



Marzo 2017 - ISSN: 1988-7833

O PRINCÍPIO RETRIBUTIVO: Uma velha e uma nova proposta

Luis Augusto Bringmann¹

Miguel Tedesco Wedy²

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Luis Augusto Bringmann y Miguel Tedesco Wedy (2017): "O princípio retributivo: Uma velha e uma nova proposta", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (enero-marzo 2017). En línea:

<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/01/teoria-absoluta.html>

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo aprofundar a discussão acerca da teoria absoluta da pena, não como um mal, como se sustentava no passado, mas como um bem, capaz de reconstituir e reequilibrar aquela relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo, que é o fundamento do direito penal. Desde os primórdios da sociedade, o crime é uma figura presente junto ao contexto social. Desta forma, onde há sociedade, há crime. Impõe-se, pois, rediscutir uma ideia de retribuição que não permita que a pessoa humana seja apenas um instrumento de um direito meramente utilitário e desprovido de densidade. Assim, a ideia de retribuição ressurge para afirmar a pessoa humana e sua liberdade, não para transformá-la em objeto, a ser manuseado e manipulado conforme os interesses políticos criminais.

Palavras-chave: pena; teorias da pena; teoria absoluta; princípio retributivo.

ABSTRACT

This work has the objective to study the discussion about the absolute theory of punishment, not as a bad thing, as it were sustained in the past, but as a good thing, able to reconstruct and rebalance that onto-anthropological relation of danger of care, which is the basis of criminal law. Since the dawn of society, crime is a present figure into the social context. Thus, where there is society, there is crime. It must be therefore revisited an idea of retribution that does not allow the human person to be only an instrument of a purely utility law. Thus, the retribution idea resurfaces to affirm the human person and

¹Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); advogado.

²Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo feito a graduação (1999) e mestrado em ciências criminais (2002) pela PUC-RS. Atualmente é professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação da Unisinos (Mestrado e Doutorado) e advogado. CPF: 90400836068; e-mail: miguelwedy@via-rs.net; link para currículo LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2582264833323481>.

his freedom, not to transform it into an object to be handled and manipulated according to criminal political interests.

Keywords: sanction, theories of punishment, absolute theory, retributive principle.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da sociedade, o crime é uma figura presente junto ao contexto social. Como diz Costa, onde há sociedade, há crime.³ O crime representa não só uma violação da norma e de um bem jurídico, mas a afetação da relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo.⁴

Deste modo, havendo um crime, pode haver uma pena. Neste ponto, de longa data, há uma grande discussão na doutrina sobre qual seria a finalidade da pena criminal, sendo sustentada a aplicabilidade de teorias diferentes, sem que haja um consenso entre os autores.

Atualmente, denota-se um grande apreço doutrinário pelas correntes que apresentam uma finalidade preventiva da pena criminal, uma vez que se criou a visão de que no passado a pena servia para retribuir e hoje esta serve para prevenir novos delitos.

Apesar das correntes preventivas serem efetivamente majoritárias, é relevante que não se despreze a contribuição e a densidade das ideias de retribuição em direito penal. E, talvez, a preponderância das ideias de prevenção e de utilidade são as que tem transformado o direito penal em uma ciência práctico-normativa de caráter extraordinariamente funcional. Não se pune mais pelo fato cometido, mas também para que outros fins sejam atingidos, bem como para que a sociedade veja a eficácia e funcionalidade do aparato penal estatal.

Não se busca, com este trabalho, criticar as teorias preventivas, tendo em vista a amplitude que tal enfoque exigiria, mas, fundamentalmente, o que se busca é resgatar muitos dos predicados das ideias de retribuição, como também asseverar que a ideia de retribuição não é desprovida de sentido nos dias atuais.

Assim, deve-se abordar a teoria absoluta não apenas em sua forma clássica, mas também os avanços teóricos que podem ser imputados nos dias atuais, bem como a sua densidade filosófica e dignidade histórica, na preservação da ideia de pessoa humana.

A TEORIA ABSOLUTA DA PENA

A teoria absoluta da pena está norteada pela ideia de retribuição. Originalmente, em sua concepção clássica, o fim da pena se encontraria na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime⁵, em que o fim da pena se resumiria em punir o delito praticado, como diz a doutrina: *punitur quia peccatum est*⁶. Para esta corrente, a pena encontraria em si mesma o seu próprio fim⁷. Isso

³ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 15.

⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 20.

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 67.

⁶ PRADO, Luiz, CARVALHO Érika Mendes de, CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 444.

⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, Coimbra Editora, ano 22, n. 2, abril /junho, 2012. p. 176-177.

acarretaria um problema: ao mal do crime se responderia com o “mal” da pena, uma ideia que carregaria em si uma nota de irracionalidade, ainda mais nos dias atuais.⁸

Devido ao fato desta doutrina não atentar para os fins tradicionais das teorias preventivistas (intimidação, reafirmação da norma, neutralização, ressocialização etc.), diz-se que ela teria uma finalidade em si mesma, ela estaria “desvinculada” ou “incondicionada” ante outras finalidades.⁹ Punir-se-ia o agente em razão do delito praticado, da ofensa ao bem jurídico, da afetação da relação de cuidado-de-perigo.

Em um primeiro momento histórico, firmou-se o entendimento de que a retribuição se fundava no sentido de que a pena deveria guardar a exata proporção com o fato cometido, sem oportunidade para excessos¹⁰. Chegou-se, assim, até a ideia de Talião (olho por olho, dente por dente). Com a Antiguidade e, posteriormente, com a Idade Média, houve uma grande aceitação desta corrente, pois se acreditava que a finalidade da pena era a expiação da culpa e a purificação da alma do condenado¹¹.

Mais recentemente, a corrente que fundamentou a teoria absoluta no pensamento religioso foi deixada de lado e duas grandes linhas de pensamento se destacaram, uma sustentada por Kant e outra defendida por Hegel.

A linha de pensamento kantiana sobre a finalidade da pena entende que o fim da pena deve ser voltado para uma ordem ética, tendo sua base no valor moral da lei decaída¹². Desta forma, fala-se aqui de uma retribuição moral. Para Kant¹³, o homem não pode ser utilizado como uma espécie de meio para promover a estabilidade do sistema. O homem, em síntese, não é uma coisa, manipulável pelos mais variados interesses sociais. A pena encontra em si mesma o porquê de ser/existir e não se vê a pena aqui como uma utilidade social. Assim, ensina Kant¹⁴:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio para promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisa: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil.

Desta forma, a finalidade da pena não poderia ser outra senão que um fim em si mesmo. Pode-se observar que, para Kant, pouco importa o caráter social da pena, tendo em vista que esta nunca teria um fim preventivo. Aplicar-se-ia a pena porque teria havido uma ofensa contra a ordem jurídica e esta, para Kant¹⁵, seria a justiça, o imperativo categórico.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. atual. ampl. Curitiba: ICPC, 2014. p. 425

⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. op. cit. p. 176-177.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1: questões fundamentais a doutrina geral do crime. p. 45.

¹¹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, Coimbra Editora, ano 22, n. 2, abril /junho, 2012. p. 177.

¹² KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Texto adicional, notas e traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 174-175.

¹³ Ibidem. p. 174.

¹⁴ Ibidem. p. 174-175.

¹⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Texto adicional, notas e traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p.175.

Kant traz um famoso exemplo¹⁶: há uma sociedade civil, que foi devidamente constituída com a anuência de todos os seus membros, com estatutos e leis vigentes. Todos seus membros, de comum acordo, decidem dissolvê-la. Desse modo, diz Kant, o último assassino que se encontrava segregado deveria ser devidamente punido, conforme a lei, executado ou mantido encarcerado, antes que a sociedade se dissolvesse, a fim de que cada um recebesse a sua respectiva pena, fazendo com que a justiça fosse cumprida integralmente.

Kant¹⁷ sustenta que se não fosse assim, o delito recairia sobre a sociedade que não aplicou uma punição ao criminoso, pois esta seria cúmplice da violação à justiça.

Como se denota no exemplo exposto acima, a pena não teria um fim que não fosse a retribuição para proporcionar justiça, uma vez que fins preventivos são afastados pelo referido exemplo. Se a pena fosse voltada para o bem dos “outros”, não teria o porquê de um homicida, em uma sociedade dissolvida, ser condenado, tendo em vista que a sociedade não existiria mais. Entretanto, como moralmente este se encontra em débito ao praticar uma conduta reprovável, pelas leis da sociedade, deveria ser punido.

Na linha de pensamento defendida por Hegel¹⁸, a finalidade da pena também é a retribuição. Porém, esta deixa de ser moral, como em Kant¹⁹, e passa a ser uma retribuição legal. Hegel²⁰ entende que a pena é um direito do agente, pois o criminoso é um ser dotado de razão, e não pode ser visto de outra forma. Assim, este só comete um delito por sua vontade e é sua vontade/direito receber uma pena²¹.

Assim, a pena é um direito que o agente tem, uma vez que este é um ser racional, dotado de razão. O crime é fruto da vontade do agente, esta vontade está ligada a sua liberdade existencial, relacionada, desta forma, ao seu direito posto, a pena. Para Hegel²², a pena é fruto da razão, de modo que com a sua aplicação se dignifica o criminoso como ser racional. Neste sentido, ensina Hegel²³:

Considerando-se assim que a pena contém o seu direito, dignifica-se o criminoso como ser racional. Tal dignificação não existirá se o conceito e a extensão da pena não forem determinados pela natureza do ato do criminoso, o que também acontece quando ele é considerado como um animal perigoso que se tenta intimidar ou corrigir ou que é preciso suprimir. Enfim, do ponto de vista das moralidades da sua existência, a forma que a justiça tem no Estado, isto é, como pena, não é a única e o Estado não é a condição necessária da justiça em si.

Por fim, na linha de Hegel²⁴, pode-se dizer que o criminoso comete um crime por sua vontade, logo, como ser racional, também é sua vontade ser punido, e tratá-lo de maneira diferente não seria vê-lo como um ser dotado de razão.

Mais hodiernamente, outros autores também sustentaram e sustentam uma ideia retributiva de pena. Por outro lado, também merece destaque a posição sustentada por Costa²⁵, o qual, sendo adepto da

¹⁶ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Texto adicional, notas e traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 176.

¹⁷ Ibidem. p. 176.

¹⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 87-94.

¹⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Texto adicional, notas e traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 174-180.

²⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89.

²¹ Ibidem p. 89.

²² Ibidem p. 90.

²³ Ibidem p. 90.

²⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89-90.

teoria absoluta, adota uma posição diferenciada de Kant e Hegel. Para o autor, a retribuição deve ser a finalidade da pena, pois esta corresponde à corrente adequada ao caso concreto²⁶. Desta forma, pode-se chegar em uma pena justa.

Um dos grandes méritos da teoria absoluta é estabelecer a proporcionalidade entre os delitos e as penas²⁷, de modo que é inegável que a ideia de culpabilidade, no sentido de proporcionalidade da culpa, foi trazida com a corrente retribucionista e é onde, segundo Dias²⁸, reside o seu grande mérito.

Em linhas gerais, a máxima da culpabilidade expressa a ideia de que não pode haver pena sem culpa e, a pena, por sua vez, nunca pode ultrapassar a medida da culpa²⁹. Assim, a pena nunca poderia violar a dignidade da pessoa³⁰.

Observa-se que uma pena que viola a dignidade da pessoa é aquela que ultrapassa a medida da culpa, sendo que a corrente retribucionista atende perfeitamente ao referido critério, pois esta busca retribuir a culpa com a aplicação da pena, proporcionando assim a justiça ao caso concreto, a qual respeita a dignidade do agente enquanto pessoa.

2.1 Críticas gerais apresentadas à Teoria Absoluta

A doutrina apresenta críticas variadas à teoria absoluta, desde a ponderação de que seria uma ideia metafísica, sem uma finalidade própria, até o ponto de que não seria concebível, nos tempos atuais, desprezar as ideias de prevenção e utilidade das penas.

A primeira crítica se estabelece no sentido de que a teoria da retribuição não é uma teoria dos fins da pena³¹, neste sentido esta seria desprovida de fins. Como defensor desta crítica, ensina Dias³²: “Ela visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins”. Na concepção do autor a ideia de justiça não seria um fim, o fim para ele ficaria ligado às finalidades preventivas, enquanto estas representam uma finalidade/serventia concreta à pena.

A referida crítica é relevante, mas pode ser refutada, pois o fim da pena para a Teoria Absoluta é a realização da justiça, isto é, a busca por uma decisão que, ao aplicar a pena, faça justiça e traga a paz, na linha do que sustenta Faria Costa como finalidade do Direito Penal.³³ Para a referida corrente, a justiça só poderá ser alcançada com a aplicação de uma pena adequada e justa³⁴.

A segunda crítica, a qual merece o nosso destaque, fica na ideia de que a pena retributiva esgota o sentido do mal que sofre o delinquente, como compensação do mal do crime³⁵, chegando a sustentar Dias³⁶ que esta doutrina é social-negativa, já que não aspira aos fins típicos das doutrinas preventivas.

²⁵ COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

²⁶ COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*: 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1: questões fundamentais a doutrina geral do crime. p. 47.

²⁸ Ibidem. p. 47.

²⁹ Ibidem. p. 47.

³⁰ Ibidem. p. 47.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**: 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1: questões fundamentais a doutrina geral do crime.p. 47.

³² Ibidem p. 47.

³³ FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 20.

³⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. op. cit.p. 176-177.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 48.

³⁶ Ibidem p. 48.

Como visto, a finalidade da pena para a Teoria Absoluta é a realização da justiça. A realização desta não pode ser vista como um mal à sociedade. Ademais, mostra-se no mínimo contraditório tomar a pena como fundamental à realização da justiça e paralelamente entender esta como sendo um mal-social.³⁷

O crime é, de fato, social-negativo. A pena, porém, enquanto representa uma resposta para o crime, como ofensa ao bem jurídico e afetação à relação de cuidado-de-perigo, nunca pode ser vista como um mal negativo, do ponto de vista da Justiça. Não falamos aqui das penas desproporcionais, não falamos aqui do caos penitenciário, que ofende a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, mas falamos aqui daqueles atos graves que ofendem bens jurídicos de grande significação e que não podem ficar impunes. A referida crítica vê a pena às avessas, uma vez que esta deve ser vista como um bem social, enquanto representa a efetivação e manutenção da justiça, e não um mal.

Uma terceira crítica seria no sentido de que não é função do Estado manter a ordem moral, o que está correto, mas proteger os bens jurídicos ou a estabilidade das normas³⁸. Nesta linha, ensina Dias³⁹: “A doutrina da retribuição deve ser recusada ainda pela sua inadequação à legitimação, à fundamentação e ao sentido da intervenção penal”.

Nota-se que para o autor a retribuição é inadequada ao modelo de Estado Democrático, pois ao Estado cabe assegurar as condições de existência comunitária. Assim, para Dias⁴⁰, a finalidade da pena só pode ser preventiva, pois através da prevenção é que se assegurariam as condições de vivência social.

Porém, no atual contexto, o que se tem visto é que a ideia de proteção do contexto comunitário tem exasperado as penas e não tem realizado justiça. A presente crítica não deve vigorar, tendo em vista que é tão somente através da retribuição que se poderá legitimar e atingir os objetivos de um Estado Democrático, que não quer transformar o ser humano num objeto, a fim de que outros objetivos sejam atingidos. A pessoa humana não pode ser instrumentalizada para que determinado estado se perpetue, ainda que sob o preçõ da injustiça.

Outra crítica citada pela doutrina, mas já mais enfraquecida, é no sentido de que não existe um fundado motivo acerca da necessidade de punição/expiação⁴¹. Nessa linha, não se justifica a necessidade de aplicação de uma pena para todo o fato criminoso, sem distinção⁴². E isso não é incorreto, a relação entre pena e crime não é biunívoca, nem todo crime carecerá de pena. Nem falemos aqui das situações de insignificância ou inadequação, pois em tais casos nem crime há, já que se afasta a tipicidade da conduta. Porém, há casos que podem atrair a aplicação do perdão judicial e outros benefícios, quando a pena se apresenta sem a densidade de um postulado de Justiça.

A última crítica, portanto, é altamente questionável. Por trás disso está a ideia de que toda pena exige culpa, mas que nem toda culpa exige pena. Isso, segundo a crítica que é exposta, fragilizaria uma ideia de retribuição. Ora, é sabido que o simples processo e uma condenação, ainda que não executada, já cumpre um certo caráter de retribuição. O estigma que cerca o processo penal e o reconhecimento da culpa, ainda que sem pena, são fatores que podem ser apontados como verdadeiras retribuições, em razão de sua gravidade. Por certo que não pode haver pena sem culpa, mas poderá haver culpa sem

³⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, Coimbra Editora, ano 22, n. 2, abril /junho, 2012. p. 181.

³⁸ Ibidem. p. 181.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1: questões fundamentais a doutrina geral do crime.p. 48.

⁴⁰ Ibidem. p. 52.

⁴¹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, Coimbra Editora, ano 22, n. 2, abril /junho, 2012. p. 182.

⁴² Ibidem. p. 182.

pena. Isso não significa romper com a ideia de retribuição, pois o simples processo ou reconhecimento da culpa, sem pena, não deixa de ser uma retribuição, em determinadas situações.⁴³

Entretanto, em algumas situações, uma conduta que, em sua origem, era reprovável, pode ficar isenta de pena, devido à aplicação dos princípios ou do próprio ordenamento jurídico, uma vez que o ordenamento prevê que não se reprova ou que as próprias consequências da conduta já representam reprovação ao agente, mais graves do que a própria pena, como é o caso do perdão judicial, como antes referido.⁴⁴

Por fim, uma última crítica seria como a pena conseguiria retribuir ao ilícito obtido com o crime?⁴⁵

De forma alguma essa crítica está destinada ao sucesso, pois é de notório conhecimento que, ao aplicar uma pena para um determinado agente, é obrigação do juiz fundamentar a sua aplicação. Além disso, hoje falamos em uma retribuição legal, democrática, constitucional, com penas mínimas e máximas. Se a pena fosse ofensiva às ideias de necessidade e de proporcionalidade, ela seria inconstitucional, pois ofenderia princípios constitucionais fundamentais.

3 UMA PROPOSTA ANTIGA, PORÉM REVIGORADA: O PRINCÍPIO RETRIBUTIVO

De uma forma geral, introduzida a Teoria Absoluta da pena e apresentadas as principais críticas que contra ela são dirigidas, importa também ressaltar novas formas de se defender e enquadrar as ideias de retribuição. Importa, pois, enfrentar o chamado princípio retributivo⁴⁶.

Fala-se em princípio retributivo, pois a retribuição é a base da pena, o cerne para todos os demais efeitos da pena, os quais são adotados como finalidades para as teorias preventivas⁴⁷, pois estes efeitos advêm da aplicação do princípio retributivo da pena.⁴⁸

Pode-se dizer, assim, que a ideia de retribuição não exclui deveres do Estado em relação ao condenado e, tampouco, despreza os efeitos que a pena pode trazer. Ora, é um dever do Estado dar um tratamento digno ao condenado e lhe dar possibilidade de ressocialização. Um dever que o Estado descumpra vergonhosamente, permitindo o cumprimento da pena em situações desumanas e cruéis. De outra parte, pode ser um efeito da pena a intimidação de potenciais criminosos e a reafirmação da vigência da norma, não sendo propriamente uma finalidade, mas um efeito que emana da pena aplicada, seja ele querido e pretendido ou não.

Cumpra destacar que não basta aplicar uma pena esperando por um fim que talvez não se concretize, como é o caso das teorias preventivas. Não é certo que com a aplicação de uma pena seja possível intimidar (prevenção geral negativa), neutralizar (prevenção especial negativa), ressocializar

⁴³ Pode-se ver bem isso naquelas situações em que temos o perdão judicial, por exemplo. O perdão judicial é um instituto que possibilita que o juiz deixe de aplicar a pena diante de determinadas circunstâncias. Para haver a aplicação do referido instituto é necessário que no tipo penal haja a previsão legal, bem como que as consequências do crime sejam tão graves para o agente, que a pena se mostre desnecessária ou que haja uma baixa afetação ao bem jurídico protegido pela norma. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 885-886.

⁴⁴

⁴⁵ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, Coimbra Editora, ano 22, n. 2, abril /junho, 2012. p. 184.

⁴⁶ BETTIOL, Giuseppe Maria. **Instituições de direito e de processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.p. 166-173.

⁴⁷ Nota-se que aqui devemos ter em mente uma distinção entre efeito e finalidades da pena, tendo em vista que a confusão entre estes dois institutos leva ao equívoco ao falar em finalidades da pena.

⁴⁸ BETTIOL, Giuseppe Maria. **Instituições de direito e de processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.p. 165.

(prevenção especial positiva) ou confirmar a vigência da norma (prevenção geral positiva). Essas são finalidades discutíveis, que podem ocorrer ou não. Com a aplicabilidade do princípio retributivo, é possível ter uma finalidade para a pena e talvez alcançar efeitos preventivos, uma vez que estes podem ocorrer ou não.

Assim, a finalidade de toda a pena deve ser a retribuição, de forma que com ela se consiga equilibrar⁴⁹ ou refazer uma relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo (que é o fundamento do crime), e proporcionar justiça ao caso concreto⁵⁰.

A ideia que sustentamos vai para além da divergência entre Kant e Hegel. Para Hegel⁵¹, como já referido, a pena não deixa de ser um direito, isto porque entende que o ser humano é um ser dotado de razão, de forma que este comete um determinado delito por sua vontade.

Cumprir referir que a pena não pode ser um direito, assim como defendido por Hegel⁵². Isto porque um direito é algo que você tem e escolhe exercer ou não, um direito é uma faculdade, a pena, por sua vez, é imposta. Como regra, não se escolhe cumprir a pena.⁵³

Nesta linha, cumpre destacar o pensamento de Kant⁵⁴: “Ninguém é objeto de punição porque a quis, mas porque quis uma ação punível, pois não constitui punição se aquilo que é feito para alguém é o que ele quer e é impossível querer ser punido”.

Outrossim, Kant⁵⁵ entende que a pena nada mais é do que uma retribuição moral, defendendo que essa não pode ser usada como um bem em relação às outras pessoas.

Porém, entendemos que não ver a pena como um mal não significa dizer que ela perca o seu fim retributivo. Ora, o Direito não é a moral e a moral não é o Direito, embora ambos se toquem em muitos pontos, embora haja um sombreamento entre direito e moral em muitos momentos, uma coisa não é só a outra. Sem contar que se está entrando na velha discussão entre direito e moral, tema que não se pretende tratar aqui, a fim de manter o foco delimitado proposto.

Destarte, pode-se lançar mão da ponderação de Costa⁵⁶, que vê a pena como um bem⁵⁷, isso porque ela é necessária para refazer a ruptura que se tem na relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo. Para

⁴⁹ A palavra equilibrar deve ser compreendida em um conceito normativo, uma vez que esse equilíbrio deve ser um equilíbrio legal e, não puro e simplesmente uma aplicabilidade da pena aproximada à “lei de talião”.

⁵⁰ BETTIOL, Giuseppe Maria. op. cit. p. 167.

⁵¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89.

⁵² Ibidem. p. 89.

⁵³ Tal ideia vem cada vez mais sendo posta em discussão pela introdução dos mecanismos de *plea bargaining* no processo penal. Nessas situações, como na transação penal ou até nos casos de delação/colaboração premiada, o sujeito se coloca numa situação em que, de certo modo, não deixa de “escolher” o cumprimento da pena, quando há voluntariedade, por exemplo. Note-se que tais institutos, de caráter absolutamente utilitário, estão colocando em fricção vários princípios do processo penal, como o princípio da obrigatoriedade da ação penal, do direito ao silêncio, do contraditório, da ampla defesa, da proporcionalidade e, fundamentalmente, da retribuição, pois permitem que culpados tenham benefícios que chegam até à exclusão da pena. Isso, por óbvio, se choca com a ideia de retribuição e de proporcionalidade entre o fato e a ofensa contra o bem jurídico. São instrumentos que combinam muito com teorias preventivas da pena.

⁵⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Texto adicional, notas e traduzido por Edson Bini. Baurio: Edipro, 2003.p. 178.

⁵⁵ Ibidem. p. 174-180.

⁵⁶ COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

⁵⁷ Ibidem.p. 224.

Costa⁵⁸, somente através da pena é que se voltaria, ou seria reposto, o sentido inicial da relação de cuidado-de-perigo⁵⁹. Neste sentido, ensina Costa⁶⁰:

E esse momento de ruptura, de fractura, de convulsão no cuidado genésico só se refaz com a pena. A aplicação da pena, nesta compreensão fundante, repõe o sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo. A nossa condição é sempre uma condição de perigo, enquanto manifestação, entre outros dados, de incompletude, de projecto, ser em aberto. Se somos tudo isso não somos necessariamente acabamento, consumação, fechamento. Porém, a abertura, o projecto, a incompletude faz de nós seres frágeis. Seres de cuidado, Seres de cuidado-de-perigo. O “eu”, por isso, para “ser”, exige o cuidado do “outro”. Mas se há cuidado é porque há um magma, uma turbulência que nos faz frágeis. Fragilidade do “eu” para consigo próprio. Fragilidade do “eu” para com o “outro”. Fragilidade do “eu” para com o mundo. E essa fragilidade assume dimensão de ruptura quando há um crime.

Deve-se perceber que, para Costa⁶¹, as pessoas são seres frágeis submetidos a uma relação de cuidado-de-perigo. Como refere o autor, para que o “eu” possa “ser” é necessário o cuidado para com o “outro” e, se deve haver cuidado, é porque há perigo nas relações entre pessoas, de forma que existe uma fragilidade nas relações do “ser” para com o resto das pessoas, ou para com o mundo de uma forma geral, uma vez que pode haver delitos que significam uma quebra na relação de cuidado-de-perigo.⁶²

Para Costa⁶³, havendo a afetação da relação de cuidado-de-perigo, o que ocorre com a prática de um delito, exige-se a aplicação de uma pena, a fim de haver uma recomposição, para que a relação seja retomada e refeito o estado de equilíbrio. Desta forma, com a aplicação da pena, volta-se ao ponto inicial da relação de cuidado-de-perigo⁶⁴.

Nesta concepção, a pena é a retribuição decorrente da afetação da relação de cuidado-de-perigo. Com o rompimento desta relação de cuidado-de-perigo, o equilíbrio só voltará com a aplicação de uma pena.⁶⁵ Daí a conclusão de Costa⁶⁶ de que a pena é um bem, pois esta assume o papel de reposição da afetação na relação de cuidado-de-perigo.

Deve-se atentar para a densidade dessa relação referida por Costa⁶⁷: “Porque também só desse jeito “eu” posso ver, olhar e amar o “outro”.” Nesta concepção, ao contrário do que sustenta Kant⁶⁸, a pena

⁵⁸ Ibidem. p. 224.

⁵⁹ Para Costa, todo delito advém da afetação da relação de cuidado-de-perigo. Por exemplo, quando há um homicídio, essa relação de cuidado-de-perigo para com o outro foi violada, no mesmo sentido, quando há um crime ambiental, foi violada essa relação de cuidado para com o ambiente. COSTA, José Francisco de Faria.

O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 374-387.

⁶⁰ COSTA, José Francisco de Faria. op. cit. p. 224.

⁶¹ Ibidem. p. 224.

⁶² COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

⁶³ Ibidem. p. 224.

⁶⁴ Ibidem. p. 224.

⁶⁵ Importante referir que para nós é impossível que não se trabalhe com as ideias de perdão, anistia, graça, indulto, em determinadas situações. Isso faz parte da nossa civilização judaico-cristã, de modo que não trabalhar com tais questões não nos parece possível.

⁶⁶ Ibidem. p. 224.

⁶⁷ Ibidem. p. 224.

⁶⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Texto adicional, notas e traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 174.

aqui assume este papel de “bem”, pois é necessária a sua aplicação para repor o equilíbrio da relação de cuidado-de-perigo⁶⁹.

Por outro lado, a pena, além de ser um bem, como referido acima, proporciona a realização da justiça. Nesta linha, ensina Bettiol⁷⁰ que a razão de ser/existir da pena está ligada à ideia de justiça, isto porque ela proporciona a aplicação correta da lei aos casos concretos.

Ainda segundo Bettiol⁷¹, cumpre referir que o princípio retributivo é o único capaz de ir ao encontro das exigências de uma democracia personalista. Isto porque a pena se volta para atender o homem na plenitude de sua personalidade e, por consequência, em suas exigências fundamentais.

Por outro lado, cumpre destacar que a pena com viés retributivo não impede que sejam alcançadas outras consequência, como aquelas com um viés preventivo.⁷²

Dito isto, sustenta-se que a finalidade da pena não pode ser outra senão a retribuição da conduta praticada pelo agente, a qual ocasionou a afetação ou quebra da relação de cuidado-de-perigo⁷³. Isso não impede que a pena apresente efeitos de prevenção⁷⁴.

A DESMISTIFICAÇÃO DA RETRIBUIÇÃO COMO UMA TEORIA DO PASSADO

Uma das críticas que são dirigidas contra a Teoria Absoluta é que esta seria uma teoria do passado, sendo o futuro inclinado para as teorias preventivas⁷⁵. Sob certo aspecto, tal crítica não é irrelevante, pois o direito tem apresentado um caráter cada vez mais utilitário e prevencionista. E isso vem expandindo o direito penal, o aparato estatal de poder e a ideia de um direito funcional.

Como referido, devemos destacar que a citada teoria surge no bojo de um Estado absolutista, onde moral e direito, Estado e religião, estavam todos extremamente vinculados⁷⁶. Na figura do soberano não se encontrava somente o poder executivo; na pessoa do rei se concentrava o poder de legislar e de julgar, chegando-se aqui à máxima de que o monarca representava a própria justiça⁷⁷.

Com o desenvolvimento histórico, a referida teoria foi enfraquecida; acreditava-se que a pena deveria ter uma efetiva utilidade social, o que não é irrelevante, com a evitação dos crimes e a ressocialização dos criminosos.⁷⁸

A dignidade histórica da ideia retributiva foi afetada pelos excessos denunciados com correção pelos autores liberais. E, assim, tal ideia acabou por perder força.

⁶⁹ COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

⁷⁰ BETTIOL, Giuseppe Maria. **Instituições de direito e de processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p.167.

⁷¹ Ibidem. p. 168.

⁷² RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, Coimbra Editora, ano 22, n. 2, abril /junho, 2012. p. 197.

⁷³ COSTA, José Francisco de Faria. op. cit. p. 224.

⁷⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. op. cit. p. 197.

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.p. 76-79 e COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 215

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133.

⁷⁷ Ibidem. p. 133.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. op. cit. p. 76-79.

Estará esgotada, portanto, a ideia de retribuição? A finalidade é prevenir?⁷⁹ Parece-nos que apreciar a ideia de retribuição com um contorno liberal é proteger a pessoa da sua instrumentalização absoluta, muito própria dos tempos atuais. Só a ideia de retribuição poderá limitar a perda de densidade da pessoa humana ante um direito cada vez mais utilitário, no qual os atores da Justiça não buscam mais alcançá-la, mas atingir outros fins, como a redução da criminalidade, a diminuição da sensação da impunidade, etc..

Ademais, estamos constantemente envolvidos de prevenção, de forma que há o risco de que a defesa de uma certa ideia de retribuição, democrática, constitucional, limitadora do Direito Penal, seja vista até como reacionária, tendo em vista que não se estaria a atentar para outros fins utilitários e sociais. Há fim maior do que alcançar a ideia de Justiça, com o refazimento da relação ontoantropológica de cuidado-de-perigo afetada pelo crime? Para aqueles que entendem que uma ideia de retribuição não teria utilidade social, poder-se-ia perguntar: há maior utilidade social do que a afirmação da justiça? Essa ideia de retribuição, sustentada nessa visão ontoantropológica, almeja, na verdade, afirmar uma ideia de Justiça e alcançar a paz, a ausência de perigo, o cuidado com o outro, mas jamais instrumentalizá-lo ou torná-lo um objeto⁸⁰.

Importa ressaltar que, na visão de Costa⁸¹, o perigo nas relações implica a constante atenção, a qual, em última análise, revela-se em cuidado com o outro e com os outros. Só o ato que revelasse essa ausência de cuidado, esse desprezo pelo outro ou por aquilo que é do outro e dos outros, é que chamaria à intervenção do Direito Penal, em casos excepcionais, como *ultima ratio*, com a ofensa efetiva contra um bem jurídico relevante. Em síntese, o direito penal deveria atender sempre para o seu fundamento (a relação de cuidado-de-perigo), a sua função (proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes) e sua finalidade (o alcance da justiça e da paz, por meio de uma ideia de retribuição, como um bem, não como um mal).⁸²

Assim, resgata-se o que é bom na ideia retributiva: a sua capacidade de reconstruir aquela relação que foi afetado pelo crime e afirmar uma sempre necessária ideia de Justiça.⁸³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena é uma sanção. Uma sanção que não pode reduzir a condição do homem, mas afirmá-la. Uma sanção que estabelece não apenas a reconstrução e o reequilíbrio de uma relação ontoantropológica, mas afirma a pessoa humana.

E, assim, para nós, a ideia de retribuição não é o reviver de um primitivismo irracional, não é um talão reacionário e decadente. Mas, antes disso, é em verdade o

[...] pilar da mundividência e vivência ética que percorre todo nosso pensamento jurídico. Ou que o princípio da retribuição pode, legitimamente, buscar as suas raízes ou algumas de suas raízes na Ilustração. Ou, finalmente, que a retribuição é a

⁷⁹ COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 215

⁸⁰ COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 374-387.

⁸¹ COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 374-387.

⁸² COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

⁸³ Interessante é a afirmação de Anabela Miranda Rodrigues de que Roxin seria um retribucionista, ao apresentar o que se poderia chamar de "versão disfarçada de retribuição", quando afirma que "proporcionalidade entre culpa e pena sentida como justa" ou quando fala da "pena sentida como justa pela generalidade", "medida da pena sentida como justa pelo delinquente" e "pena sentida como adequada pela generalidade e pelo sujeito". Anabela Miranda Rodrigues afirma, assim, que Roxin repeliu as justificações retributivas absolutas, mas não justificações absolutas relativas. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 335-336.

expressão mais lídima das ideias fortes e estruturantes de responsabilidade e igualdade.⁸⁴

Disso não podemos discordar. Pois, assim, recoloca-se o ser-pessoa, na sua exata dimensão e ativez, num patamar de convivencialidade comum aos nossos tempos, como um ser responsável e soberano, tornando-o impassível de conduções político-criminais desprovidas de carga axiológica.

Aceita-se, em decorrência disso, uma ideia de retribuição moderada que tenha como eixo central não a vingança ou o talião, mas um “reencontro necessário do ‘eu’ (que é ‘nós’) consigo” – e, por isso, a pena “não é a pura manifestação de um mal mas um bem porque necessário (enquanto pedaço da memória, enquanto chamamento e olhar para factos passados) ao livre desenvolvimento da personalidade”.⁸⁵

Uma ideia de retribuição moderada, necessária, proporcional, excepcional, subsidiária e eficiente, incapaz de desconsiderar o rol de garantias próprias de um sistema penal garantista e democrático, mas, ainda assim, uma retribuição capaz de manter a pessoa humana com toda a sua dignidade.

E, sob essa ótica, não se repele a existência de eventual prevenção atinente à pena criminal, mas não se a vislumbra, seja positiva ou negativa, como um fim próprio. Como também não se rechaça uma ideia ressocializadora, que tem um caráter de dever estatal, mas não de fim de pena. E, diga-se, um dever estatal de oportunidade, não de imposição ou de inocuidade psíquica do condenado. Isso tudo permite manter o ser como pessoa, sem deixar de olhar para o amanhã, sem esquecer que o “poder judicial tem, de maneira premente, que olhar para o passado”.⁸⁶

E importa dizer que, assim, não se está a defender uma ampliação do espectro penal. Bem ao contrário. O que se almeja é recolocar o ser-pessoa num patamar superior, que respeite a fragmentariedade cultural do nosso viver atual, as experiências e opções pessoais, bem como que não atraia para o campo penal aqueles atos que não se alastram para além do âmbito do autor ou do espectro do tipo penal.

E, acima de tudo, uma visão assim não desconsidera que a história da pena de prisão tem sido trágica e altamente criminógena, especialmente para aqueles setores mais proletarizados. Na lição de Faria Costa, não se pode esquecer de que a pena de prisão se mostra

[...] nos dias de hoje e já de há muito tempo, talvez desde sempre, incapaz de responder os anseios mais profundos da política criminal que envolve a aplicação e a execução da pena privativa de liberdade (a chamada pena de prisão). Ela é criminógena, dificilmente ressocializa e, por consequência, também de forma muito escassa cumpre os desideratos da chamada prevenção especial [...]. E todavia a pena de prisão continua a ser, para o bem e para o mal, a verdadeira pena principal dos sistemas penais europeus.⁸⁷

E completa asseverando que não haveria perdão nem misericórdia se, um dia sequer, o direito penal faltasse, não aparecesse, mesmo que pelos motivos mais nobres.

⁸⁴ COSTA, José Francisco de Faria. “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 209. Como esquecer, aqui, da lição de Bettiol, acerca da ideia de retribuição como algo central em nossa cultura, como expressão de um sentimento de justiça. In BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Parte Generale, Palermo: Priulla, 1950. p. 507-510.

⁸⁵ COSTA, José Francisco de Faria. “O direito penal e o tempo.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 183.

⁸⁶ COSTA, José Francisco de Faria. “Em redor do nomos.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 197.

⁸⁷ COSTA, José Francisco de Faria. “Um olhar doloroso sobre o direito penal.” In: _____. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 86.

E, assim, não se refuta a ideia de perdão ou de desculpa em direito penal. Ao contrário, a possibilidade do perdão e da desculpa não excluem a ideia de Justiça. Aliás, o grande ato de Justiça, vez por outra, poderá estar concretizado no perdão. No perdão concedido não pela vítima, o que seria exigir demais, mas no perdão aplicado pelo Estado, como forma de restabelecer o equilíbrio daquela situação ontoantropológica de cuidado-de-perigo.⁸⁸ O que se nos antolha que o dever de desculpar, referido por Fernanda Palma, talvez seja uma via de saída, vez por outra, para a manutenção, reconstrução ou refazimento da ideia de cuidado-de-perigo.⁸⁹

Não há dúvida de que buscar prospectar uma ideia sólida de direito penal só a partir das consequências empobrece sobremaneira a nossa ciência normativa. Por isso, há de ser apreciada essa nova visão sobre retribuição, uma visão que não desconsidera que os melhores meios para combater o crime estão para além do direito penal. Mecanismos sociais, educacionais, preventivos e de fiscalização muito mais “eficazes” para o atingimento dos fins de diminuição da criminalidade.

⁸⁸ E, por isso, aqui é de se aceitar claramente intitutos como os da anistia, da graça e do indulto, não como beneplácitos desprovidos de valor e instigadores da impunidade, mas como exemplos da afirmação inexorável da dignidade da pessoa humana, aquela única que é capaz do perdão e de, com ele, projetar um restabelecimento do equilíbrio da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Afastar as anistias, os indultos e as graças em direito penal é como impedir o desligamento do passado, um impedimento daquela condição que torna o ser-pessoa justamente pessoa, oferecendo o perdão e construindo um futuro que não se desapega da ideia de tolerância. Um futuro que permite olhar para adiante. Ou como diz Paul Ricoeur, o perdão dá um futuro à memória. RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Editora Piaget, 1995. p. 183. Sobre um perdão como uma forma de punição simbólica: SANGUINÉ, Odone: “O Direito Penal começa a reconhecer sanções simbólicas também no plano jurídico, isto é, medidas de clemência, de mera abstenção ou renúncia de pena (por exemplo: a ‘dispense de peine’ francesa; a ‘absolute discharge’ inglesa; a ‘absehen von Strafe’ alemã; a admoestação portuguesa; o perdão judicial brasileiro. São sanções de conteúdo apenas moral”. Sem esquecer que hoje, nos delitos praticados pelo usuário de drogas, é possível também a admoestação no direito brasileiro (art. 28 da Lei 11.343/06). SANGUINÉ, Odone: “Função simbólica da pena.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, v. 1, p. 83, jan./mar. 1995.

⁸⁹ PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- BETTIOL, Giuseppe Maria. **Instituições de direito e de processo penal**. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- COSTA, José Francisco de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1: questões fundamentais a doutrina geral do crime.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Texto adicional, notas e traduzido por Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PALMA, Maria Fernanda. **O princípio da desculpa em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2005.
- PRADO, Luiz, CARVALHO Érika Mendes de, CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, Coimbra Editora, ano 22, n. 2, abril /junho, 2012.
- RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Editora Piaget, 1995.

SACCONI, Luiz Antonio. **Grande dicionário Sacconida língua portuguesa**: comentado, crítico e enciclopédico. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SANGUINÉ, Odone. “Função simbólica da pena.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 5, v. 1, p. 83, jan./mar. 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. atual. ampl. Curitiba: ICPC, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assim. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZER, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Prefácio, notas e traduzido por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.