fora do mundo”, é dizer, fora da experiência sensível. A metafísica³⁹⁴ dos povos primitivos possuía concepção teológica. Já na filosofia clássica, a metafísica se mostrou como ontologia, é dizer, buscava-se as características essenciais do *ser*. Em um terceiro momento, foi resignificada como gnosiologia, que representaria o estudo do próprio conhecimento, seus limites e origem, como ocorreu na filosofia moderna com a epistemologia, onde abundaram métodos e sistemas para se chegar às *verdades*.

Assim, o *ser* é objeto de estudo da filosofia clássica em sua concepção ontológica, enquanto a filosofia moderna adotou como objeto de estudo o conhecimento em si (epistemologia), sob a perspectiva da consciência e, por fim,

³⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 346.

a linguagem é objeto de estudo da filosofia da linguagem, na tentativa de superar a metafísica. Em outras palavras esclarece Odílio Alves Aguiar³⁹⁵:

Assim, podemos dizer que o horizonte do ser (ontológico) é hegemônico na Filosofia Clássica, o horizonte da consciência (gnosiológico) é hegemônico na Filosofia Moderna e o horizonte da linguagem é hegemônico na Filosofia Contemporânea.

A metafísica entrou em crise quando as mais refinadas escolas da filosofia moderna tiveram seu principal instrumento posto em xeque. A razão humana foi desacreditada após duas grandes guerras e, especialmente, as barbáries do nazismo. Além disso, Freud³⁹⁶ descobriu que a mente humana é guiada por impulsos internos, misteriosos e vinculantes, e a razão é como um pequeno barco navegando numa tempestade. No campo do Direito o fenômeno equivale ao que Edgar Allan Poe³⁹⁷ descreveu no campo da literatura, em que o autor já sabe o fim do livro mesmo antes de iniciá-lo, tanto quanto um Juiz já pode ter a decisão muito antes da instrução processual. Isso se deve aos limites cognitivos e vinculações culturais a que cada pessoa se submete.

A eliminação da metafísica, que teria criado mais problemas do que soluções no campo da filosofia, retira um véu que obnubilava o desenvolvimento do pensamento humano. Esse problema já era identificado por Freud³⁹⁸, quando argumentou que a religião seria uma espécie de neurose coletiva, ou quando Nietzsche³⁹⁹ declarou Deus morto. Quando Nietzsche declara a morte de Deus, em verdade, declara a morte das fantasias que a metafísica criou quanto a Deus, no fundo projeções do próprio ser humano. Deus está *fora do mundo*, motivo pelo qual descrevê-lo com elementos de *dentro do mundo* é o que Wittgenstein explica ser impossível linguisticamente, porque só temos os critérios do mundo como instrumento. Seria como exigir que um dicionário descrevesse algo sem usar palavras desse mesmo dicionário. Assim, para Wittgenstein: “sobre aquilo

³⁹⁵ AGUIAR, Odílio Alves. *Ser, consciência e linguagem: horizontes da filosofia*. Educação em debate. Fortaleza, ano 21, v. 2, nº 38, 1999, p. 29.

³⁹⁶ FREUD, Sigmund. *O ego e o id*. In: Edição standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 2019.

³⁹⁷ POE, Edgar Allan. *A filosofia da composição*. Rio de Janeiro: editora 7 letras, p. 17-18.

³⁹⁸ FREUD, Sigmund. *Atos obsessivos e práticas religiosas*. In: Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 2019.

³⁹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

que não se pode falar, deve-se calar”⁴⁰⁰, já que os limites do mundo seriam equivalentes aos limites da linguagem.

Com isso, o otimismo iluminista na razão humana caiu por terra, o ser humano se viu desprovido de seus ídolos e refém de sua liberdade, sem um objetivo claro e sem as antigas crenças que o sustentava. O ser humano se viu sozinho, angustiado por sua liberdade e órfão das certezas que guiaram seus antepassados. Disso nasce o existencialismo e o niilismo, cuja influência no Direito Penal foi parcial e indireta, conforme visto no terceiro capítulo.

A metafísica colocou o Direito Penal *fora do mundo*, com suas fantasias do *bem jurídico*, *culpabilidade*, *homem médio* e outras almas penadas. Com o fim da metafísica o Direito Penal se tornou um corpo sem alma, a então sólida dogmática continua viva até hoje, ignorando que sua base foi desacreditada, pois a filosofia da consciência foi equiparada aos antigos mitos gregos: fantasias do (in)consciente humano.

Mas impossível ser um corpo sem alma impunemente. É despiendo provar que o sistema penal atual está em descrédito. Seja nos garantistas, seja no maior dos punitivistas, não há quem olhe para o sistema punitivo com satisfação ou otimismo: a fundamentação é lastreada numa filosofia morta e os resultados práticos geram o sentimento de absurdo de que Camus⁴⁰¹ se referiu. Advogados, Juízes, Defensores, Promotores, Delegados de Polícia e todos os aplicadores da Lei, como Sísifo, carregam uma pedra para cima da colina e essa pedra despenca todo dia. A consequência óbvia da irracionalidade é um sistema burocrático, estéril, cujos resultados práticos são iníquos e caríssimos.

Diferentemente do Direito, na filosofia abriu-se uma janela nova. A filosofia da linguagem veio a lume para superar a metafísica fantasmagórica dos modernos, revisando tudo que fora pensado até então. Heidegger, que não se insere como filósofo da linguagem por ainda ter uma base metafísica, retoma o estudo do *ser* dos clássicos, elaborando o conceito de *ser-aí (dasein)*⁴⁰². Ele

⁴⁰⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

⁴⁰¹ CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

⁴⁰² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1986.

crítica a ontologia antiga, que limitava o ser, pois supor algo absoluto equivale a considerá-lo imutável, acabado e *fora do mundo*. Neste sentido, Heidegger abre o ser ao mundo, pois o *ser-aí* projeta inúmeras possibilidades que constituem o próprio ser. A ontologia tende ao absoluto, pois seria a essência além da experiência, ao contrário da ideia de ôntico (ente), que se refere ao que é identificável pelos sentidos. Heidegger tenta compatibilizar o ôntico ao ontológico.

Não podemos perder de vista que o ôntico (ente), mesmo para os antigos, sempre foi mutável, vide a famosa lição de Heráclito de Efeso (540 a. C – 470 a. C.), de que jamais se banha duas vezes no mesmo rio, pois o rio não é o mesmo e a pessoa não é a mesma, mas a ontologia tendia ao absoluto, imutável e acabado. Vem então Wittgenstein, que como um bom arquiteto (coisa que também era), põe abaixo o antigo palácio da filosofia moderna, que foi erigido na areia da praia, lançando base para a construção de um edifício mais sólido, que é a filosofia da linguagem.

Conforme dissemos no capítulo quarto, em Wittgenstein o objeto só pode ser pensado se relacionado a outros objetos. Em si mesmo, nada seria compreensível, pois há condições para que um objeto possa ser pensado. Repisamos a metáfora do dicionário: nele se conceituam palavras utilizando outras palavras do próprio dicionário, num sistema autopoiético. Seria absurdo tentar conceituar uma palavra fora do sistema do próprio dicionário, dessa forma, só podemos pensar um objeto com parâmetros de *dentro do mundo*. No campo do Direito Penal fica um constrangimento, pois que não se tem notícia de alguém, de *dentro mundo*, que conheceu o *homem médio*, ou o *bem jurídico* que foi protegido com a prisão de um homicida.

Analisamos, no mesmo capítulo quarto, que a filosofia da linguagem quase não possui influência no Direito Penal, com poucas ressalvas, como é o caso da “teoria significativa da ação”⁴⁰³, que possui a audaciosa pretensão de refundar as bases da dogmática. Que essa teoria é mais sólida do que a já

⁴⁰³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

desgastada teoria finalista da ação nos parece fora de dúvida, mas temos dúvidas se uma pretensão dessa monta traria mais problemas do que soluções.

Nesta tese trilhamos outro caminho. Deixe-se a dogmática moderna fundamentar o sistema penal tradicional, suas bases são sólidas e tem sido refinada há séculos, ademais, todos os princípios garantistas e civilizatórios tem ali a sua morada. Entretanto, em vista desse incipiente sistema negocial de pena, passemos a utilizar as *novas máquinas* para a fundamentação e construção de sua dogmática. Já que é instituto parcialmente novo⁴⁰⁴, é razoável utilizar mecanismos novos para a construção desse novo edifício.

Todas as garantias que a dogmática moderna conquistou, fantasias ou não, foram sendo construídas por séculos, assim, um novo cipoal de garantias deve ser construído para não se converter a negociação de pena em um pesadelo kafkiano. Se a ideia ordinária de negociação invadir o Direito, então tudo estará perdido, pois se a mesma forma como se negocia a compra de um pão adentrar aos tribunais, então o Marquês de Beccaria terá sido derrotado. Nesse caso ainda será preferível que a decisão decorra da *consciência* do Juiz.

Analisamos que, nos Estados Unidos da América, a negociação de penas se iniciou por um movimento do órgão de acusação, que era pouco remunerado e possuía carga de serviço desproporcional⁴⁰⁵. Igualmente na Alemanha, os acordos já eram feitos ao arrepio da Lei⁴⁰⁶. Em ambos os casos a motivação era puramente pragmática: o volume de processos era superior à capacidade de processamento. Todos os autores citados convergem em um ponto: a incrementação de garantias processuais, com o alongamento do processo, motivou a criação desses acordos. A isso acrescentamos o inflacionamento da quantidade de tipos penais.

Se a gênese do sistema de acordos foi a *práxis*, seu desenvolvimento deve possuir sólida base filosófica, sob pena de sairmos de um problema

⁴⁰⁴ Já externamos, no capítulo quarto, que o consenso não é novidade no Brasil e no mundo.

⁴⁰⁵ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph, A history of plea bargain in America*. California: Stanford University Press, 2007.

⁴⁰⁶ VASCONCELOS, Vinicius Gomes de e MOELLER, Uriel. *Acordos no Processo Penal Alemão: Descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016, p. 22.

(dogmática moderna) e cairmos em outro (ausência de dogmática). A ética do discurso habermasiana é um caminho promissor, e dali já tivemos a oportunidade de demonstrar que se pode extrair sólida base filosófica para se ter um consenso válido, por meio de padrões discursivos específicos.

O mesmo que Heidegger fez com seu *dasein*, abrindo o ser ao mundo, podemos fazer no Direito, abrindo-o ao mundo real, que é composto por pessoas reais, cada um com sua história, seus valores, crenças e sonhos, permitindo a análise real e individual do caso concreto. Essa individualização da pena, com fulcro no caso concreto, já foi perdida faz tempo, se é que um dia existiu, coisa que a tradicional pena de cinco anos e quatro meses, que a “dosimetria” da pena invariavelmente atinge no crime de roubo, é prova cabal. A ideia de um Direito aberto ao mundo real não é nova, pois Carbonnier já argumentava por um *droito flexible*⁴⁰⁷, no seguinte sentido:

*Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain tel il nous est apparu ... Flexible droit ! ... Rigueur, raideur. Raide comme la justice, c'était autrefois la comparaison courante dans les milieux populaires ... Combien de générations de justiciables avaient du d'abord se rompre les os sur la justice pour en arriver à la juger aussi brièvement. Si ce livre ne peut être une leçon, qu'il lui suffise d'être légèrement une revanche*⁴⁰⁸.

As velhas crenças de que a *Lei* poderia reivindicar o absoluto, de que trata Carbonnier, é manifestação clara de que a fé nos *deuses* foi substituída pela fé nos Códigos, e de que *deus* foi substituído pelo Estado⁴⁰⁹, conforme a insuspeita lição de Hans Kelsen. A filosofia da linguagem desanuvia essas ilusões, explicitando que tanto o Estado, quanto o *deus* dos povos primitivos, são frutos de uma persistente fantasia, e é o ser humano quem criou essas tipologias para ali projetar a si próprio. Nesse sentido, não é nem o Estado e nem *deus* quem pune, são os seres humanos que punem.

⁴⁰⁷ CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 8.

⁴⁰⁸ A lei é humana demais para reivindicar o absoluto da linha reta. Sinuoso, caprichoso, incerto como nos parecia ... Reto flexível! ... Rigor, rigidez. Tão rígida quanto a justiça, já foi a comparação comum nos círculos populares ... Quantas gerações de litigantes tiveram que quebrar seus ossos pela justiça para vir julgá-la tão brevemente. Se este livro não pode ser uma lição, que seja uma pequena vingança por ele. (livre tradução)

⁴⁰⁹ KELSEN, Hans. *Dios y estado*. In: El otro Kelsen. Óscar Correias (org.). Trad.: Jean Hennequin. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

Esclarecida essa ilusão, o velho adágio: “é a vontade de Deus” ou a máxima: “é o que diz a Lei” passam a não ser mais instrumentos de economia psíquica. A responsabilidade pela Justiça passa a ser do ser humano, sem o uso de qualquer de suas fantasias. Cumpre ao Juiz ser o maestro do diálogo entre acusação, acusado, defesa e vítima, para se chegar a uma sentença decorrente de diálogo.

Conforme as mais modernas correntes a respeito da pena, cumpre a essa emitir uma comunicação⁴¹⁰ a quem cometeu o crime. Essa comunicação, que é a pena, tem o fito de reafirmar a vigência da norma e, mais especificamente, daquele valor compartilhado pela sociedade e positivado em Lei. Condutas ou comportamentos que frustram as expectativas normativas⁴¹¹ da comunidade são sancionados e o seu autor é comunicado de que deve se submeter às expectativas gerais.

Essa comunicação pode ser mais ou menos perfeita, pois uma coisa é o que se exprime, outra é o que se entende. Von Wright⁴¹² explica essa distinção com clareza, utilizando o conceito de *input* e *output*. Ora, o Estado pretende comunicar a vigência de uma norma, mas não necessariamente o acusado adere a esta comunicação. Isso por um fato que não se pode esquecer: numa comunicação há uma carga emocional entre os interlocutores, já que nenhuma comunicação é puramente lógica. E indagamos, qual a carga emocional entre acusado e Estado, em uma sociedade marcada pela marginalização social?

O Estado pouco esteve presente na vida da maior parte dos acusados, fazendo-se presente apenas para puni-lo, salvo nos exíguos casos de crime de *colarinho branco*, em que o condenado não só é contemplado pelo Estado, como se serve dele como seu bem pessoal. Assim, os valores compartilhados pela sociedade podem não estar na agenda valorativa da maioria dos réus, fazendo-o compreender a comunicação estatal como a vingança de um inimigo, pois tudo que a ele é oferecido é o sofrimento do cárcere. Aliás, o processo em si tem se desvirtuado para se converter em imerecida punição precoce e, sendo assim,

⁴¹⁰ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad.: Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 50.

⁴¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

⁴¹² WRIGHT, George Henrick Von. *Explanations and understanding*. Nova York: Cornell University Press, 1971.

também em forma de comunicação. Por vezes sofre-se mais durante o processo do que durante a pena.

Enfim, um acusado cujos valores são diversos dos da sociedade que o cerca, num processo longuíssimo, de difícil compreensão e burocrático, internaliza a sanção como a *vitória do inimigo*, que está a se vingar dele, gerando uma compreensível sensação de que *ninguém sequer o olhou nos olhos*. Esse sistema não possui a menor possibilidade de gerar uma comunicação construtiva.

A abertura para um diálogo de negociação, incluindo a voz da vítima, pode permitir uma verdadeira comunicação de que expectativas normativas foram frustradas, seja pelo sofrimento e prejuízo da vítima, seja por alguma outra lesão. Permitir que o acusado tenha o mínimo de influência na pena que suportará pode fazê-lo internalizar a comunicação pretendida pelo Estado, isso pelo fato de ter aderido àquela, no uso de sua relativa autonomia, de que todos desfrutamos. Essa adesão à pena, gerada pelo consenso, retira do Estado o papel de inimigo, pois não se dialoga com o inimigo. A própria negociação já macula a então relação de conflito entre Estado e acusado, com isso, torna-se possível alguma comunicação frutífera.

A carga de responsabilidade passa a recair integralmente sobre os atores processuais, que arcam com a estipulação da proporcionalidade da reprimenda, a reparação à vítima e a contemplação do sentimento de Justiça da sociedade, que deve ser aplacado pela punição, tirada de um cipoal de regras e princípios adrede engendrados para regular essa negociação. Naturalmente, isso só poderá ocorrer se for construída uma dogmática específica ao sistema negocial de aplicação de pena, garantista, ancorado na realidade e com o fito de resolver o litígio criminal concreto, sem qualquer pretensão de se buscar uma Justiça ideal, ou uma pena *certa e necessária*.

Dessa forma, concluímos nossa tese respondendo que há relação entre a filosofia da linguagem e o sistema negocial de punição, pois que os dois pretendem superar a metafísica desacreditada, para resolver os problemas, sejam filosóficos, sejam jurídicos, no contexto do indivíduo histórica e socialmente considerado, afastando-se das fantasias e ilusões que o ser

humano utilizou para fugir de sua liberdade e, por conseguinte, escapar de sua reponsabilidade. Vislumbramos uma janela de oportunidade para a criação de uma dogmática genuinamente nacional, voltada ao mundo real, diante da ausência de embasamento filosófico do sistema negocial mundo afora.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABBOUD, Georges; Henrique Gamberllini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 143.

AGUIAR, Odílio Alves. **Ser, consciência e linguagem: horizontes da filosofia** Educação em debate. Fortaleza. ano 21, v. 2, nº 38, 1999.

ALEXY, Robert. **Concetto e Validità del Diritto**. Torino: Einaudi, 1997.
_____. **Teoria da Argumentação Jurídica, A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set.1999

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set.1999.

_____. **Problemas da Teoria do Discurso**. Anuário do Mestrado em Direito, n. 5. Recife (PE): Universidade Federal de Pernambuco, 1992.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDERSON, James F. **Criminal Justice and Criminology: Concepts and Terms**. University Press of America, 2002.

ARALDI, Claudemir Luís. **Nilismo, criação e aniquilamento: Nietzsche e a filosofia dos extremos**. São Paulo, Discurso Editorial: Ijuí, RS: Editora UNIJUÍ, 2004.

ARAÚJO. Manfredo de Oliveira. **Reviravolta linguística pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **Dom Casmurro**. Rio de Janeiro: Ediouro: São Paulo: Publifolha, 1997.

ASÚA, Luis Jiménez de. **La ley y el delito**. 3. ed. Buenos Aires: Sulamericana, 1958.

_____. **Reflexiones Sobre el Erro de Derecho en Materia Penal**. Buenos Aires: Ateneo, 1942.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Introducción al Derecho**. Barcelona: Barcanova, 1985.

_____. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e Outros. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **O sistema Francês**, *in*: Modelos Europeus de enfrentamento à violência de gênero: Experiências e Representações Sociais. Brasília: ESMPU, 2014.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier. 2012.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 1994.

BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Tradução de Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1981.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. edição. São Paulo: RT, 1997.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal**. La Doctrina del Delito-Tipo. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BENJAMIN, Walter. **Para uma Crítica de la Violencia y Otros Ensayos, Iluminaciones IV**. Madrid: Taurus Humanidades, 1997.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Leme, SP: Edijur, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. **O Problema Penal**. Campinas-SP: LZN, 2003.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição, uma Análise Comparativa**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Volume I**. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONESANA, Cesare. **Voto sobre a pena de morte**, *In*: Questões criminais. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada, negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes.** São Paulo: Juruá, 2016.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I.** Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALAMANDREI, Piero. **A Crise da Justiça.** Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. **Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado.** Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989.

CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi di Diritto Criminale.** Milano: Carlos Brigola, 1882.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral, Volume I.** Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN, 2002.

CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los Límites del Lenguaje Nomativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: SAFe, 1992.

CASSIRER, Ernst. **El Problema Del Conocimiento en la Filosofía y en la Ciencia Modernas**. México: Fondo de Cultura Económica, 1956.

CAVALCANTE DE SOUZA, J. **Os pré-socráticos**. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1978.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Tese (Dissertação de Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

CHRISTIE, Nils. **Limites à Dor: O Papel da Punição na Política Criminal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CHOMSKY, Noam. **Novos Horizontes no Estudo da Linguagem e da Mente**. Tradução Marco Antônio Sant'Anna. São Paulo: UNESP, 2005.

COPETTI, André (org.). **Criminalidade Moderna e Reformas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. **A filosofia do direito penal nas "Confissões" de Santo Agostinho**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, n. 54, v. 2, 171-179.

COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado**. São Paulo: Nacional, 1930.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Bushatsky, 1967.

D'AGOSTINI, Franca. **Lógica do Nihilismo. Dialética, Diferença, Recursividade**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2002.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de Ley, el “Fundamento Místico de la Autoridad”**. Madrid: Techos, 2002.

DESCARTES René. **Discurso do Método**. 4. ed. Trad.: Gomes P. Lisboa: Guimarães Editores, 2004.

DIDEROT, Denis; D'ALAMBERT, Jean Le Rond. **Enciclopédia, ou Dicionário razoadado das ciências, das artes e dos ofícios, volume 6**. São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 299.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIP, Ricardo. **Direito Penal, Linguagem e Crise**. Campinas, SP: Millenium, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoria del Delito y de la Pena. Imputación Delictiva**. Buenos Aires: Astrea, 1995.

DOSTOIÉVSKI, F. **Os Irmãos Karamazov**. Trad. Rachel de Queiroz. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DUBOIS, Christian. **Heidegger: introdução a uma leitura**. tradução: Bernardo Barros Coelho de Oliveira. RJ: Jorge Zahar Ed. 2004.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

_____. **Contribuições para a compreensão do nazismo: a psicanálise de Erick Fromm**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

_____. **Beccaria e Freud: reflexões sobre o sistema punitivo a partir do olhar de Foucault.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, n. 43, p. 69-79, Abril-Junho/2016.

_____. **Reflexos penais do liberalismo em Beccaria: uma leitura a partir de Foucault.** APMP Revista. Ano XIV, n. 54, janeiro a março/2011.

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal.** 6. e. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DURKHEIM, Émile. **As Formas Elementares da Vida Religiosa.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald M. **¿Es el Derecho un Sistema de Reglas?** México: UNAM, 1977.

_____. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese.** 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

_____. **Os Limites da Interpretação.** São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. **Tratado Geral de Semiótica.** São Paulo: Perspectiva, 2005.

FARIA, Antonio Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado.** Rio de Janeiro: Record, 1958.

_____. **Código Penal do Brasil.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Bastos, 1929.

FEELEY, Malcolm M. **Plea bargaining e a estrutura do Processo Criminal,** in: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Plea Bargaining.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

FEUERBACH, Ludwig. **A essência do cristianismo**. Tradução Adriana Veríssimo Serrão. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

_____. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Principia Juris: Teoria del diritto e della democrazia**. V.2. Roma: Laterza, 2007.

_____. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Teoria da Norma Jurídica, Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Temas Básicos da Doutrina Penal, Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra (Editora), 2001.

_____. **Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime: 2ª Parte: Sobre a Construção do Tipo-de-Culpa e os Restantes Pressupostos da Punibilidade**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 1, jan-mar/1993, p. 17-40.

FIGUEIREDO, Maria Patrícia Vanzolini. **Nêmesis: o papel da vingança no Direito Penal**. Tese (Doutorado em Direito), PUC-SP, 2014.

FIORIN, José Luiz. **As Astúcias da Enunciação, as Categorias de Pessoa, Espaço e Tempo**. São Paulo: Ática, 1999.

FISHER, George. Plea Bargaining's Triumph. **A history of plea bargain in America**. California: Stanford University Press, 2007.

FLETCHER, George P. **Basic Concepts of Criminal Law**. New York/Oxford: Oxford (Editora), 1998.

_____. **The grammar of criminal law – volume one: foundations**. New York: Oxford University Press, 2007.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. Tradução Salma Tannus Muchail, 8ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Vigiar e Punir, Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: RT, 1995.

FREUD, S. **Totem e tabu**, in: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud, v. XIII, trad. J. Salomão, Rio de Janeiro: Imago Editora, 1973.

_____. **O ego e o id**. In: Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 2019.

_____. **O mal-estar na cultura**. São Paulo: L&PM, 2010.

_____. CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989. Trad. Renato Zwick. Poro Alegre: L&M, 2010.

FREUD, Sigmund e Breuer J. **Estudios sobre la histeria**, in: Sigmund Freud Obras completas (J. L. Etcheverry, Trad.). Buenos Aires: Amorrortu Editores, vol. 2, 1998.

GARCIA, Basileu. GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonard, 1982. v. 1, t. 1.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIBBON, Edward. **Declínio e Queda do Império Romano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena**. São Paulo: Max Limonard, s/d.

_____. **A Inquisição em seu Mundo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Crime: Essência e Técnica**. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel. Jul-Ago-set/2002, n. 21.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **A Filosofia do Direito Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2001.

GÜNTHER, Klaus. **Crítica da pena II**. Trad. Flávia Portella Püschel. Revista Direito GV, v. 3 n. 1, p. 137–150, JAN-JUN 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Comentários à ética do discurso.** Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **Passado como Futuro.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

_____. **Era das Transições.** Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Tradução Guido A. de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia, entre Facticidade e Validade, volume I.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Pensamento Pós-Metafísico, Estudos Filosóficos.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Verdad y Justificación.** Madrid: Trotta, 2002.

HARARI, Yuval Noah. **Uma breve história da humanidade.** São Paulo: L&PM, 2019.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal.** Porto Alegre: SAFe, 2005.

HEGEL, Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do Direito.** Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o Humanismo.** Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

_____. **Ser e tempo.** Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1986.

_____. **Parmênides.** Tradução: Sérgio Mário Wrublevski, Petrópolis: Vozes, 2008.

HERCULANO, Alexandre. **História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal**. São Paulo: Centaur Editions, 2012.

HIRSH, Andrew Von. **Censurar y Castigar**. Madrid: Trotta, 1998.

HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas: O sistema penal em questão**. Niterói: LUAM. 1993.

HUME, David. David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Débora Danowski. São Paulo, Editora UNESP, 2000.

_____. HUME, David. **Investigação acerca do Entendimento Humano**. Trad. José de Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

HUNGRIA HOFFBAUER, Nelson. **A Legítima Defesa Putativa**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1936.

_____. HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Derecho Penal**. Parte General. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Uma Teoria da Obrigação Jurídica**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. **Sobre la teoria de la pena.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, Parte Geral, Volume I.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal – parte geral.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. **10 lições sobre Gadamer.** Petrópolis: Vozes, 2017.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. **Crítica da Faculdade do Juízo.** Tradução Valério Rohden e Antonio Marques. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1995.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural.** Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional.** Tradução Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Dios y estado.** In: El otro Kelsen. Óscar Correias (org.), trad.: Jean Hennequin, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** 5. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2007.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão tomo I**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As Palavras e a Lei: Direito, Ordem e Justiça na História do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Edesp, 2004.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **La sociedad de la sociedad**. México: Editorial Herder, 2006.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

LYRA, Roberto. **Novo Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1946. v. 2, t. 1, p. 46.

MARAT, Jean Paul. **Plan de Legislación Criminal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MATHIESEN, Thomas. **A Caminho do Século XXI - Abolição, um sonho impossível?**. In: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim. n.4, 1997.

MENDES JÚNIOR, João. **Os Indígenas do Brasil, Seus Direitos Individuais e Políticos**. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal. Tomo I, 2ª Edición.** Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946.

MILL, John Stuart. **A Liberdade. Utilitarismo.** Tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1.** São Paulo: Atlas, 2001.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General.** Barcelona: Reppertor, 2002.

MONTERO, Pedro Dorado. **Bases para un Nuevo Derecho Penal.** Buenos Aires: Depalma, 1973.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** Tradução Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NIETZSCHE, F. **A Gaia Ciência.** São Paulo, SP: Editora Escala, 2006.

_____. **Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro.** São Paulo: Companhia de Bolso. 2016.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, Volume I.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia,** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MOSER, Paul. K.; MULDER, Dwayne. H.; TROUT, J. D. **A teoria do conhecimento: uma introdução temática.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **A concepção significativa da ação de T.S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico funcionais do Delito.** Trad. Paulo Cesar Busato. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica, Nova Retórica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PLATÃO. **A República**. 6. ed. São Paulo: Ed. Atena, 1956.

_____. **Fedro**. Trad. José Trindade de Souza. São Paulo: Editora 34, 2006.

_____. **Diálogos**. Belém: Ufpa, 1980

PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito**. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

PIRES, Alvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, n. 68, mar. 2004.

PETERS, F. E. **Termos Filosóficos Gregos: Um Léxico Histórico**. Tradução Beatriz Rodrigues Barbosa. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1983.

POE, Edgar Allan. **A filosofia da composição**. Rio de Janeiro: editora 7 letras p. 17-18.

PRADEL, Jean. **Droit Pénal Comparé**. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2. edição. São Paulo: RT, 1997.

_____. **O Sentido da Nova Lógica**. São Paulo: Martins, 1944.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM. 2014.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad.: Marlene Holzhausen. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

_____. **Justiça e Democracia**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Giovanni. **Para uma nova interpretação de Platão**. Trad.: de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1997.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Antigüidade e Idade Média**. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1991.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito, vol. I**. São Paulo: Saraiva, 1957.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal, Parte Geral, Volume I**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Trad.: Vilmar Schneider. Petrópolis: Editora Vozes, 2008,

ROBINSON. Paul H. **Principios distributivos del Derecho Penal – A quién debe sancionarse y em qué medida**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução Ana Paula dos Santos et al. Lisboa: Vega, 1986.

_____. **Sentido e limites da pena estatal**, *in*: Problemas fundamentais de direito penal, 2. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Ntscheradetz. Lisboa: Veja, 1993.

RUSSEL, Bertrand. **Ensayos sobre Logica y Conocimiento**. Madrid: Taurus, 1966.

_____. **História da filosofia ocidental**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

SANTOS, Celeste Leite. **Injusto Penal e os direitos das vítimas de crimes**. Curitiba: Juruá, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHNAIDERMAN, Boris. **Dostoiévski, precursor de Freud?** São Paulo: Revista da Usp, n. 102, p. 137-139, JUNHO/JULHO/AGOSTO, 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O Mundo como Vontade e Representação**. Tradução M.F. de Sá Correia. Porto, Portugal: Rés, s/d.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El Sistema Moderno Del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales**. Madrid: Tecnos, s/d.

_____. **Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação**, *in*: Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Franklin Leopoldo. **Descartes: a metafísica da modernidade**. São Paulo: Moderna, 1993.

SODRÉ, Muniz. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. 7.ed. Livraria Freitas Bastos, 1938

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito (variações e tendências)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 1994.

TOMAS DE AQUINO, Santo. **Verdade e Conhecimento**. Tradução Luiz Jean Lauanad e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WARBURTON, Nigel. **Uma breve história da filosofia**. LPM editores, 2012

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WEBER, Max. **Sobre algumas categorías de la sociología comprensiva**, in: Ensayos sobre metodología sociológica. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1982.

_____. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Trad.: de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **Economia e Sociedad**. Brasília: EdUnB, 1991.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal. Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista**. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Derecho Penal Aleman**. Tradução Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1997.

_____. **Diritto Naturale e Giustizia Materiale.** Milano: Giuffrè, 1965.

WINTER, Lorena Bachmaier. **Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**, in: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ª edição São Paulo: USP, 2001.

_____. **Investigações Filosóficas**. Bragança Paulista (SP): São Francisco; Petrópolis (RJ): Vozes: 2005.

_____. **Gramática Filosófica**. São Paulo: Loyola, 2003.

WRIGHT, Georg Henrik von. **Norma y Accion, Una Investigación Lógica**. Madrid: Tecnos, 1970.

VENTURI, Franco. **Utopia e reforma no iluminismo**. Trad. Modesto Florenzano. Bauru: Edusc, 2003.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

VOLÓCHINOV, Valentin. **Marxismo e filosofia da linguagem, Problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem**. Trad.: Sheila Grillo e Ekaterina Vólkova Américo. São Paulo: Editora 34, 2017.

VIEIRA, Leonardo Alves. **Schelling**. São Paulo: Jorge Zahar Editora, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas. A Perda da Legitimidade do Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

